



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

مكتبة دار الفقه الإسلامي - بيروت

الفتاوى الجليلية

في شرح المكاسب

كتاب في الفقه

١-٧

تأليف

سيدنا العلامة العبد المذنب

أبي بكر بن محمد بن عبد الله بن محمد

بن محمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيده سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٣٣	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى]
٣٣	اشاره
٣٤	المجلد ١
٣٤	كتاب المكاسب المحرمه
٣٤	اشاره
٤٠	الفرق بين المكاسب و المتاجر
٤١	المراد من اكل المال بالباطل
٥٢	حديث فقه الرضا عليه السلام و دعائم الاسلام
٥٣	حديث النبوى المشهور
٥٥	بيع الابوال
٦٠	جواز بيع بول الابل
٦٣	بيع العذره النجسه
٦٧	حرمه المعاوضه على الدم
٦٨	حرمه بيع المنى
٦٩	بيع الميته
٧٧	بيع المشتبه بالميته
٨٣	بيع الكلب و الخنزير
٨٥	بيع الخمر
٨٩	حرمه المعاوضه على الاعيان النجسه
٩١	بيع العبد الكافر
٩٤	المراد بالمحراب و بيعه
٩٥	بيع كلب الصيد
٩٩	بيع كلب الزرع و الماشيه و الحائظ

١٠٨	المعاوضه على العصير العنبي
١١٠	لو غضب عصيرا فاغلاه
١١١	بيع العصير بعد غليانه
١١٧	العصير الزبيبي
١١٩	بيع الدهن المنتجس
١٢٤	وجوب الإعلام بنجاسه الدهن
١٣٠	التسبيب إلى الحرام
١٣٤	بيع الدهن للاستصباح
١٣٤	جواز الانتفاع بالمنتجس
١٦٠	النوع الثاني مما يحرم الاكتساب به
١٦١	بيع الصنم والصليب
١٦٤	بيع الصنم بعنوان مادته
١٦٨	بيع مواد آلات القمار
١٧١	الدراهم أو الدنانير المغشوشه
١٧٤	بيع ما يقصد منه الحرام
١٨٣	المعاوضه على الجاريه المغتنيه
١٨٤	بيع العنب ممتن بعمله خمراً
١٩٢	إعانه الغير على المحرم
٢٠٥	وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
٢١٣	النهي عن المعامله لا يوجب فسادها
٢١٥	بيع ما يقصد منه الحرام
٢١٧	بيع السلاح من الكفار
٢٢٢	اعتبار المائيه في المبيع
٢٣٠	حكم عمل الماشطه
٢٣٢	تدليس الماشطه
٢٤١	حرمه لبس الحرير والذهب على الرجال

٢٤٤	التشبيب بالمرأه
٢٤٨	تصوير ذوات الأرواح وغيرها
٢٥٩	حكم اقتناء الصور
٢٧٠	في حرمه التطيف
٢٧٤	في التنجيم
٢٩٧	في حفظ كتب الضلال
٣٠٣	في حلق اللحيه
٣٠٩	في حرمه الرشوه
٣١١	أخذ الأجره على القضاء
٣١٩	في الهديه
٣٢٠	صور الرشا في غير الحكم
٣٢٣	المعامله المشتمله على المحاباه
٣٢٥	ضمان المال المأخوذ حراماً
٣٢٦	صور اختلاف الدافع والقابض
٣٢٨	حرمه سب المؤمن
٣٣٤	السحر وحكمه
٣٤٨	حرمه الشعبذه
٣٤٩	حرمه الغش
٣٥٩	هل تفسد المعامله بالغش
٣٦١	حرمه الغناء
٣٨٨	الهداء
٣٩١	حرمه الغيبه
٣٩٦	في اغتياب المتجاهر بفسقه
٣٩٧	المراد بالغيبه
٣٩٨	تعريف الغيبه لغه واصطلاحاً
٤١٤	كفاره الاغتياب

٤١٧	موارد جواز الغيبه
٤٣٩	حكم الاستماع إلى الغيبه
٤٤٤	حقوق المؤمن على إخوانه
٤٥٠	في القمار
٤٥٤	الفهرس
٤٦١	المجلد ٢
٤٦١	كتاب المكاسب المحرمه و البيع
٤٦١	اشاره
٤٦٥	حرمه الكذب
٤٦٦	الأخبار الداله على حرمه الكذب
٤٧١	أقسام الوعد وحكمها
٤٧٤	الكذب في الهزل
٤٨٣	مجوزات الكذب
٤٩٨	الكهانه وحكمها
٥٠٤	حرمه اللهو
٥١٠	حرمه مدح من لا يستحق المدح
٥١١	حرمه معونه الظالمين
٥١٩	حرمه النجش
٥٢٠	حرمه النميمه
٥٢٣	النوح الباطل
٥٢٥	التولى عن الجائر
٥٢٩	مجوزات الدخول في الولايه عن الجائر
٥٤٢	ما يلزم الإباحه بالإكراه
٥٥٠	تحقق الإكراه
٥٥٦	الإكراه على قبول الولايه
٥٦٠	الإكراه على القتل

- الولاية من قبل الجائر ٥٦٦
- هجرة المؤمن ٥٧٢
- هجر المؤمن ٥٧٤
- أخذ الأجره على الواجب ٥٧٥
- أخذ الأجره على الواجب الأمر الأول ٥٧٧
- أخذ الأجره على العباده ٥٧٩
- أخذ الأجره على الواجب بالأمر الثاني ٥٨٥
- أخذ الأجره على الواجبات [الأمر الثالث] ٥٨٧
- أخذ الأجره على الصناعات الواجبه ٥٩٥
- أخذ المرأة الأجره على إرضاعها ٦٠١
- أخذ الأجره على المستحبات ٦٠٢
- طواف الأجير حال إطفاه الغير ٦٠٧
- أخذ الأجره على الأذان والإقامه ٦١١
- أخذ الأجره على الإمامه ٦١٤
- أخذ الأجره على الشهاده وأدائها ٦١٥
- الواجبات والمستحبات التي لا يجوز أخذ الأجره عليها يجوز ارتزاق مؤدّيها من بيت المال ٦١٧
- حكم بيع المصحف ٦١٩
- بيع المصحف من الكافر ٦٢٧
- بيع الدراهم من الكافر ٦٢٩
- جوائز الجائر وعماله ٦٣٠
- عدم العلم تفصيلاً ولا إجمالاً بوجود الحرام في أموال الجائر وعماله ٦٣٠
- العلم الإجمالي بالحرام في أموال الجائر وعماله ٦٣٢
- العلم تفصيلاً بحرمه المأخوذ من الجائر وعماله ٦٥٠
- ضمان ما تلف بيده ٦٥٣
- لزوم الردّ إلى المالك ٦٥٦
- الواجب في الرد وجوب الإقباض ٦٥٧

- ٦٥٨ وجوب الفحص عن المالك
- ٦٦٥ حكم المال المجهول مالكة
- ٦٧٣ فى تعيين من يجب عليه التصرف بالمال المجهول
- ٦٧٥ فى مستحق الصدقه
- ٦٧٦ فى ضمان المتصدق بالمال المجهول مالكة
- ٦٨٢ العلم الإجمالى باشتمال المال المأخوذ من الجائر على الحرام
- ٦٨٣ انقسام الأخذ من الظالم بحسب الأحكام الخمسه
- ٦٨٤ الدين الثابت فى ذمه الجائر
- ٦٨٧ أخذ الخراج والمقاسمه والزكاه من الجائر
- ٦٨٩ كتاب البيع
- ٦٨٩ حقيقه البيع
- ٦٩٠ تصرفات الجائر فى الخراج
- ٦٩١ شراء الخراج والمقاسمه والزكاه من السلطان
- ٧٠٦ المعامله على الزكاه والخراج مع الجائر قبل وصولهما بيده
- ٧١٩ فى الأراضى التى يجوز المعامله عليها مع السلطان
- ٧٢١ المراد من السلطان هو الجائر المدعى للرئاسه العامه
- ٧٢٤ لا يعتبر فى حل الخراج اعتقاد المأخوذ من استحقاق الأخذ له
- ٧٢٧ فى الخراج ومقداره
- ٧٣٠ هل يشترط استحقاق من يصل إليه الخراج أو الزكاه؟
- ٧٣٣ فى الأراضى الخراجيه
- ٧٣٨ كيف يثبت كون الأرض مفتوحه عنوة أو صلحاً
- ٧٤٣ الحكم عند الشك فى حال الأرض
- ٧٤٦ ما يشترط فى كون الأرض خراجيه
- ٧٥٠ فى اعتبار الحياه فى الأرض حال فتحها
- ٧٥٢ الوظيفه عند الجهل بحال الأرض
- ٧٥٤ طرؤ الممات على الأراضى الخراجيه

٧٥٦	إطلاق أرض السواد على العراق باعتبار الغلبه
٧٦٤	جواز كون المعوض منفعه
٧٦٦	أقسام الحقوق
٧٧٢	تعريف البيع في كلمات الفقهاء
٧٧٤	مناقشات في التعريف
٧٨١	استعمال البيع في معانٍ آخر
٧٨٧	وضع ألفاظ المعاملات للصحيح
٧٩١	في المعاطاه
٨٠٤	أدله إفاده المعاطاه الملكيه ومناقشتها
٨١٦	كلام بعض الأساطين
٨٣١	لزوم الملك في المعاطاه
٨٥١	تنبيهات المعاطاه
٨٥٧	تنبيهات المعاطاه المعيار في المعاطاه
٨٥٩	تنبيهات المعاطاه تمييز البائع من المشتري
٨٦٦	تنبيهات المعاطاه صور ما يقصده المتعاطيان
٨٧١	تنبيهات المعاطاه مسأله أعتق عبدك عني
٨٧٥	تنبيهات المعاطاه في الملك التقديري
٨٨١	تنبيهات المعاطاه في صحه الإباحه بالعوض
٨٨٤	تنبيهات المعاطاه جريان المعاطاه في غير المبيع
٨٨٨	تنبيهات المعاطاه ملزمات المعاطاه
٩٠٢	تنبيهات المعاطاه المعاطاه بيع أم لا؟
٩٠٦	تنبيهات المعاطاه العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاه أم لا؟
٩١٣	الفهرس
٩٢١	المجلد ٣
٩٢١	كتاب البئع
٩٢١	اشاره

٩٢٥	الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع
٩٢٥	مقدمه
٩٢٥	فى خصوص ألفاظ عقد البيع
٩٣٤	فى أنّ العقود أسباب توقيفيه
٩٤٠	الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع
٩٤٥	فى تقديم الايجاب على القبول
٩٥٧	الموالاه بين ايجاب العقد وقبوله
٩٦١	اعتبار التنجيز فى العقد
٩٦٥	التعليق فى العقود
٩٧٥	اعتبار التطابق بين إيجاب العقد وقبوله
٩٧٩	الشرائط المعتبره فى المتعاقدين
٩٨٣	اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغه
٩٨٥	تبعيض العقد فى الصحه والفساد
٩٨٨	العقد عند اختلاف المتعاقدين
٩٨٩	ضمان المقبوض بالبعد الفاسد
٩٨٩	مسأله أحكام المقبوض بالبعد الفاسد
٩٩٣	قاعده ما يضمن بصحيحه
١٠٠١	المدرک للضمان
١٠٠٧	لا فرق فى الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به
١٠٠٨	ضمان العين فى الإجاره الفاسده
١٠١١	ما يمكن به نقض القاعده
١٠١٦	عدم ضمان الأمين
١٠١٧	وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد
١٠١٩	ضمان المنافع فى المقبوض بالبعد الفاسد
١٠٣٠	الضمان بالمثل أو القيمه
١٠٣٣	فى المثلئ والقيمئ

- ١٠٣٨ ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً
- ١٠٤١ ضمان المثلي بالمثل
- ١٠٤٤ الضمان في المثلي والقيمي
- ١٠٤٥ إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل
- ١٠٤٨ جواز المطالبه في بلد التلف وغيره
- ١٠٤٨ تعذر المثل في المثلي
- ١٠٤٥ ضمان القيمي بالقيمه
- ١٠٧٢ صحيحه أبي ولاد
- ١٠٧٣ محل الاستشهاد في صحيحه أبي ولاد
- ١٠٧٨ تعيين القيمه
- ١٠٨٨ بدل الحيلوله
- ١١٠٨ حكم معامله الصبي
- ١١١٥ عمد الصبي وخطؤه ستيان
- ١١٢٠ حكم معامله الصبي
- ١١٢٩ في اعتبار قصد مدلول العقد
- ١١٣٣ في اعتبار تعيين من له البيع
- ١١٣٥ في تعيين من يكون له البيع والشراء
- ١١٤٢ الاختيار والإكراه
- ١١٤٧ اعتبار الاختيار وعدم الإكراه في المعاملات
- ١١٥٠ بيع المكره
- ١١٥٤ المعتبر في صدق الإكراه
- ١١٥٥ عدم اعتبار العجز عن التوريه
- ١١٥٨ الإكراه والتمكن على التوريه
- ١١٦٣ الإكراه وإمكان التخلّص عن ضرره
- ١١٦٧ الإكراه على أحد الفعلين
- ١١٧٣ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

- ١١٧٤ صور تعلق الإكراه
- ١١٧٧ الإكراه على بيع عبد من عبيد
- ١١٨١ الإكراه على الطلاق
- ١١٨٥ لحوق الاجازة بعقد المكره
- ١١٩٦ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف
- ١١٩٩ هل يكفي في صحة بيع المكره لحوق رضاه به باطناً أو لا؟
- ١٢٠٣ بيع الفضولى
- ١٢٠٥ عدم خروج العقد عن الفضوليه بالرضا الباطنى
- ١٢١٢ المناقشه فى الاستدلال بقضيه عروه البارقى
- ١٢١٥ الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس
- ١٢١٨ المناقشه فى الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس
- ١٢٢٠ المناقشه فى الاستدلال بفحوى صحه نكاح الفضولى
- ١٢٢٥ الاستدلال لصحه بيع الفضولى بما ورد فى المضاربه
- ١٢٣٢ ما ورد فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم
- ١٢٣٦ التأييد بروايه ابن أشيم لصحه بيع الفضولى
- ١٢٣٨ التأييد بصحيحه الحلبي لصحه بيع الفضولى
- ١٢٤٠ موثقه عبدالله
- ١٢٤٢ الاستدلال باخبار تحليل الخمس
- ١٢٤٧ المناقشه فى الاستدلال بأيه التجاره عن تراض
- ١٢٥٠ الاستدلال بالروايات لبطلان بيع الفضولى
- ١٢٥٢ المناقشه فى الاستدلال بالروايات
- ١٢٥٨ المناقشه فى دليل العقل
- ١٢٦١ كلام المحقق النائينى قدس سره
- ١٢٦٣ الوجه المنسوب إلى السيد بحر العلوم
- ١٢٦٤ بيع الفضولى مع سبق المنع عنه
- ١٢٦٧ بيع الفضولى لنفسه

١٢٩٠	جريان الفضولى فى بيع الكلى
١٣٠٠	جريان الفضولى فى المعاطاه
١٣٠٢	إنّ المعاطاه منوطه بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك
١٣٠٣	الإشكال على جريان الفضولى فى المعاطاه بناءً على الاباحه
١٣٠٦	الإجازة وحكمها
١٣١٨	اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو النقل
١٣٢٩	الثمره على الكشف الحقيقى
١٣٣٠	الثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى
١٣٣٥	الثمره بين الكشف والنقل
١٣٤٨	النذر المشروط وحكمه
١٣٥٠	ثمرات ذكرها كاشف الغطاء وما يرد عليها
١٣٥٤	الثمره بين الكشف والنقل
١٣٥٨	فى الإجازة
١٣٦٣	حكم الإجازة المسبوقه بالرد
١٣٦٦	الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله
١٣٦٧	إجازة البيع ليست إجازة للقبض
١٣٧٠	الإجازة ليست فوريه
١٣٧٣	الفهرس
١٣٨١	المجلد ٤
١٣٨١	كتاب البيع
١٣٨١	اشاره
١٣٨٥	اعتبار مطابقه الإجازة للعقد
١٣٩٠	انحلال البيع وعدمه
١٣٩٣	فى شرائط المميز
١٤٠٠	من باع شيئاً ثم ملكه
١٤٢٨	لو باع عن المالك وكاله ثم بان انعزاله

- ١٤٣٩ لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً
- ١٤٤١ لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
- ١٤٤٣ لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً
- ١٤٥٢ لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له
- ١٤٥٢ شرائط العقد المّجاز
- ١٤٥٩ تتبع العقود
- ١٤٦٠ الردّ وأحكامه
- ١٤٧٧ حكم المالك مع المشتري لو لم يجز
- ١٤٧٩ حكم المشتري مع الفضولي
- ١٤٨٨ ضمان البائع فضولاً الثمن
- ١٤٩٢ ضمان سائر الغرامات
- ١٤٩٧ حكم غرامه المشتري للمالك
- ١٥٠١ قرار الضمان على البائع
- ١٥١٤ تعاقب الأيادي
- ١٥١٩ ما أفاده صاحب الجواهر في وجه الرجوع
- ١٥١٩ المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر
- ١٥٢٢ لو كانت العين باقيه في الأيادي المتعاقبه
- ١٥٢٤ بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره
- ١٥٢٩ كيفيه تقسيط الثمن
- ١٥٣٥ بيع من له نصف الدار نصفها
- ١٥٤١ الإقرار بالحضه للغير
- ١٥٤٨ مسأله الإقرار بالنسب
- ١٥٤٩ بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله
- ١٥٥٤ ولايه الأب والجد
- ١٥٥٧ اعتبار العدالة في ولايه الأب والجد
- ١٥٦٢ اعتبار الصلاح في تصرف الأب والجد

١٥٧٠	اعتبار عدم المفسده فى تصرف الأب والجد
١٥٧١	حكم ما إذا فقد الأب وبقى الجد القريب والبعيد
١٥٧٤	ولايه الفقيه
١٥٧٧	ولايه النبى صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام
١٥٨٢	ولايه الفقيه
١٥٨٦	الاستدلال على ولايه الفقيه
١٥٩٦	ولايه الفقيه
١٦١٢	ولايه عدول المؤمنين
١٦٢٧	ولايه فقيه لقيه آخر
١٦٣٢	معانى القرب فى «ولا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ»
١٦٥٢	اعتبار المالىه فى العوضين
١٦٥٩	الأرض الموات بالأصله
١٦٦٧	الأرض العامره بالأصله
١٦٧٢	الموت
١٦٧٣	ما عرض له الموت بعد العماره
١٦٧٨	الارض المفتوحه عنوه
١٦٧٩	بيع الاراضى الخراجيه
١٦٨٦	حكم الأراضى الخراجيه
١٦٩٠	التصرف فى الأراضى الخراجيه
١٦٩٦	اعتبار كون ملك العوضين طلقاً
١٧٠٢	عدم جواز بيع الوقف
١٧١٢	أقسام الوقف
١٧١٩	المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر وكاشف الغطاء
١٧٢٩	الفهرس
١٧٣٣	المجلد ٥
١٧٣٣	كتاب البيع

- ١٧٣٣ اشارة
- ١٧٣٧ عدم جواز بيع أم الولد
- ١٧٥٩ بين الرهن
- ١٧٨٠ اعتبار التمكن من تسليم المبيع
- ١٨١٧ اعتبار العلم بمقدار الثمن
- ١٨٢١ اعتبار العلم بمقدار المثلث
- ١٨٣٠ الحكم في بيع المعدود
- ١٨٣١ التقدير بغير ما يتعارف التقدير به
- ١٨٣٧ كفايه الكيل أو الوزن في المعدود إذا كان طريقاً إليه
- ١٨٣٨ تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً
- ١٨٥٠ إخبار البائع بمقدار المبيع
- ١٨٥٥ بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء
- ١٨٥٦ القسمة وأنها ليست بيعاً
- ١٨٦٠ بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء
- ١٨٦٧ بيع الفرد المنتشر
- ١٨٧٠ بيع الكلى في المعين
- ١٨٧٨ تلف بعض الجملة
- ١٨٨٤ اقسام بيع الصبره
- ١٨٨٧ بيع العين بالرؤية السابقه
- ١٩٠٣ الاختلاف في تقدم التغير
- ١٩٠٤ الاختلاف في تقدم التلف على البيع وتأخره عنه
- ١٩١٦ بيع المجهول مع الضميمة
- ١٩٢٩ فيما كان المجهول تابعاً
- ١٩٣٩ الانذار للظروف
- ١٩٥٥ بيع المظروف مع ظرفه
- ١٩٧٠ دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفه

١٩٧٩	الاحتكار
٢٠٠٠	القول فى الخيار وأقسامه وأحكامه، وفيه مقدمتان:
٢٠٠٠	إشاره
٢٠٠٠	الأولى: الخيار لغة واصطلاحاً
٢٠٠٢	الفرق بين الخيار والاختيار
٢٠٠٧	فى معنى الخيار فى المعاملات
٢٠١٠	توجيه ماذكر فى تعريف الخيار
٢٠١٣	الخيار هو التمكن على فسخ النافذ بنحو الحق
٢٠١٤	الثانيه: الأصل فى البيع اللزوم
٢٠١٤	المعاني المحتمله فى الأصل
٢٠١٩	ما ذكره العلامه فى اصاله اللزوم
٢٠٢١	توجيه ما ذكره العلامه
٢٠٢٢	رجوع إلى معانى الأصل
٢٠٢٣	التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك فى لزوم العقد
٢٠٢٣	الاستدلال بأيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
٢٠٢٨	الاستدلال بأيه «أَخْلَ اللَّهُ الْبُنَيْعَ» وآيه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»
٢٠٢٩	الاستدلال بأيات الثلاث
٢٠٣٠	الاستدلال بأيه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»
٢٠٣٢	الاستدلال بروايه «لا يحل مال امرئ مسلم»
٢٠٣٢	الاستدلال بروايه «لناس مسلطون على أموالهم»
٢٠٣٤	التمسك على لزوم العقد بما دلّ على لزوم الشرط
٢٠٣٦	مقتضى الاستصحاب أيضاً للزوم
٢٠٣٧	تقريب اصاله الجواز وما ذكر فى الجواب
٢٠٣٩	ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه
٢٠٤٠	دوران العقد بين اللازم والجائز
٢٠٤٧	فى أقسام الخيار

- ٢٠٤٧ - لشاره
- ٢٠٤٧ - الأول: في خيار المجلس
- ٢٠٤٧ - المراد ب «المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار
- ٢٠٤٨ - في خيار المجلس وثبوته للوكيل
- ٢٠٥١ - عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء العقد
- ٢٠٥٤ - ثبوت خيار المجلس للموكل
- ٢٠٥٦ - ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي
- ٢٠٥٩ - ما هو المراد من التصرف في حاله ثبوت الخيار للموكلين
- ٢٠٦٢ - عدم جواز التفويض إلى الغير
- ٢٠٦٤ - عدم ثبوت الخيار للفضوليين
- ٢٠٦٥ - ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً
- ٢٠٦٦ - هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟
- ٢٠٧٢ - هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟
- ٢٠٧٤ - اختصاص خيار المجلس بالبيع
- ٢٠٧٧ - في مبدأ خيار المجلس
- ٢٠٧٩ - مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم
- ٢٠٨٢ - في مسقطات خيار المجلس:
- ٢٠٨٢ - المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد
- ٢٠٨٧ - المناقشه في شرط سقوط الخيار في عقد البيع
- ٢٠٩١ - صور اشتراط سقوط خيار المجلس
- ٢٠٩٥ - اشتراط إسقاط الخيار
- ٢٠٩٩ - اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد
- ٢١٠٤ - إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه
- ٢١٠٥ - المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد
- ٢١٠٦ - لو قال أحدهما: اختر، فاختر الآخر الفسخ انفسخ
- ٢١١٠ - المسقط الثالث: افتراق المتبايعين

- بماذا يحصل الافتراق من المتبايعين ٢١١٣
- لا اعتبار بالافتراق عن إكراه ٢١١٥
- الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا ٢١١٧
- في افتراق المكره والمختار ٢١٢٢
- لو زال الإكراه ٢١٣١
- الثاني: خيار الحيوان ٢١٣٤
- خيار الحيوان وعمومه لكلّ ذى حياه ٢١٣٤
- هل يختصّ هذا الخيار بالبيع المعين أو يعمّ الكلّي أيضاً؟ ٢١٣٦
- اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ٢١٣٩
- عن السيد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً ٢١٤١
- القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مئماً ٢١٤٣
- عدم الفرق بين الأمه وغيرها في مده الخيار ٢١٤٦
- مبدأ خيار الحيوان تمام العقد ٢١٤٧
- دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثه أيام ٢١٥٣
- في مسقطات خيار الحيوان ٢١٥٥
- الفهرس ٢١٧١
- المجلد ٦ ٢١٧٩
- كتاب الخيارات ٢١٧٩
- اشاره ٢١٧٩
- الثالث: خيار الشرط ٢١٨٣
- خيار الشرط ٢١٨٣
- جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه ٢١٨٧
- في لزوم تعيين زمان الخيار المشترط ٢١٩١
- حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط ٢١٩٥
- مبدأ الخيار المشروط ٢١٩٩
- جعل الخيار للأجنبي ٢٢٠٢

- ٢٢٠٤ اشتراط الخيار للأجنبي
- ٢٢٠٥ هل يجب على الأجنبي أن يراعى مصلحة الشارط؟
- ٢٢٠٧ اشتراط الاستنثار
- ٢٢٠٨ بيع الخيار
- ٢٢١٠ أنحاء اعتبار ردّ الثمن
- ٢٢١٥ أنحاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحدٍ منها
- ٢٢٢٠ هل يكفى مجرد ردّ الثمن أو بدله في الفسخ
- ٢٢٢١ مسقطات بيع الخيار
- ٢٢٢٥ سقوط الخيار بالتصرّف في الثمن
- ٢٢٢٧ التصرّف في الثمن المعين في بيع الخيار
- ٢٢٣٢ تلف المبيع بيد المشتري في بيع الخيار
- ٢٢٣٥ في تلف الثمن المعين في بيع الخيار
- ٢٢٣٨ ردّ الثمن على المشتري أو وكيله أو وليه
- ٢٢٤١ فيما لم يصرّح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه
- ٢٢٤٣ أخذ الحاكم الثمن في بيع الخيار
- ٢٢٤٣ الردّ إلى عدول المؤمنين
- ٢٢٤٥ اعتبار ردّ تمام الثمن
- ٢٢٤٨ يجوز للمشتري اشتراط الخيار في الفسخ برّد المبيع
- ٢٢٤٩ اشتراط الخيار في غير البيع
- ٢٢٥١ عدم جواز خيار الشرط في الإيقاعات
- ٢٢٤١ عدم جواز شرط الخيار في غير موارد جواز الإقاله
- ٢٢٤٤ عدم جواز شرط الخيار في الوقف والصدقه
- ٢٢٤٧ شرط الخيار في الصلح والضمان والرهن
- ٢٢٤٨ هل يدخل خيار الشرط في القسمة؟
- ٢٢٤٩ جريان شرط الخيار في المهر
- ٢٢٧٢ مشروعيتّه الإقاله

- ٢٢٧٢ الرابع: خيار الغبن
- ٢٢٧٢ خيار الغبن
- ٢٢٧٨ الاستدلال على خيار الغبن بقاعده نفي الضرر
- ٢٢٨٣ يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال
- ٢٢٨٦ يعتبر في ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه
- ٢٢٨٧ المعتبر القيمه حال العقد
- ٢٢٨٩ عدم العبره بعلم الوكيل في مجزء الصيغه
- ٢٢٩١ تشخيص المدعى والمنكر في حال الغبن
- ٢٢٩٣ في دعوى المغبون الجهل بالقيمه السوقيه
- ٢٢٩٥ اختلاف المتعاملين في الغبن
- ٢٢٩٧ الشك في كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً
- ٢٣٠٠ ما هو المناط في الضرر الموجب للخيار؟
- ٢٣٠٢ الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف في موارد الضرر
- ٢٣٠٣ غبن البائع والمشتري معاً في معامله واحده
- ٢٣٠٨ ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد
- ٢٣١١ ثمره الوجهيين
- ٢٣١٣ الوجهان المذكوران في الغبن جاريان في العيب
- ٢٣١٤ إسقاط الخيار مع اعتقاد قله الغبن
- ٢٣٢٠ هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟
- ٢٣٢٢ اشتراط سقوط خيار الغبن في متن العقد
- ٢٣٢٦ سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم به
- ٢٣٣١ لا فرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري
- ٢٣٣٥ هل يلحق الامتزاج بالخروج عن الملك؟
- ٢٣٣٧ تصرف الغاين فيما انتقل إليه
- ٢٣٤١ النقص الموجب للأرش
- ٢٣٤٤ التغير في العين بالزياده

- ٢٣٤٧ - تغيير العين بالزيادة الخارجيه
- ٢٣٥٣ - ضمان النقص الحاصل بالقلع
- ٢٣٥٤ - لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟
- ٢٣٥٥ - امتزاج المال الذي جرى عليه البيع
- ٢٣٦٠ - حكم تلف العوضين مع الغبن
- ٢٣٦٤ - جريان الغبن في غير البيع
- ٢٣٦٨ - الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٣٧١ - التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان
- ٢٣٧٧ - استصحاب بقاء خيار الغبن
- ٢٣٨٠ - لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ
- ٢٣٨١ - المناقشه في ما ذكره بعض المعاصرين
- ٢٣٨٥ - معذوريه الجاهل بالخيار في ترك المبادره
- ٢٣٨٧ - دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه
- ٢٣٨٨ - الخامس: خيار التأخير
- ٢٣٨٨ - من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري
- ٢٣٩٢ - فهم المشهور من الروايات
- ٢٣٩٣ - من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع
- ٢٣٩٨ - الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن
- ٢٤٠٢ - الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين
- ٢٤٠٣ - الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه
- ٢٤٠٨ - ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما
- ٢٤١٢ - ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدد المتعاقدين
- ٢٤١٣ - ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجاربه
- ٢٤١٥ - مبدأ خيار التأخير
- ٢٤١٦ - مسقطات خيار التأخير
- ٢٤٢٠ - هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟

- ٢٤٢٢ تلف المبيع في خيار التأخير
- ٢٤٢٥ خيار التأخير في ما يفسده المبيع
- ٢٤٣٠ السادس: خيار الرؤية
- ٢٤٣٠ خيار الرؤية والدليل عليه
- ٢٤٣٣ عدم اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ٢٤٣٤ اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة
- ٢٤٤٢ خيار الرؤية على الفور أو التراخي
- ٢٤٤٦ مسقطات خيار الرؤية
- ٢٤٥٥ عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت أو إبدال العين
- ٢٤٥٩ ثبوت خيار الرؤية في كل عقد
- ٢٤٦٠ لو اختلفا في اختلاف الصفه وعدمه
- ٢٤٦٢ لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول
- ٢٤٦٤ السابع: خيار العيب
- ٢٤٦٤ اشاره
- ٢٤٦٩ التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب
- ٢٤٧٢ تعلّق الارش على الحدث في المبيع
- ٢٤٧٣ ثبوت خيار العيب بنفس العيب
- ٢٤٧٥ القول في مسقطات هذا الخيار
- ٢٤٧٥ من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه
- ٢٤٧٦ من مسقطات هذا الخيار التصرف في المبيع
- ٢٤٨٣ من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ٢٤٩٣ من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري
- ٢٤٩٩ العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار
- ٢٥٠٥ زوال العيب الحادث
- ٢٥٠٨ هل تبعض الصفقه مانع من الردّ؟
- ٢٥١٢ استدلال صاحب الجواهر على عدم جواز التبعض ومناقشته

- ٢٥١٥ - ثبوت الخيار في البيع الانحلالي
- ٢٥١٨ - يسقط الأرش دون الرد في موضعين:
- ٢٥١٩ ١ إذا اشترى ربوياً بجنسه
- ٢٥٢٢ ٢ إذا لم يوجب العيب نقصاً في القيمة
- ٢٥٢٤ وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب في ما يشترط قبضه في المجلس
- ٢٥٢٤ من مسقطات الرد والأرش العلم بالعيب قبل العقد
- ٢٥٢٦ من مسقطات الرد والأرش التبزي من العيوب
- ٢٥٢٩ الاحتمالات في ما يضاف إليه التبزي
- ٢٥٣٢ ما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش زوال العيب قبل العلم به
- ٢٥٣٤ وما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش التصرف بعد العلم بالعيب
- ٢٥٣٦ وما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب
- ٢٥٣٩ وما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش ثبوت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه
- ٢٥٤٤ وما قيل بكونه مسقطاً للرد والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ٢٥٤٧ هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟
- ٢٥٥٢ مسائل في اختلاف المتبايعين
- ٢٥٥٢ اشاره
- ٢٥٥٣ اختلاف المتبايعين في تقدّم العيب وتأخّره
- ٢٥٥٤ العمل طبق القرينه القطعيه بلا يمين لو كانت
- ٢٥٥٤ لو أقام كل منهما بينه على مدّاه
- ٢٥٥٧ بينه المنكر
- ٢٥٥٩ معارضة بينه المدّعي مع بينه المنكر
- ٢٥٦٢ كيفيه حلف البائع على عدم تقدّم العيب
- ٢٥٦٤ إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً
- ٢٥٦٨ إذا أنكر البائع عيب متاعه
- ٢٥٧١ اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور
- ٢٥٧٥ اختلاف المتبايعين في العيب الثاني

- ٢٥٧٨ اختلاف المتبايعين فى التبزى عن العيب
- ٢٥٨١ لو آدعى البائع رضا المشتري بالعيب أو ساير المسقطات
- ٢٥٨٢ لو اختلفا فى الفسخ وكان الخيار باقياً
- ٢٥٨٤ لو اختلفا فى الفسخ وكان الخيار منقضياً
- ٢٥٨٦ لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت
- ٢٥٨٩ لو آدعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته
- ٢٥٨٩ المراد من العيب
- ٢٦٠٧ الكلام فى بعض أفراد العيب: منها الثفل
- ٢٦١٥ الفهرس
- ٢٦٢٨ المجلد ٧
- ٢٦٢٨ كتاب الخيارات
- ٢٦٢٨ اشاره
- ٢٦٣٢ القول فى الارش
- ٢٦٣٢ الأرش لغه واصطلاحاً
- ٢٦٣٤ المراد من الأرش
- ٢٦٤٠ هل الضمان بعين الثمن أو بمقداره؟
- ٢٦٤٤ هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟
- ٢٦٤٦ فى بيع العبد الجانى
- ٢٦٥٠ تعيين الأرش
- ٢٦٥٣ لو تعدّر معرفه القيمه
- ٢٦٥٣ لو تعارض المقومون
- ٢٦٥٧ ما هو المعروف فى كيفيه الجمع بين البيّنات؟
- ٢٦٦٠ اختلاف الطريقتين فى التقييم
- ٢٦٦٣ المتعتين هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه
- ٢٦٦٨ لو كانت البيّنات مختلفتين
- ٢٦٧٠ فى الشروط التى يقع عليها العقد وشروط صحّتها وما يترتب على

- ٢٦٧٠ فى معنى الشرط
- ٢٦٧٨ فى شروط صحه الشرط وهى أمور:
- ٢٦٧٨ الأول: أن يكون الشرط مقدوراً
- ٢٦٨٤ الثانى: أن يكون الشرط سائغاً
- ٢٦٨٧ الثالث: اعتبار الغرض العقلاى فى الشرط
- ٢٦٩١ الرابع: عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنة
- ٢٦٩٧ المتصف بمخالفه الكتاب إما نفس الملتزم أو الالتزام
- ٢٧٠٢ المراد بحكم الكتاب والسنة
- ٢٧٠٧ الشك فى كون الحكم فى مورد اقتضائياً
- ٢٧١١ إحراز عدم مخالفه الشروط للكتاب بالأصل
- ٢٧١٢ ما أفاده الفاضل النراقى فى المقام والمناقشه فيه
- ٢٧١٦ الالتزام بترك المباح
- ٢٧١٩ توهم اختصاص الإنشكال على الإباحه التكليفية
- ٢٧٢١ المراد من كون الشرط محزماً للحلال أو محللاً للحرام
- ٢٧٢٦ ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور
- ٢٧٣٠ الخامس: يعتبر فى نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد
- ٢٧٣٩ السادس: اعتبار عدم جهاله الشرط
- ٢٧٤٣ السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال
- ٢٧٤٧ الثامن: اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد
- ٢٧٥١ قد يتوهم فى نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه
- ٢٧٥٦ فى حكم الشرط الصحيح
- ٢٧٥٦ ١ شرط الوصف
- ٢٧٥٦ ٢ شرط الفعل
- ٢٧٥٨ اشتراط وصف فى المبيع غير الخيار
- ٢٧٥٩ ٣ شرط الغايه
- ٢٧٦٦ الاستصحاب فى عدم مخالفه الشرط للكتاب أو السنة

- ٢٧٤٧ الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أو السنّه
- ٢٧٤٨ مقتضى عموم «المؤمنون المسلمون عند شروطهم»
- ٢٧٧٠ في وجوب الوفاء بالشرط
- ٢٧٧٢ وجوب العمل بالشرط
- ٢٧٧٥ الشرط في العقود الجائزه
- ٢٧٧٩ إجبار المشروط عليه بالفعل
- ٢٧٨٧ هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار
- ٢٧٩٠ تعذر الشرط يوجب الخيار
- ٢٧٩٦ لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه
- ٢٨٠٠ لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه أو بتصرفها
- ٢٨٠٢ للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط
- ٢٨٠٤ عدم تقسيط الثمن على الشرط
- ٢٨١٤ في حكم الشرط الفاسد
- ٢٨١٤ في الشرط الفاسد
- ٢٨١٨ التفصيل بين الشرط الغير المقذور والشرط الفاسد
- ٢٨٢٠ في فساد العقد بفساد الشرط
- ٢٨٢٨ الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط بالروايات
- ٢٨٣٢ صحته المعامله مع فساد الشرط بالروايات
- ٢٨٣٥ ثبوت الخيار مع فساد الشرط
- ٢٨٣٩ هل يصحّ البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحته؟
- ٢٨٤٠ اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً
- ٢٨٤٤ في أحكام الخيار
- ٢٨٤٤ الخيار موروث بانواعه
- ٢٨٤٩ عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال
- ٢٨٥٤ إرث الزوجه من الخيار الموروث
- ٢٨٥٩ في كفيته استحقاق الورثه للخيار

- ٢٨٤٤ اختلاف الوژاٲ فى الفسخ والإجازة
- ٢٨٤٨ اجٲماع الورٲه على الفسخ على العين المنٲقله عن ملك الميٲ
- ٢٨٤٩ فسخ العقد إذا كان على الميٲ دين مسٲغرق لٲركٲه
- ٢٨٧٠ إذا كان لكلّ من الورٲه خيار الفسخ بالإضافه إلى ٲمام العقد
- ٢٨٧٣ إذا كان الخيار للأجٲبى فلا ينٲقل للوارٲ
- ٢٨٧٤ فى سقوٲ الخيار بالٲصرف
- ٢٨٨١ هل يحصل الفسخ بنفس ٲٲصرف؟
- ٢٨٩٤ فى ٲٲصرفين المٲٲافيين من ذى الخيار
- ٢٨٩٩ ٲصرف من عليه الخيار فيما انٲقل إليه
- ٢٩٢٤ حصول ٲملك المبيع للمشٲرى بالعقد
- ٢٩٣١ الاسٲدلال على انٲقال العوضين بالعقد
- ٢٩٣٤ الاسٲدلال على انٲقال المالين بٲمام العقد
- ٢٩٤٠ الاسٲدلال على أنّ ٲلف المبيع فى زمان خياره من بائعه
- ٢٩٤٤ هل القول بالٲوقف يشمل الخيار المنفصل؟
- ٢٩٤٧ ٲٲلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له
- ٢٩٥٥ ٲلف ٲٲمن بيد البائع زمان خياره
- ٢٩٤٠ انحلال البيع بٲٲلفه قبل قبضه
- ٢٩٤٣ حكم ٲلف البعض حكم ٲلف الكلّ
- ٢٩٤٥ لو كان الإٲلاف من الأجٲبى ٲخيٲر بين الإمضاء والفسخ
- ٢٩٤٥ ضمان العين ٲالفة بعد الفسخ
- ٢٩٤٩ عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار
- ٢٩٧١ لا يبٲل الخيار بٲٲلف العين
- ٢٩٧٥ ضمان العين فى يد الفاسخ بعد الفسخ
- ٢٩٧٤ القول فى ٲٲقد والنسيئه
- ٢٩٧٤ أقسام البيع باعتبار تأخير وٲقديم أحد العوضين
- ٢٩٧٧ إطلاق العقد يقتضى ٲٲقد

- ٢٩٧٩ اشتراط تعجيب الثمن في البيع حالاً
- ٢٩٨٢ في جواز بيع المتاع نسيئته
- ٢٩٨٧ بيع الشيء بثمانين حالاً ونسيئته
- ٢٩٩٥ لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل
- ٢٩٩٨ إسقاط المشتري أجل الدين
- ٣٠٠٢ يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه
- ٣٠٠٥ إجبار الحاكم للدائن على القبض
- ٣٠٠٦ توّلى الحاكم القبض إذا امتنع الدائن
- ٣٠٠٧ ليس للحاكم مطالبه المديون
- ٣٠٠٧ عدم جواز إسقاط شرط الأجل
- ٣٠٠٩ إذا أبقى الدائن من أخذ المال المعزول من المديون
- ٣٠١٠ في من أجبره للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه
- ٣٠١٢ عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة
- ٣٠١٦ عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد
- ٣٠١٧ شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً
- ٣٠٢٢ عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً
- ٣٠٢٦ بيع المال على أن يبيع المشتري من بائعه ثانياً
- ٣٠٣٠ بيع الشيء من شرط أن يبيعه المشتري منه ثانياً
- ٣٠٣٤ القول في القبض
- ٣٠٣٤ اشاره
- ٣٠٣٦ المراد من القبض والإقباض
- ٣٠٤١ بيع المكيل والموزون
- ٣٠٤٦ لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمتهه باقيه في ملك بائعها
- ٣٠٤٧ اعتبار الكيل أو الوزن في بيع المشتري
- ٣٠٥٥ القول في وجوب القبض
- ٣٠٥٥ المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم

- ٣٠٦٠ لو قبض الممتنع بدون رضی صاحبه
- ٣٠٦١ إذا ابتداء أحدهما بالتسليم أجبر الآخر
- ٣٠٦٢ وجوب تفريغ المبيع مما فيه من الأموال
- ٣٠٦٣ لو مضت مده ولم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ
- ٣٠٦٨ إذا امتنع البائع من التسليم
- ٣٠٧٠ الكلام في أحكام القبض
- ٣٠٧٠ اشاره
- ٣٠٧٢ الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض بروايه عقبه
- ٣٠٧٣ نماء المبيع قبل التلف للمشتري
- ٣٠٧٤ تعذر الوصول بحكم التلف
- ٣٠٧٧ حكم إتلاف المشتري أو البائع أو الأجنبي
- ٣٠٧٩ تلف الثمن كتلف المثل
- ٣٠٨٢ هل يلحق العوضان في سائر المعاملات بالبيع؟
- ٣٠٨٤ لو تلف بعض المبيع قبل قبضه
- ٣٠٨٩ حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلاّ توليه
- ٣٠٩٩ جريان المنع في غير البيع من المعاملات
- ٣١٠٣ هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال؟
- ٣١٠٥ هل المنهية خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعتمّ تشخيص الكلّي به
- ٣١٠٩ إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محلّ الخلاف أم لا؟
- ٣١١٢ والشراء
- ٣١١٦ إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً»
- ٣١١٧ مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته وفيها صور ثلاث
- ٣١٢٤ الفهرس
- ٣١٣٨ تعريف مركز

ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري]

اشاره

سرشناسه: تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادى: المكاسب. شرح

عنوان و نام پديدآور: ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبريزى.

مشخصات نشر: قم: دارالصديقه الشهيده (س)، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸ -

مشخصات ظاهري: ۷ج.

شابك: دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸: ج. ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰: ج. ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷: ج. ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴:

وضعيت فهرست نویسی: برونسپاری

يادداشت: عربى.

يادداشت: چاپ قبلى تحت عنوان "ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب" منتشر شده است.

يادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

يادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات: ج. ۱. كتاب المكاسب المحرمه. - ج. ۲. كتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج. ۳. كتاب البيع

موضوع: انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المكاسب. شرح

رده بندى كنگره: ۱/۱۹۰/۱BP/الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸۱۳۸۸

رده بندى ديويى: ۲۹۷/۳۷۲

شماره كتابشناسى ملي: ۱۸۴۷۵۶۵

ص: ١

المجلد ١

كتاب المكاسب المحرمة

إشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب المكاسب المحرمه

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

ص: ٤

الحمد لله الذى أنزل القرآن هدى للناس وبيّنات من الهدى والفرقان، وهدانا إلى التفقه فى أحكام الدين، وصلى الله على خير خلقه وأفضل بريته المبعوث رحمة للعالمين والناسخ بشريعته السمحاء شرائع الأولين، وعلى آله الطيبين الطاهرين الهداه المهديين. واللعنه على أعدائهم من الأولين والآخرين إلى قيام يوم الدين.

وبعد فيقول المعترف بقصور باعه الراجى رحمة ربه جواد بن على التبريزى إن من نعم الله سبحانه على أن فقهنى فى الدين واجتمع إلى أبحاثى الفقهيّة فريق من أرباب الفضل ورواد العلم الذين أخذوا على عاتقهم حفظ معالم الدين ونشر أحكامه. وقد أبدوا رغبتهم إلى ضبط محاضراتى التى كان محورها كتاب «المكاسب» تأليف المحقق البارع وحيد عصره وفريد دهره سماحه آيه الله العظمى وحجته الكبرى الشيخ مرتضى الأنصارى تغمّده الله برحمته وأسكنه بحبوحه جنّته الذى نزلت عند نظره أنظار الفحول وأعظم العلماء الأبرار ذوى الحظّ الوافر فى حفظ آثار المتقدّمين وحاز قصب السبق فى إحياء علوم الدين وإرشاد المؤمنين إلى ما فيه خير الدارين.

فنزلت عند رغبتهم وأجبت مسؤولهم فجمعت محاضراتي في هذا المؤلف المتواضع وسميته «إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب» ليكون تذكراً.

والله تبارك وتعالى أسأل وإياه أرجو أن يجعله ذخراً ليوم فاقتى يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون وأن يتقبله بقبوله الحسن إنه قريب مجيب وبالإجابة جدير وإياه استعين فإنه نعم المولى ونعم النصير.

ص: ٦

قوله رحمه الله : فى المكاسب [١]

الشرح:

[١] عنوان الكتاب بالمكاسب أولى من عنوانه بالمتاجر؛ وذلك فإنّ التجاره مصدر ثان لـ «تجر» أو اسم مصدر، ومعناها البيع والشراء بغرض الربح، فيطلق التاجر على من تكون حرفته البيع والشراء وتحصيل الربح بهما، وكيف كان فلا تعمّ التجاره ما إذا لم يكن البيع أو الشراء بقصد الربح، فضلاً عن الأعمال التي يكون الشخص أجيراً عليها، ويقع البحث فى الكتاب عن حكم تحصيل المال بها.

وهذا بخلاف المكاسب، فإنّه جمع «مكسب» بمعنى ما يطلب به المال، فيعمّ مثل تلك الأعمال.

لا- يقال: قد وقع البحث فى الكتاب عن حرمة بعض الأعمال وحلّها مع عدم تعارف كسب المال بها، كالبحث عن حرمة الغيبه وسبّ المؤمن، وكما يقال إنّ البحث فيها استطرادى، كذلك يمكن أن يكون المهمّ فى المقام البحث فى الأعيان المحرّمه والمحلّله بيعها وشراؤها، وذكر غيرها للاستطراد، فلا موجب لعنوان الكتاب بالمكاسب.

ص: ٧

قوله رحمه الله : وينبغي أولاً: التيمّن بذكر بعض الأخبار [١] الواردة على سبيل

الشرح:

فإنه يقال: قد ذكرنا أنّ عنوان الكتاب بالمكاسب أولى لا أنّه متعين، مع أنّ الالتزام بكون المقصود بالبحث تلك الأعيان فقط غير سديد، و إلاً لكان ذكرها في شرايط العوضين من كتاب البيع أولى من أفرادها والبحث فيها قبل كتاب البيع، وهذا بخلاف ما لو كان المقصود بيان المكاسب المحرّمة وتمييزها عن المحلّله منها سواء كان الكسب بالأعيان أو المنافع والأعمال، حيث إنّ أفرادها والبحث فيها مستقلاً أنسب.

[١] كان المناسب التيمّن قبل الأخبار بالكتاب المجيد المستفاد منه بعض الضوابط للكسب الحرام، كقوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (١).

فنقول: الأكل في الآيه بمعنى وضع اليد والتملّك، لا الأكل الخارجى، حيث إنّ إضافته إلى الأموال موجب لهذا الظهور، سواء كانت الإضافه إلى عنوان المال أو إلى مثل الدار والثوب من مصاديقه، فإذا قيل أكل زيد دار فلان أو ماله فظاهره وضع يده عليهما وتملكهما.

والحاصل: أنّ النهى عن الأكل في الآيه من قبيل النهى عن المعامله، وظهوره فيها هو الإرشاد إلى فسادها، كما أنّ ظهور النهى المتعلّق بالأفعال الخارجيه هو تحريمها تكليفاً، وليس المراد أنّه لا يمكن النهى عن المعامله تكليفاً، سواء كانت المعامله بمعناها المصدرى أو الاسم المصدرى، فإنّ إمكان النهى عنها كذلك، بل وقوعه في الشرع كحرمة البيع وقت النداء أو حرمة بيع الخمر بمعنى كون بيعها مبغوضاً للشارع من الواضحات، كيف وقد وقع الكلام في أنّ النهى عن معاملة تكليفاً

ص: ٨

الضابطه للمكاسب، من حيث الحَلّ والحرمه.

الشرح:

هل يقتضى فسادها أم لا؟

بل المراد أنّ حمل النهى عن معامله على التكليف يحتاج إلى قرينه، ومع عدم القرينه ظاهره الإرشاد إلى فسادها أى عدم إمضاء الشارع، فمثلاً ملاك النهى عن البيع يوم الجمعة وهو إدراك صلاحاتها وعدم تفويتها قرينه على الحكم التكليفي واللّعن الوارد على بايع الخمر ومشتريها قرينه عليه، كما أنّ قوله عليه السلام: «ثمن الخمر سحت»^(١) دليل على فساد المعامله عليها، حيث إنّ مع صحّتها لا يكون الثمن سحتاً.

وبالجملة: فتاره تكون المعامله محرّمه تكليفاً فقط كالبيع وقت النداء، وأخرى تكون محرّمه وضعاً فقط كبيع الميتة على ما سيأتى، وثالثه تكون محرّمه وضعاً وتكليفاً كبيع الخمر، والآيه المباركه دالّه على أنّ أكل أموال الناس وتملّكها بالباطل فاسد، والمراد بالتملّك بالباطل المحكوم بفساده هو التملّك بالباطل ولو ببناء العقلاء.

والحاصل: أنّ وضع اليد على مال الغير بالنحو الباطل ولو فى اعتبار العقلاء فاسد عند الشارع أيضاً، وليس المتعلّق للنهى هو خصوص التملّك بالباطل فى اعتبار الشرع، حيث لا معنى للنهى عنه؛ لأنّه من اللغو الواضح، وأيضاً خطاب النهى عن وضع اليد على مال الغير وتملّكه بالباطل كسائر الخطابات من قبيل القضيّه الحقيقيه، والموضوع فيه مطلق التملّك بالباطل لا خصوص بعض أنواع التملّك، كالقهر على المالك، أو القمار، فمفاد الآيه أنّه لا يكون وضع اليد على مال الغير مع انطباق عنوان الأكل بالباطل عليه موجباً للملك شرعاً، سواء كان سنخ ذلك الوضع فى زمان صدور

ص: ٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٥ ٩٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١ و ٢ و ٩٥ و ١٢.

فنقول مستعيناً بالله تعالى : روى في الوسائل والحدائق [١]. عن الحسن بن

الشرح:

الآيه أم لم يكن.

وما عن السيد الخوئي رحمه الله (١) من كون الآيه ناظره إلى ما كان مرسوماً في ذلك الزمان من أنحاء التملك والحكم عليها بأنّ كلّها باطله إلاّ التجاره عن تراض، فيه ما لا يخفى.

أما أولاً: فلما ذكرنا من أنّ متعلق النهي هو التملك بالباطل لا التملك مطلقاً، ولا خصوص بعض ما كان مرسوماً في ذلك الزمان.

وأما ثانياً: فلأنّ التجاره عن تراض غير داخل في متعلق النهي حتّى مع عدم ذكر الاستثناء، فيكون استثناءها منقطعاً لا متصلاً.

وأما ثالثاً: فلأنّ الموجب لأكل مال الغير شرعاً لا ينحصر بالبيع والشراء، فضلاً عمّا إذا كانا بقصد الربح، كما هو ظاهر التجاره، كيف وموجبات التملك كثيره كالإجاره والصلح والمزارعه والمساقاه والمضاربه والوكاله والقرض . . . إلى غير ذلك، والالتزام بالتخصيص ورفع اليد عن الحصر في هذه الموارد الكثيره بعيد جداً.

[١] لا يخفى أنّ الأخبار العامه المذكوره في الكتاب كلّها ضعيفه سنداً فلا يمكن الاعتماد عليها.

نعم لا بأس بها لتأييد الحكم بعد استفادته من غيرها.

أمّا روي «تحف العقول» وإن قيل بأنّ الكتاب من الكتب المعتمده وأنّ مؤلفه شيخ صدوق كما عن صاحب «الوسائل» رحمه الله فلا ريب في أنّها باعتبار إرسالها ضعيفه، فإنّ غايه الأمر أن يكون كتاب «تحف العقول» مثل «بحار» المجلسي أو «وسائل» الحرّ العاملي، ومؤلفه كمؤلفيهما.

ص: ١٠

علّي بن شعبه في كتاب تحف العقول، عن مولانا الصادق عليه السلام، حيث سُئل عن معاش العباد، فقال: «جميع المعاش» [١] كلّها من وجوه المعاملات فيما بينهم ممّا يكون لهم فيه المكاسب أربع جهات، ويكون فيها حلال من جهة وحرام من الشرح:

ومن الظاهر أنّ مجرد اعتبار كتاب لا يقتضى قبول كلّ ما فيه، كما أنّ جلاله المؤلّف لا تقتضى قبول كلّ رواياته والغمض عن روايتها الواقعة في إسناد تلك الروايات إلى الإمام عليه السلام.

والحاصل: أنّه لا يكفي في العمل بالرواية العدالة أو الوثاقه في خصوص الراوي الناقل لنا حتّى مع اعتبار الكتاب، بمعنى عدم وقوع الدسّ فيه، بل لابدّ من إحراز حال جميع روايتها.

ودعوى أنّ مؤلّف «تحف العقول» قد حذف الأسانيد في غالب روايات كتابه للاختصار لا للإيهام لم يعلم لها شاهد، بل على تقديره أيضاً لا يمكن العمل بها، فإنّه لابدّ في العمل بالرواية من إحراز حال جميع روايتها كما مرّ، حيث من المحتمل اعتقاد المؤلّف صدورها عن الإمام عليه السلام لأمر غير تامّ عندنا، لا حذفها لكون روايتها ثقافتاً أو عدولاً.

فالمحصل أنّ حذف المؤلّف سند الرواية مع الاحتمال المزبور لا يكون توثيقاً أو تعديلاً لروايتها كما لا يخفى، ومثلها دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور، وذلك فإنّ بعض الأحكام المذكورة فيها لم يعهد الإفتاء به من فقيه فضلاً عن جلّ أصحابنا، ونحوهما دعوى وجود القرائن في الرواية الكاشفة عن صدق مضمونها كما عن السيد اليزدي رحمه الله، ولعلّ الصحيح هو العكس، كما هو مقتضى اضطراب متنها، واشتباه المراد وعدم كون العمل معهوداً لبعض ظاهرها، كما سنشير إليه.

[١] المعاش جمع المعيشه بمعنى ما يعيش به الإنسان مثلاً ويتحفظ به

جِهته: فأول هذه الجهات الأربع الولايه [١] ثم التجاره، ثم الصناعات، ثم الإجارات. والفرض من الله تعالى على العباد فى هذه المعاملات الدخول فى جهات الحلال، والعمل بذلك، واجتناب جهات الحرام منها. فأحدى الجهتين من الولايه: ولايه ولاه العدل الذين أمر الله بولايتهم على الناس. والجهه الأخرى: ولايه ولاه الجور. فوجه الحلال من الولايه، ولايه الوالى العادل، وولايه ولاته بجهه ما أمر به الوالى العادل بلا زياده ونقصه، فالولايه له، والعمل معه، ومعونته، وتقويته، حلال محلل.

وأما وجه الحرام من الولايه: فولايه الوالى الجائر، وولايه ولاته، فالعمل لهم، والكسب لهم بجهه الولايه معهم حرام محرّم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير، لأنّ كلّ شىء من جهه المعونه له، معصيه كبيره من الكبائر.

الشرح:

على حياته، وكان منها المال المكتسب الذى يصرفه فى حوائجه، ويكون قوله: «مّيا يكون لهم فيه المكاسب» بياناً للمعايش بمعنى أنّ المعايش التى يكون فيها كسب المال أربع جهات. ويمكن كونه بياناً للمعامله، أى المعاملات التى يراد بها المال أربعه أقسام.

[١] لم يعلم وجه كون الولايه هو الأول والأخير هى الإجارات، كما لم يعلم الوجه فى أفراد الإجارات والسكوت عن مثل المزارعه والمساقاه والمضاربه والوكاله وغيرها، اللهم إلا أن يكون التعبير بالأول كلفظه «ثم» لمجرد العطف والترتيب فى الذكر، ولكن يبقى فى البين وجه السكوت عن غير الإجاره.

لا يقال: الوجه فى عدم ذكرها دخولها فى الصناعات والتجارات.

فإنه يقال: التجاره معناها البيع والشراء بقصد الربح كما مرّ، فلا يدخل فيها مطلق البيع والشراء فضلاً عن غيرهما، ولو دخلت المزارعه وغيرها فى الصناعات

وذلك أنّ في ولايته الوالى الجائر دروس الحقّ كلّ، و إحياء الباطل كله، وإظهار الظلم والجور والفساد، و إبطال الكتب، وقتل الأنبياء، وهدم المساجد، وتبديل سنّه الله وشرائعه، فلذلك حرم العمل معهم ومعونتهم، والكسب معهم إلاّ بجهه الضروره نظير الضروره إلى الدم والميته.

وأما تفسير التجارات فى جميع البيوع ووجوه الحلال من وجه التجارات التى يجوز للبائع أن يبيع ممّا لا يجوز له [١] وكذلك المشتري الذى يجوز له شراؤه ممّا لا يجوز، فكلّ مأمور به [٢] ممّا هو غذاء للعباد وقوامهم به فى امورهم فى وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره ممّا يأكلون، ويشربون، ويلبسون، وينكحون، ويملكون، ويستعملون من جميع المنافع التى لا يقيمهم غيرها، وكلّ شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فهذا كلّه حلال بيعه، وشراؤه، و إمساكه، واستعماله، وهبته، وعاريتة.

وأما وجوه الحرام من البيع والشراء: فكلّ أمر يكون فيه الفساد [٣] ممّا هو الشرح:

لكانت الإجاره أيضاً داخله فيها، فإنّه لا فرق بين تسليم الأرض للعامل فيها بالمزارعه وبين إجارتها كما لا يخفى.

[١] يتعلّق بالتفسير باشراً به معنى التمييز، أى تفسير وجوه الحلال من التجارات وتمييزها عما لا يجوز للبائع بيعه وللمشتري شراؤه.

[٢] ظاهر الروايه أنّ الموجب لحليّته البيع أحد أمرين: الأول: أن تكون فى المبيع مصلحة ضروريه للعباد، الثانى: ما يكون فيه جهه صلاح مقصوده لهم، حيث إنّ الأوّل ظاهر قوله: «فكلّ مأمور به» إلخ، والثانى ظاهر قوله: «وكلّ شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات».

[٣] لم يظهر الفرق بين هذا وبين المعطوف على ذلك فيما بعد من قوله: «أو

منهَى عنه من جهه أكله، وشربه، أو كسبه، أو نكاحه، أو ملكه، أو إمساكه، أو هبته، أو عاريتها، أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد نظير البيع بالربا، أو بيع الميته، أو الدم، أو لحم الخنزير، أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش، أو الطير، أو جلودها، أو الخمر، أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرّم، لأنّ ذلك كلّهُ منهَى عن أكله، وشربه، ولبسه، وملكه، وإمساكه، والتقلب فيه، فجميع تقلّبه في ذلك حرام.

الشرح:

يكون فيه وجه من وجوه الفساد» إلّا- أن يقال: الفرق هو أنّ المفروض في الأوّل كلّ أمر يكون فيه الفساد المحض، وفي الثاني كلّ شيء يكون فيه جهه الفساد ولو مع الصلاح أيضاً، وهذا الفرق مقتضى عطف الثاني على الأوّل بلفظه (أو).

وفيه: أنّ مجرد اشتغال شيء على جهه فساد لا يوجب بطلان المعاوضه فيما إذا كانت معها جهه الصلاح أيضاً، وقد مرّ في بيان ضابط صحه البيع وحليّته أنّ الاشتغال على جهه صلاح كاف في حلّ بيع الشيء وشرائه.

نعم، لا بدّ من كون جهه الصلاح من المنفعه المقصوده للعقلاء؛ لظهور الصلاح في الشيء في ذلك، وإلّا فلا يوجد شيء خال عن مصلحه ما إلّا نادراً.

والحاصل: أنّ الملاك الثاني لفساد البيع غير صحيح، فإنّه يصح بيع ما فيه الفساد فيما إذا كانت فيه جهه صلاح مقصوده أيضاً، ومع عدم جهه صلاح مقصوده محلّله يدخل الشيء فيما فيه الفساد المحض، بل الموجب لبطلان البيع على ما يأتي خلوّ الشيء عن الجهه المقصوده للعقلاء المحلّله شرعاً، سواء كانت فيه مفسده أم لم تكن، وهذا الضابط لبطلان البيع لا- يستفاد لا- من المعطوف ولا- من المعطوف عليه، ولا- من الأمثله الوارده في الحديث، بل في بعضها لا- يكون فساد إلّا- في نفس البيع لا في العوضين، كما في البيع الربوي فإنّ المتجانسين لا فساد فيهما أصلاً، بل

ص: ١٤

وكذلك كل مبيعٍ ملهوّ به، وكل منهي عنه ممّا يتقرّب به لغير الله عزّ وجلّ، أو يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم بيعه وشراؤه، وإسأكه، وملكه، وهبته، وعاريتة، وجميع التقلّب فيه، إلا في حال تدعو الضرورة فيه إلى ذلك.

وأما تفسير الإجازات: فإجاره الإنسان نفسه، أو ما يملك، أو يلي أمره [١] من قرابته أو دابّته، أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الإجازات أو يؤجر نفسه، [٢] أو داره، أو أرضه، أو شيئاً يملكه فيما ينتفع به من وجوه المنافع أو العمل بنفسه، وولده، ومملوكه، وأجيرته من غير أن يكون [٣] وكيلاً للوالى، أو والياً للوالى، فلا بأس الشرح:

الفساد في نفس البيع بالزيادة، والفساد أو الحرمة في هذا القسم تابع للدليل الدالّ على ثبوت المنع، بخلاف ما إذا لم يكن في الشىء المنفعة المحلّله المقصوده، أو كانت فيه المفسده الخالصه، فإنّ الحكم بالفساد فيهما لا يحتاج إلى دليل آخر، كما يأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى.

ثمّ إنّه قد ذكر في الحديث أنّ في جلود السباع جهه الفساد فلا يصح بيعها، ولعلّ هذا لا عامل به، وبهذا يظهر حال ما تقدّم من أنّ ضعف الحديث منجبر بعمل الأصحاب، ومثله المنع عن بيع ما لا يجوز نكاحه، فلاحظ.

[١] معطوف على (يملك)، أى إجارته ما يملكه أو يلي أمره؛ الأول كما فى إجارته عبده، الثانى إجارته من يكون له عليه ولايه، ودابته وثوبه معطوفان على (نفسه) فى قوله: «فإجاره الإنسان نفسه».

[٢] لعلّه من قبيل الخبر، يعنى تفسير الإجازات أن يؤجر نفسه أو داره، ونظيره قوله: «فلا بأس أن يكون أجيراً» أى أما تفسير الإجازات فلا بأس أن يكون أجيراً... إلخ.

[٣] يعتبر أن لا يكون فى إجاره نفسه أو مملوكه أو من يلي أمره فى جهه من

أن يكون أجيراً يؤجر نفسه، أو ولده، أو قرابته، [١] أو ملكه، أو وكيله في إجارته [٢] لأنهم وكلاء الأجير من عنده ليس هم بولاه الوالى نظير الحمّال [٣] الذى يحمل شيئاً معلوماً بشىء معلوم، فيحمل ذلك الشىء الذى يجوز له حمله بنفسه أو بملكه أو دابته، أو يؤجر نفسه فى عمل، يعمل ذلك العمل [بنفسه أو بمملوكه أو قرابته أو بأجير من قبله، فهذه وجوه من وجوه الإجازات] حلال لمن كان من الناس مَلِكاً أو سُوقَه أو كافراً أو مؤمناً فحلال إجارته، وحلال كسبه من هذه الوجوه.

فأما وجوه الحرام من وجوه الإجاره: نظير أن يؤجر نفسه على حمل ما يحرم أكله أو شربه، أو يؤجر نفسه فى صنعه ذلك الشىء أو حفظه، أو يؤجر نفسه فى هدم المساجد ضراراً، أو قتل النفس بغير حق، أو عمل التصاوير والأصنام والمزامير والبرابط والخمر والخنازير والميته [٤] والدم أو شىء من وجوه الفساد الشرح:

المنافع المحلّله داخلاً فى عنوان الظلمه بأن يعدّ من أعوان الجائر وعماله، وإلا فلا تجوز.

[١] لا ولاية له على غير ولده من أقربائه، فيكون عطف القرابه على ولده بلا وجه، إلا أن يحمل على صوره الوصايه أو الوكاله، ولكنهما لا تختصان بالقرب.

[٢] عطف على (نفسه)، يعنى لا- بأس بأن يؤجر نفسه أو وكيله فى إجارته، والمراد بالوكيل الوكيل فى العمل، والمراد بضمير الجمع فى قوله: «لأنهم وكلاء الأجير»، العاملون الذين يكونون وكلاء فى العمل عن الذى يؤجرهم من نفسه لا من عند السلطان حتى يكون هو وهم داخلين تحت عنوان الظلمه.

[٣] مثال للمؤجر الذى يؤجر نفسه أو وكيله من عنده لا من عند السلطان.

[٤] ولعلّ الخنازير والميته معطوفتان على (هدم المساجد) فيكون إجاره نفسه

الذى كان محرماً عليه من غير جهة الإجاره فيه، وكل أمرٍ منهى عنه من جهة من الجهات، فمحرّم على الانسان اجاره نفسه فيه، أو له أو شيء منه [١] أو له، إلا لمنفعه من استأجرته [٢] كالذى يستأجر له الأجير ليحمل الميتة ينحّيه عن أذاه أو أذى غيره وما أشبه ذلك إلى أن قال: وكل من آجر نفسه أو ما يملك، أو يلى أمره من كافر أو مؤمن أو ملك أو سوقه على ما فسّرنا ممّا تجوز الإجاره فيه فحلال محلّ فعله وكسبه.

وأما تفسير الصناعات: فكل ما يتعلّم العباد أو يعلمون غيرهم من أصناف الصناعات مثل الكتابه والحساب والتجاره والصياغه والبناء والحياكه والسراجه والقصاره والخياطه وصنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني، وأنواع الشرح:

فى الخنازير والميته باعتبار العمل المناسب لهما.

[١] لعل المراد بالأوّل كونه أجيراً فى نفس العمل المحرّم بأن يوجد، والمراد بالثانى كونه أجيراً لعمل يكون ذلك مقدّمه للمحرّم، بأن يكون غرض الأجير وصول المستأجر بما فعله إلى الفعل المحرّم، والمراد بالثالث فعل الجزء من المركّب المحرّم، والمراد من الرابع الإجاره لعمل يكون ذلك مقدّمه للجزء من المركّب المحرّم، ثم إنّ حرمة الإجاره فى غير الفرض الأوّل مختصّه بما إذا قصد بمتعلّقها التوصل إلى الحرام، وإلا فلا وجه للحرمة فضلاً عن فسادها.

[٢] ظاهره الاستثناء من قوله: «كل أمر منهى عنه»، ولا يبعد أن يكون الصحيح استأجره بدل استأجرته و(التاء) زائده، يعنى كالذى يستأجر الأجير ليحمل الميتة وينحّيه عن أذاه وأذى غيره.

صنوف الآلات التي يحتاج إليها العباد، منها منافعهم، وبها قوامهم، وفيها بلغه جميع حوائجهم فحلال فعله وتعليمه والعمل به وفيه [١] لنفسه أو لغيره. وإن كانت تلك الصِّناعة وتلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد ووجوه المعاصي، وتكون معونه على الحقِّ والباطل، فلا بأس بصناعته وتعليمه نظير الكتابه التي هي على وجه من وجوه الفساد تقويه ومعونه لولاه الجور.

وكذلك السكين والسيف والرَّمح والقوس وغير ذلك من وجوه الآلات التي تصرف إلى وجوه الصلاح وجهات الفساد، وتكون آله ومعونه عليهما فلا بأس بتعليمه وتعلّمه وأخذ الأجر عليه والعمل به وفيه لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق، ومحرمّ عليهم تصريفه إلى جهات الفساد والمضارّ، فليس على العالم ولا المتعلّم، إثم ولا وزر، لما فيه من الرجحان في منافع جهات صلاحهم وقوامهم وبقائهم، وإنما الإثم والوزر على المتصرّف فيه في جهات الفساد والحرام، وذلك إنّما حرّم الله الصناعات التي هي حرام كلّها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكلّ ملهوّ به والصُّلبان والأصنام، وما أشبه ذلك من صناعات الأشربه الحرام. وما يكون منه وفيه الفساد محضاً ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجر عليه وجميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات كلّها إلاّ أن تكون صناعاته قد تصرف إلى جهه المنافع، وإن كان قد يتصرّف فيها ويتناول بها وجه من وجوه المعاصي، فلعله ما فيه من الصلاح حلّ تعلّمه وتعليمه والعمل به، ويحرم على من صرفه إلى غير وجه الحقِّ والصلاح.

الشرح:

[١] لعلّ المراد بالأوّل تمام العمل، وبالثاني بعضه.

ص: ١٨

فهذا تفسير بيان وجوه اكتساب معايش العباد، وتعليمهم في وجوه اكتسابهم . . . الحديث».

وحكاة غير واحد عن رساله المحكم والمتشابه للسيد قدس سره.

وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام [١] «اعلم رحمك الله أنّ كلّ مأمور به على العباد، وقوام لهم في أمورهم من وجوه الصّلاح الذي لا يقيمهم غيره ممّا يأكلون ويشربون ويلبسون، وينكحون، ويملكون، ويستعملون، فهذا كلّه حلال بيعه وشراؤه وهبته وعاريته، وكلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا قد نهى عنه من جهه أكله، وشربه، ولبسه، ونكاحه، وامسأكه، بوجه الفساد، مثل: الميتة والدم ولحم الخنزير والزّبا وجميع الفواحش ولحوم السباع والخمر وما أشبه ذلك، فحرام ضارّ للجسم [٢]»، انتهى.

وعن دعائم الإسلام [٣] للقاضي نعمان المصري: عن مولانا الصادق عليه السلام، «إنّ

الشرح:

[١] لم يرد في الروايه ما انحصر المدرك فيه بها، ولو كان وارداً لما أمكن الاعتماد عليها، حيث لم يثبت أنّ الكتاب المزبور للإمام عليه السلام، ومجرّد دعوى السيد الفاضل الثقة المحدث القاضي أمير حسين رحمه الله أنّه اطمأنّ من القرائن بذلك بعد ما أخذه من القميين الذين جاءوا به إلى مکه لا- يكون طريقاً معتبراً لنا، خصوصاً مع قوّه احتمال أنّ الكتاب المزبور كان لوالد الصدوق رحمه الله ووقع الوهم باعتبار التعبير في الكتاب عن المؤلّف رحمه الله بعلي بن موسى، ويؤيّد ذلك توافق عباراته غالباً مع عبارات رسالته إلى ولده، ولتفصيل الكلام محلّ آخر.

[٢] يعنى فحرام بيعه وشراؤه وسائر المعامله عليه، وارتكابه ضارّ للجسم، وقلنا إنّ المراد بالحرام حرمة بيعه حتّى لا يلزم التكرار اللغو كما لا يخفى.

[٣] الأمر في الروايه المزبوره كما مرّ في الفقه الرضوي، ولا يخفى أنّ ما في

الحلال من البيوع كلّ ما كان حلالاً من المأكول والمشروب وغير ذلك، ممّا هو قوام للنّاس، ويباح لهم الانتفاع، وما كان محرّماً اصله منهيّاً عنه، لم يجز بيعه ولا شراؤه»، انتهى.

وفى النبوي المشهور [١] «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه».

إذا عرفت ماتلونه وجعلته في بالك متدبراً لمدلولاته، فنقول: قد جرت عاده غير واحد على تقسيم المكاسب إلى محرّم، ومكروه، ومباح، مهمّلين للمستحبّ

الشرح:

«دعائم الإسلام» على تقدير اعتبار مؤلّفه روايه مرسله، حيث إنّ المؤلّف وهو نعمان بن محمد بن منصور قاضي مصر المالكي أولاً كان في أيام الدوله الإسماعيليه، فلا يمكن روايته عن الصادق عليه السلام بلا واسطه، والواسطه مجهوله لنا.

نعم ذكر في الكتاب أنّه حذف الأسانيد للاختصار، ولكن قد تقدّم عدم نفع مثل هذه الدعوى، ولا تدخل الروايه معها في موضوع دليل الاعتبار، حتّى فيما إذا صرح المؤلّف بأنّ الروايه كانت صحيحه، وذلك فإنّ الصحه في كلام القدماء لا تدلّ على توثيق الراوي، وإنّما تدلّ على اعتبارها عند من وصفها بها.

[١] النبوي ضعيف سنداً ولكنّه صحيح مضموناً، وذلك فإنّه إذا تعلّقت الحرمة بعين في خطاب الشرع فظاهره تحريم جميع الأفعال المقصوده منها، فيكون أخذ العوض عليها من أكل المال بالباطل، حيث مع التحريم المزبور لا منفعه محلّله لها، وهذا بخلاف ما إذا تعلّقت الحرمة بفعل خاصّ من العين مع بقاء سائر الأفعال المقصوده منها على الحلّ، كما إذا ورد في الخطاب حرمة أكل التراب فإنّه مع بقاء سائر منافعه على الحلّ لا بأس بالمعاوضه عليه، كما هو كذلك في البلاد التي أراضيها رمل والتراب فيها عزيز.

والواجب بناءً على عدم وجودهما في المكاسب مع إمكان التمثيل [١] للمستحب، بمثل: الزراعة والرعى، مما ندب إليه الشرع، وللواجب بالصناعة الواجبه كفايه، خصوصاً إذا تعذر قيام الغير به، فتأمل.

ومعنى حرمة الاكتساب حرمة النقل والانتقال بقصد ترتب الأثر المحرّم [٢]

وأما حرمة أكل المال في مقابلها، فهو متفرّع على فساد البيع لأنه مال الغير وقع في يده بلا سبب شرعيّ، وإن قلنا بعدم التحريم لأنّ ظاهر أدلّه تحريم بيع مثل الخمر منصرف الى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرّمه، أما لو قصد الأثر المحلل فلا الشرح:

[١] لا يخفى أنّ المستحب هو نفس الرعى أو الزراعة لا الاكتساب بهما، كما هو مورد الكلام، ولو اشتغل أحد بالرعى لنفسه أو لغيره تبرّعاً فعل المندوب، وكذا الحال في الزراعة، بل في الصناعة الواجبه أيضاً، حيث إنّ المطلوب فيها فعل ما يتوقّف عليه نظام المسلمين ولو كان بنحو التبرّع.

وربّما يقال: المستحبّ كالاكتساب للتوسعه على العيال ورفع حوائج الناس، والواجب كالاكتساب الذى توقّف عليه الإنفاق الواجب.

وفيه: أنّ الكلام في المقام ليس في الكسب بمعناه المصدرى، بل في الأعيان أو الأعمال التى يكون كسب المال بها، وأنّ كسبه بأى منهما حرام أو حلال، وفي المذكور نفس الاكتساب مستحبّ أو واجب من غير ملاحظه عين خاصّه أو عمل خاصّ كما لا يخفى.

[٢] لا يخفى أنّ حقيقه بيع الخمر وشرائه هو تمليكه للآخر بعوض وتملك العوض من الآخر، وإذا فرض الدليل على حرمة بيعه وشرائه زائداً على الفساد، كما هو مقتضى اللعن الوارد على بائعه ومشتريه يكون نفس إنشاء التمليك أو التملك محرّماً، وعلى ذلك فتقييد متعلّق النهى بما إذا كان قاصداً لترتيب الأثر المحرّم بلا وجه، بل لو

دليل على تحريم المعامله إلا من حيث التشريع [١] وكيف كان فلاكتساب المحرّم انواع، نذكر كلاً منها في طيّ مسائل.
النوع الأول: الاكتساب بالأعيان النجسه، عدا ما استثنى.

وفيه مسائل ثمان:

المسألة الأولى: يحرم المعاوضه على بول [٢] غير مأكول اللحم بلاخلاف الشرح:

كان مشتريه مثلاً قاصداً شربه بعد تملكه فهو أمر آخر داخل في التجزّي ولا يرتبط بحرمه نفس البيع والشراء.

[١] لا- يكون التشريع إلا- بالالتزام بحكم شرعى من غير إحرازه بوجه معتبر، ومجرّد بيع الخمر مثلاً- مع فرض فساده لا- يكون تشريعاً، حيث إنّ المتبايعين لا يلتزمان بصحته شرعاً حتى يكون البناء المزبور تشريعاً، بل غايته إقدامهما على البيع مع علمهما بطلانه، نظير بيع الغاصب لنفسه، والحاصل: أنّهما يلتزمان بالملكيه فى بنائهما ولا ينسبانها إلى الشرع حتى يكون تشريعاً.

[٢] استدلال على بطلان بيع الأوبال النجسه بوجوه ثلاثه:

الأول: حرمة شربها، فيدخل فيما تقدّم من أنّ المنهى عنه باعتبار أكله أو شربه لا يجوز بيعه وشراؤه.

والثانى: نجاستها، وقد ذكر فى حديث «تحف العقول» عدم جواز بيع أقسام النجس، والوجهان ضعيفان على ما مرّ.

والثالث: عدم الغرض المحلّل للعقلاء فى الأوبال النجسه حتى يكون لها المائيه المعبر عنها بالقيمه.

أقول: الصحيح فى عدم جواز بيعها هو هذا الوجه، وبهذا يظهر عدم الفرق بينها وبين الأوبال الطاهره؛ لانتفاء المائيه فيهما فعلاً.

ظاهر لحرمة ونجاسته، وعدم الانتفاع به منفعه محلله مقصوده، فيما عدا بعض الشرح:

وما يظهر من المصنف رحمه الله من الميل إلى جواز بيع أوبال ما يؤكل لحمها بناءً على جواز شرب أوبالها اختياراً لا يمكن المساعدة عليه، فإن شربها ما لم يكن بحيث يبذل باعتباره المال لا يصحح البيع، بل يكون تملك المال بإزائها من أكله بالباطل المحكوم بالفساد في ظاهر الآيه المباركه.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله أنه لا- دليل على حرمة بيع الأوبال النجسه وضعاً، فضلاً عن حرمة تكليفاً، وذلك فإن الآيه المباركه ناظره إلى أسباب تملك مال الغير التي كانت متعارفه زمان جاهليته، من بيع الحصاه والقمار ونحوهما، وأن تلك الأسباب كلها باطله إلا- التجاره عن تراض، وأما أنه يعتبر في التجاره عن تراض المائيه في المبيع فليست الآيه في مقام بيان مثل تلك الجهه، بل يكفي في صحه البيع تعلق غرض المشتري بالمبيع حتى لا يكون بذله المال بإزائه سفهياً، ثم ذكر أن هذا أيضاً لا يعتبر، فإنه لا دليل على بطلان البيع السفهية، بل الدليل دل على بطلان بيع السفهيه.

وفيه: أن عنوان أكل مال الغير بالباطل كسائر العناوين التي تعلق بها الحكم الشرعي في خطابات الشارع في كون مدلولها ثبوت الحكم لعنوان الموضوع بنحو القضييه الحقيقيه، فإن حمل الخطاب على ثبوت الحكم لعنوان بنحو القضييه الخارجيه أو على أخذ العنوان مشيراً إلى عنوان آخر يكون هو الموضوع في الحقيقيه يحتاج إلى قرينه.

والحاصل: أن ظاهر الآيه هو أن عنوان تملك مال الغير بالباطل في اعتبار العقلاء فيما إذا تحقق يكون محكوماً بالفساد شرعاً، وصدق العنوان على تملك المال بإزاء بول الحمار مثلاً- فضلاً عن الأوبال النجسه كبول الكلب، لا يحتاج إلى تأمل، ومعه لا يحصل فيه عنوان البيع حتى يحكم بحله، فضلاً عن عنوان التجاره عن تراض.

الأول: ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه المحكوم بطهارتها عند المشهور، إن قلنا بجواز شربها اختياراً، كما عليه جماعه من القدماء والمتأخرين، بل عن المرتضى دعوى الاجماع عليه، فالظاهر جواز بيعها [٢]

وإن قلنا بحرمة شربها كما هو مذهب جماعه أخرى لاستنباثها ففى جواز بيعها قولان: من عدم المنفعه المحلله المقصوده فيها، والمنفعه النادره لو جوزت المعاوضه لزم منه جواز معاوضه كل شىء، والتداوى بها لبعض الأوجاع لا يوجب قياسها على الأدويه والعقاقير، لأنه يوجب قياس كل شىء عليها، للانتفاع به فى بعض الأوقات، ومن أن المنفعه الظاهره ولو عند الضروره المسوغه للشرب الشرح:

[١] الاستثناء راجع إلى عدم النفع المحلل، ولكنه غير صحيح، وذلك فإن بول الإبل الجلاله أو الموطوءه بناءً على نجاسته كما هو الصحيح، يجرى فيه ما جرى فى سائر الأبوال النجسه حتى الوجه الثالث، حيث إن تصوير جواز التداوى بالبول المزبور فى مورد الانحصار به وعدم التمكن من بول الإبل الآخر لا يوجب كونه من المنفعه المحلله التى توجب المائيه.

ثم إن ظاهر كلام المصنف رحمه الله أيضاً نجاسه البول المزبور، كما هو مقتضى التعرض له فى بيع الأبوال النجسه، نعم زعم عدم جريان الوجه الثالث فيه.

[٢] قد ذكرنا أن مجرد جواز شرب شىء أو أكله لا يوجب جواز بيعه وأخذ المال بعوضه، كما أن مجرد عدم جواز أكل شىء أو شربه لا يوجب بطلان بيعه، بل لابد من كون الشرب أو الأكل منفعه مقصوده للعقلاء بحيث يبذلون العوض له بلحاظهما، ولا يعتبر فى المنفعه المقصوده عدم اختصاصهما بحال وعمومهما لجميع الأحوال،

كافيه فى جواز البيع، والفرق بينها وبين ذى المنفعة الغير المقصوده حكم العرف بأنه لا- منفعه فيه، وسيجىء الكلام فى ضابطه المنفعه المسوّغه للبيع، نعم، يمكن أن يقال: إن قوله صلى الله عليه وآله: «إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»، وكذلك الخبر المتقدم عن دعائم الإسلام يدلّ على أنّ ضابطه المنع تحريم الشىء اختياراً، وإلا- فلا- حرام إلا- وهو محلل عند الضروره، والمفروض حرمة شرب الأبوال اختياراً، والمنافع الأخر غير الشرب لا يعبأ بها جداً، فلا ينتقض بالطين المحرّم أكله، فإنّ المنافع الأخر للطين أهمّ وأعمّ من منفعه الأكل المحرّم، بل لا يُعدّ الأكل من منافع الطين. فالنّبوى دالّ على أنّه إذا حرّم الله شيئاً بقولٍ مطلق بأن قال: يحرم الشىء الفلانى حرّم بيعه، لأنّ تحريم عينه إمّا راجع إلى تحريم جميع منفعه، أو إلى تحريم أهمّ منفعه الذى يتبادر عند الإطلاق، بحيث يكون غيره غير مقصود منه.

الشرح:

فلاحظ الأثر الظاهر للثوب السميكة المنسوج من الصوف والوبر، حيث إنّ ذلك الأثر مقصود فى حال البرد لا مطلقاً، ومن ذلك القبيل الأدوية والعقاقير المتعارفه؛ لأنّ المنفعه المقصوده منها مختصه بحال المرض لا مطلقاً، ولو فرض عدم جواز استعمالها فى غير حال المرض، فهذا النحو من تحريم الأكل والشرب لا يوجب بطلان بيعها وشرائها، بل الموجب له هو ما إذا كان التحريم راجعاً إلى المنفعه المقصوده كما ذكرنا.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت المنفعه المقصوده من الشىء منحصره بالانتفاع به فى خصوص حاله الاضطراب الراجع للتكليف كفت فى جواز بيعه وشرائه، كما فى المظله التى يستعملها الطيار عند الاضطراب إلى الهبوط؛ لاحتراق الطائره ونحوه، ومن هذا القبيل الأدوية أو العقاقير المصنوعه لاستعمالها حاله الاضطراب إليها، مع كونها نجسه أو فيها ما لا يجوز أكله حتى طباً فى غير تلك الحاله. وعلى ذلك فلو

ص: ٢٥

وعلى التقديرين، يدخل الشيء لأجل ذلك، في ما لا ينتفع به منفعه محلله مقصوده، والطين لم يحرم كذلك، بل لم يحرم إلا بعض منافعه الغير المقصوده منه وهو الأكل بخلاف الأبول فإنها حرمت كذلك، فيكون التحريم راجعاً إلى شربها، وغيره من المنافع في حكم العدم.

وبالجملة فالانتفاع بالشيء حال الضروره [١] منفعه محرّمه في حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه.

ولا ينتقض أيضاً بالأدويه المحرّمه في غير حال المرض لأجل الإضرار، لأنّ حليّه هذه في حال المرض ليست لأجل الضروره، بل لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع. ومما ذكرنا يظهر أنّ قوله عليه السلام في روايه تحف العقول المتقدمه: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات» يراد به جهه الصّلاح الثابته حال الاختيار دون الضروره.

الشرح:

كانت هناك روايه داله على أنّ حرمة أكل شيء أو شربه حال الاختيار موجه لفساد بيعه، فلا بدّ من رفع اليد عن عمومها في مثل العقاقير والأدويه، فإنّه لا يمكن الالتزام ببطلان المعاملات الجاربه عليها ويكون كسائر الموارد التي يرفع فيها اليد عن العمومات بالسيره الجاربه على خلافها في بعض أفرادها.

[١] حاصل ما يذكره في الفرق بين الأدويه التي لا يجوز استعمالها حال الصّحه وبين مثل الأبول الطاهره التي لا يجوز شربها اختياراً أنّ الحرمة في الأول ثابتة لاستعمالها بعنوان أنّها ضارّه للجسم، ويتبدل هذا العنوان حال المرض، فيكون استعمالها صلاحاً للجسم، وهذا بخلاف الأبول، فإنّ حرمة شربها بعنوان أنّها من الخبائث، وليس انتفاء الحرمة عن شربها حال التداوى أو غيره لتبدل عنوان الخبيث بالطيب، بل باعتبار الاضطرار إلى المحرّم، فلا يوجب جواز البيع في الأدويه؛ لثبوت

وممّا ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها، فإنّ الأوّل من قبيل الأبوال، والثاني من قبيل الطين في عدم حرمة جميع منافعتها المقصوده منها. ولا ينافيه النبويّ: «لعن الله اليهود، حرّمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها»، لأنّ الظاهر أنّ الشحوم كانت محرّمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات، لا كتحرّيم شحوم غير مأكول اللحم [١] علينا.

هذا ولكن الموجود من النبويّ في باب الأطعمه من الخلاف «إنّ الله إذا حرّم أكل شيء حرّم ثمنه»، والجواب عنه مع ضعفه [٢] وعدم الجابر له سنداً ودلاله لقصورها بلزوم تخصيص الأكثر.

الثاني: بول الإبل يجوز بيعه اجماعاً على ما في جامع المقاصد، وعن ايضاح النافع. إمّا لجواز شربه اختياراً [٣] كما يدلّ عليه قوله عليه السلام في روايه الجعفرى،

الشرح:

المالئيه لها قياس الأبوال الطاهره عليها حتّى فيما إذا استعملت للتداوى.

[١] فى كون المحرّم علينا خصوص أكلها لا- سائر الانتفاعات من الإسراج بها ونحوه، فيكون الفرق بين الشحوم واللحوم بأنّ حرمة الأكل فى الأوّل لا توجب فساد البيع، بخلاف حرمة أكل الثاني، حيث إنّ اللحوم منفعتها المقصوده منحصره بالأكل.

[٢] الجواب عنه مبتدأ وخبره لزوم تخصيص الأ- كثر، بمعنى أنّ الأخذ بظاهر النبويّ المذكور يلزم تخصيص الأ- كثر، مع أنّه ضعيف سنداً ودلاله، وقوله: لقصورها، تعليل لضعفه فى جهه دلالته، ولكنّ تعليل ضعف دلالته به من قبيل أخذ المدعى دليلاً عليه كما لا يخفى.

[٣] تقدّم أنّ صحه البيع فى شيء لا تدور مدار جواز شربه، بل اللزم كون شربه من المنفعه المقصوده منه بحيث يخرج أخذ المال بإزائه من أكله بالباطل، والظاهر أنّ الشرب حتّى فى بول الإبل ليس كذلك، وأما حكم الشرب اختياراً وبلا حاجه إليه

الشرح:

فمقتضى موثقه عمار عدم الجواز فى بول الإبل وغيره، قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن بول البقر يشربه الرجل؟ قال: إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه، كذلك أبوال الإبل والغنم»^(١). حيث إن ظاهر التعليق على الشرط انتفاء الجواز مع عدم الحاجة، وبه يرفع اليد عن إطلاق نفى البأس فى مثل روايه أبى البخترى عن جعفر عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وآله قال: «لا بأس ببول ما أكل لحمه»^(٢). نعم فى روايه الجعفرى قال: «سمعت أبا الحسن موسى عليه السلام يقول: أبوال الإبل خير من ألبانها، ويجعل الله الشفاء فى ألبانها»^(٣)، ومقتضى الحكم بكون أبوالها خيراً من ألبانها هو جواز شربه حتى اختياراً وبلا ضروره، وبعد وقوع المعارضه بينها وبين المفهوم يرجع إلى أصاله الحليّه، ودعوى أن الروايه ناظره إلى بيان حكم طبي لا شرعى يدفعها أن حمل كلام الشارع على بيان مجرد الحكم الطبي خلاف الظاهر. والعمده فى عدم إمكان رفع اليد بها عن المفهوم ضعفها سنداً، فإن فى سندها بكر بن صالح وهو ضعيف، بل ولا يبعد مع فرض المعارضه الرجوع إلى عموم حرمة الخبائث، فإن أبوال منها حتى من المأكول لحمه.

اللهم إلا- أن يقال: لم يعلم شمول الخبائث للأبوال الطاهره، حيث من المحتمل كون معناها الرجس المعبر عنه بالفارسيه (بليد) فتختص بالنجسه منها، أضف إلى ذلك أنه يمكن القول بعدم المفهوم للشرط الوارد فى الموثقه، فإن اختصاص حرمة فعل بصوره عدم الحاجة إليه وحله معها غير معهود فى الشرع، والشرط فيها باعتبار

ص: ٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ١١٣، الباب ٥٩ من أبواب الأطمعه المباحه، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ١١٤، الحديث ٢.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث ٣.

أبوال الإبل خير من ألبانها وإمّا لأجل الاجماع المنقول لو قلنا: بعدم جواز شربها إلا لضروره الاستشفاء كما يدلّ عليه روايه سماعه [١] قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بول الإبل والبقر والغنم ينتفع به من الوجع، هل يجوز أن يشرب؟ قال: نعم، لا بأس».

وموثقه عمّار عن بول البقر يشربه الرّجل، قال: «إن كان محتاجاً إليه يتداوى بشربه فلا بأس، وكذلك بول الإبل والغنم».

لكنّ الانصاف أنّه لو قلنا بحرمة شربه اختياراً أشكل الحكم بالجواز إن لم يكن اجماعياً كما يظهر من مخالفه العلامه فى النّهايّه، وإبن سعيد فى النّزهه، قال: فى النّهايّه، وكذلك البول يعنى يحرم بيعه و إن كان طاهراً للاستخبات، كأبوال البقر والإبل، وإن انتفع به فى شربه للدواء لأنّه منفعه جزئيه نادره فلا يعتدّ به، انتهى.

أقول: بل لأنّ المنفعه المحلّله للاضطرار وإن كانت كليّه لا تسوّغ البيع كما عرفت.

الشرح:

أنّه لا يكون للإنسان داع إلى شرب مثل البول من غير حاجه إليه كالتداوى به، ثمّ إنّ جواز شرب البول مطلقاً أو مع الحاجه إلى التداوى به يختصّ بأبوال ما يؤكل لحمه، وأمّا الأبوال النجسه فلا يجوز شربها إلاّ مع الاضطرار الرافع للتكليف ولا يحوز بمجرد الحاجه.

وعلى الجملة الأمر فيها كما فى سائر المحرّمات.

[١] لا دلالة لروايه سماعه (١) على عدم جواز الشرب مع عدم الحاجه، حيث إنّ الراوى فرض فى سؤاله شربه عند الحاجه، لا أنّه عليه السلام أخذه فى الجواب قيلاً للجواز كما لا يخفى.

ص: ٢٩

المسألة الثانيه: يحرم بيع العذرة النجسه [١] من كل حيوان على المشهور، بل فى التذكرة كما عن الخلاف : الإجماع على تحريم بيع السرجين النجس ويدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم من الأخبار روايه يعقوب بن شعيب: «ثمن العذرة من السحت».

نعم، فى روايه محمد بن المضارب: «لا بأس ببيع العذره». وجمع الشيخ بينهما بحمل الأول على عذره الإنسان، والثانى على عذره البهائم. ولعله لأنّ الأول نصّ فى عذره الإنسان ظاهر فى غيرها، بعكس الخبر الثانى، فيطرح ظاهر كلّ منهما بنصّ الآخر.

الشرح:

[١] المنسوب إلى الشهره عدم جواز بيع العذره ممّا لا يؤكل لحمه، ويستدلّ عليه بروايه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «ثمن العذره من السحت» (١)، وفى سندها على بن مسكين؛ ولذلك لا يمكن الاعتماد عليها، مع أنّها معارضه بروايه محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس ببيع العذره» (٢).

وقد جمع الطوسى قدس سره بينهما بحمل الأولى على عذره الإنسان، والثانيه على عذره البهائم. وذكر المصنف رحمه الله فى تقريب الجمع المزبور أنّ الروايه الأولى نصّ فى عذره الإنسان وظاهره فى غيرها، بعكس الثانيه، فيطرح ظاهر كلّ منهما بنصّ الأخرى، وأيدّ التقريب بموثقه سماعه قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر، فقال: إننى رجل أبيع العذره فما تقول؟ قال: حرام بيعها وثمرتها، وقال: لا بأس ببيع العذره» (٣)، باعتبار أنّ الجمع بين الحكم بعدم الجواز والجواز فى كلام واحد

ص: ٣٠

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧٥: ١٧، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
 - ٢- (٢) المصدر السابق: ١٧٥، الحديث ٣.
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٥، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

ويقرّب هذا الجمع روايه سماعه، قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن بيع العذره، فقال: إننى رجل أبيع العذره، فما تقول؟ قال: حرام بيعها وثمانها، وقال: لا بأس ببيع العذره». فإنّ الجمع بين الحكمين فى كلام واحد لمخاطب واحد يدلّ على أنّ تعارض الأوّلين ليس إلّا- من حيث الدّلاله، فلا- يرجع فيه إلى المرجّحات السنديّه أو الخارجيه. وبه يدفع ما يقال: من أنّ العلاج فى الخبرين المتنافيين على وجه التباين الكلىّ هو الرجوع إلى المرجّحات الخارجيه، ثمّ التخيير أو التوقّف، لا إلغاء ظهور كلّ منهما، ولهذا طعن على من جمع بين الأمر والنهى بحمل الأمر على الإباحه والنهى على الكراهه.

الشرح:

للمخاطب الواحد دليل على أنّ الموضوع لعدم الجواز غير الموضوع للجواز، فتكون هذه الموثّقه قرينه على أنّ تعارض الروايتين الأوّلتين ليس باعتبار العلم بعدم ثبوت الحكمين معاً، بل باعتبار دلالتهما، فلا يصحّ فيهما الرجوع إلى المرجّحات السنديّه أو الخارجيه، كما لا يصحّ القول بأنّ الحكم بعد فقد الترجيح هو التخيير بين المتعارضين أو التساقت، لا طرح ظهور كلّ منهما كما عليه جمع الطوسى قدس سره .

أقول: لا- يصحّ جعل الموثّقه قرينه على ما ذكر، إذ يحتمل كونها من قبيل الجمع فى الروايه، بأن سمع الراوى الحكمين فى مجلسين وجمع بينهما فى النقل، بل يمكن أيضاً كون المخاطب فى أحدهما غير المخاطب فى الآخر، فتكون الموثّقه من الروايتين المتعارضتين، ويؤيد ذلك تكرار (قال) وعطفه على الأوّل والإتيان بالاسم الظاهر بدل الضمير، حيث إنّه لو كان كلاماً واحداً لكان الأنسب أن يقول: (لا- بأس ببيعها)، نعم كونها من الجمع فى المروى محتمل أيضاً، ولكن اختلاف صدرها وذيلها يوجب إجمالها، هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّ المتيقّن فى الإراده من الخارج لا يوجب أن يكون أحد الدليلين نصّاً

واحتمل السبزواری حمل خیر المنع علی الکراهه وفيه ما لا يخفى من البعد. وأبعد منه ما عن المجلسی من احتمال حمل خیر المنع علی بلاد لا ينتفع به، والجواز علی غيرها. ونحوه حمل خیر المنع علی التقيّه [١] لكونه مذهب أكثر العامه.

والأظهر ما ذكره الشيخ قدس سره لو ارید التبرع بالحمل لكونه أولى من الطرح، وإلا فروايه الجواز لا يجوز الأخذ بها من وجوه لا تخفى.

ثم إن لفظ «العذر» في الروايات، إن قلنا: إنه ظاهر في «عذره الإنسان» كما حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة فثبوت الحكم في غيرها بالأخبار العامه المتقدمه، وبالإجماع المتقدم على السّرجين النجس. واستشكل في الكفايه في الحكم تبعاً للمقدّس الأردبيلي رحمه الله إن لم يثبت الإجماع، وهو حسن، إلا أن الإجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الأخبار العامه السابقه.

الشرح:

في ذلك المتيقن وظاهراً في غيره ليجمع بينهما بالأخذ بذلك المتيقن وطرح الظاهر، كما إذا ورد مثلاً الأمر بإكرام العلماء في خطاب والنهي عنه في خطاب آخر، فإن حمل الأول على العادل، والثاني على الفاسق، بدعوى كون ذلك متيقناً بالإراداه منهما لا يوجب كون الحمل من الجمع العرفي.

ومثل الجمع المزبور حمل حرمة البيع والتمن على الفساد، وحمل نفي البأس على الجواز تكليفاً، وذلك فإنه ليس بأولى من حمل حرمة البيع وتحصيل الثمن على التكليف فقط، والأخذ بظاهر نفي البأس وهو الإرشاد إلى صحه البيع.

[١] لا- يخفى أن الحكم بجواز بيع العذره لا- يحتاج إلى الروايه، فإن وجود المنفعه المقصوده للعقلاء في شيء بحيث يبذلون بإزائه المال كاف في نفوذ بيعه والمعامله عليه، وقد تقدم أيضاً أن مجرد نجاسه شيء لا يوجب فساد بيعه؛ ولذا يتعين القول

وربما يستظهر من عبارته الاستبصار القول بجواز بيع عذره ما عدا الإنسان، لحمله أخبار المنع على عذره الإنسان. وفيه نظر.

فرع:

الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة التي ينتفع بها منفعه محلله مقصوده، وعن الخلاف: نفي الخلاف فيه، وحكى أيضاً عن المرتضى رحمه الله الإجماع عليه، وعن المفيد: حرمة بيع العذره والأبوال كلها إلا بول الإبل، وحكى عن سلالر أيضاً ولا أعرف مستنداً لذلك إلا دعوى أن تحريم الخبائث في قوله تعالى: «وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» يشمل تحريم بيعها، وقوله عليه السلام: «إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»، وما تقدّم من روايه دعائم الإسلام، وغيرها.

ويرد على الأول: أن المراد بقرينه مقابلته لقوله تعالى: «يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ الْأَكْلَ»، لا مطلق الانتفاع، وفي النبوي وغيره ما عرفت من أن الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشيء، بحيث يدلّ على تحريم جميع منافعه أو المنافع المقصوده الغالبه، ومنفعه الروث ليست هي الأكل المحرّم فهو كالطين المحرّم، كما عرفت سابقاً.

الشرح:

بالجواز، مع أن الترجيح للخبر الدالّ عليه؛ لأنّ معظم العامّة على المنع. وما ذكره المصنف رحمه الله من أن روايه الجواز لا يجوز الأخذ بها من وجوه لا- يمكن المساعده عليه، فإنّ مراده بالوجوه يمكن أن يكون ضعف الروايه سنداً بمحمد بن مضارب، ومخالفتها لفتوى المشهور بالمنع، وكذا مخالفتها للروايات العامّة، حيث ذكر في بعضها عدم جواز بيع وجوه النجس. ولكنّ ضعف السند مشترك بين الروايه الدالّه على الجواز والدالّه على المنع، ولم يعلم أنّ فتوى المشهور بالمنع هل كان لخلل في روايه الجواز غير المعارضه المزبوره، وغير ضعف سندها وخلافها للاحتياط؟ كما أنّ الروايات

ص: ٣٣

المسألة الثالثة: يحرم المعاوضه على الدم [١] بلا خلاف، بل عن النهايه وشرح الإرشاد لفخر الدين والتنقيح: الإجماع عليه، ويدلّ عليه الأخبار السابقه.

فرع:

وأما الدم الطاهر إذا فرضت له منفعه محلّله كالصبغ لو قلنا بجوازه ففي جواز بيعه وجهان، أقواهما الجواز، لأنها عين طاهره ينتفع بها منفعه محلّله. وأما

الشرح:

العامة لا تصلح للاعتماد عليها كما مرّ.

وبالجملة: لا فرق بين الأرواث الطاهره والنجسه في أنّ المنفعه المحلّله المقصوده كالتسميد بها واستعمالها وقوداً كافيه في الحكم بجواز الاكتساب بها.

[١] الأظهر جواز المعاوضه عليه فيما إذا فرضت له منفعه محلّله، كما في يومنا هذا بالإضافة إلى دم الإنسان، فإنه يستعمل في المعالجه بتزريقه لإنسان آخر يحتاج إليه. والإجماع التعبدى في المقام غير حاصل؛ لاحتمال أنّ المدرك على تقدير الاتفاق بعض الروايات المتقدمه التي علم حالها، ونقل الإجماع لا يزيد على محصّيله، وكذا الحال في غير دم الإنسان من الدماء النجسه المستعمله للتسميد في المزارع والبساتين. وأما مرفوعه أبي يحيى الواسطى (١) الدالّ على عدم جواز بيع الدم، فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، قال: «مرّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فنهام عن بيع سبعة أشياء من الشاه، نهام عن بيع: الدم والغدد وآذان الفؤاد والطحال . . .».

وما ذكره المصنّف رحمه الله وتبعه السيد الخوئى رحمه الله (٢) من كون الروايه ناظره إلى بيع الدم للأكل، وحرمة البيع في هذا الفرض لا- تحتاج إلى دليل خاصّ، فإنّها على القاعده لا يمكن المساعدة عليه؛ لإطلاق النهى في الروايه أولاً، وثانياً أنّ قصد المشتري وعلم

ص: ٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٧١، الباب ٣١ من أبواب الأطحه المحرمه، الحديث ٢.

٢- (٢) محاضرات في الفقه الجعفرى ١ : ٤٥.

مرفوعه الواسطى المتضمنه لمرور أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين ونهيه عن بيع سبعة: بيع الدم، والغدد، وآذان الفؤاد، والطحال... إلى آخرها، فالظاهر إرادته حرمه البيع للأكل، ولا شك في تحريمه، لما سيجيء من أن قصد المنفعة المحرمة في المبيع موجب لحرمه البيع، بل بطلانه. وصرح في التذكرة بعدم جواز بيع الدم الطاهر، لاستخباته، ولعله لعدم المنفعة الظاهرة فيه غير الأكل المحرم.

المسألة الرابعة: لا إشكال في حرمه بيع المنى، لنجاسته، وعدم الانتفاع به إذا وقع في خارج الرحم، ولو وقع فيه فكذلك لا ينتفع به المشتري، لأن الولد نماء الأم في الحيوانات عرفاً، وللأب في الإنسان شرعاً.

لكن الظاهر أن حكمهم [١] بتبعيه الأم متفرع على عدم تملك المنى، وإلا لكان بمنزلة البذر المملوك يتبعه الزرع، فالمتعين التعليل بالنجاسة، لكن قد منع

الشرح:

البائع باستعمال المبيع في المحرم لا يزيد عن بيع العنب مع علم البائع باستعماله المشتري في التخمير، وقد التزموا فيه بالجواز.

[١] أى أن الحكم بأن الولد في الحيوانات تابع للأم متفرع على أن منى الحيوان لا يكون قابلاً لصيرورته ملكاً لأحد، ولو كان قابلاً له لكان الولد كالزرع في ملك الغير ملكاً لصاحب الفحل، وعلى ذلك فلو قيل بأن المنى قابل للتملك كما في منى الإنسان، حيث إن الولد فيه تابع للفحل ويكون ملكاً لمالك الفحل، فلا بد في الحكم بعدم جواز بيع المنى الواقع في الرحم من التشبث بنجاسته، ولكن هذا التشبث أيضاً غير صحيح، وذلك فإن المنى الخارج من الباطن إلى الباطن كالدّم الموجود في الباطن لا دليل على نجاسته. وعلل في «الغنية» عدم جواز بيع هذا القسم بالجهالة أو عدم قدره على التسليم أيضاً، كما في المنى الموجود في صلب الفحل المعبر عنه بالعسيب في مقابل الملاقيح المراد بها الواقع في الرحم، والمراد بالجهالة عدم العلم

بعض من نجاسته إذا دخل من الباطن إلى الباطن، وقد ذكر العلامة من المحرّمات بيع عسيب الفحل وهو ماؤه قبل الاستقرار في الرحم، كما أنّ الملاقيح هو ماؤه بعد الاستقرار كما في جامع المقاصد وعن غيره، وعُلِّل في الغنيه بطلان بيع ما في أصلاب الفحول بالجهالة وعدم قدره على التسليم.

المسألة الخامسة: تحرم المعاوضة على الميتة [١] وأجزائها التي تحلّها الحياه الشرح:

بتكوّن الولد منه، ويؤيّد المنع في العسيب النبويّ: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله، نهى عن خصال تسعه: عن مهر البغي وعن عسيب الدابه، يعني كسب الفحل» (١).

أقول: ولكنّ الأظهر جوازه، فإنّ المنى الموجود في صلب الفحل نظير البذر الذي لا يعلم حاله من جهة نموه وعدمه قابل للبيع، ويكون تسليمه بإرساله للضرب، والرواية المزبوره ضعيفه سنداً، بل ودلاله، فإنّ ظاهر كسب الفحل إجارته للضرب، وبما أنّ إجارته لذلك جائزه كما هو مدلول بعض الروايات المعتبره فلا بدّ من حمل النهى على الكراهه. وفي صحيحه معاويه بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: أجر التيوس، قال: إن كانت العرب لتعاير به ولا بأس» (٢)، وبهذا يظهر الحال في بيع الملاقيح، يعني المنى المستقرّ في رحم الأمّ فيما إذا كان المنى تابعاً للفحل، وكان البيع قبل فساده أو استحالته إلى الدم.

[١] ذكر رحمه الله في وجه عدم جواز بيع الميتة وجوهاً:

الأول: الأخبار العامه المتقدّمه، كحديث «تحف العقول» حيث ذكر فيه عدم جواز بيع النجس وما نهى عن الانتفاع به.

ص: ٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧:٩٥، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣، ١٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ١١١، الباب ١٢، الحديث ٢.

من ذى النفس السَّيِّئَة على المعروف من مذهب الأصحاب وفي التذكرة كما عن المنتهى والتنقيح : الإجماع عليه، وعن رهن الخلاف: الإجماع على عدم ملكيتها.

ويدل عليه مضافاً إلى ما تقدّم من الأخبار ما دلّ على أنّ الميتة لا ينتفع بها منضمّاً إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة في المبيع لئلا يدخل في عموم النهى عن أكل المال بالباطل، وخصوص عدّ ثمن الميتة من السّحت في روايه السكونى.

الشرح:

الثانى: أنّه لا يجوز الانتفاع بالميتة مطلقاً، سواء كان الانتفاع بما هو مشروط بالطهاره كالأكل أو الشرب أو اللبس فى الصلاه، أو كان من غيره من سائر الانتفاعات، كما يظهر ذلك من الأخبار التى ذكر فيها أنّ الميتة لا ينتفع بها، وإذا كان الانتفاع ممنوعاً فتدخل فيما لا نفع فيه، فيكون أخذ الثمن فى مقابلها من أكله بالباطل.

الثالث: روايه السكونى، حيث عدّ فيها من السّحت ثمن الميتة. ولكن يظهر من بعض الروايات جواز بيع الميتة، كروايه الصيقل قال: «كتبوا إلى الرجل عليه السلام : جعلنا الله فداك، إنّنا قوم نعمل السيوف ليست لنا معيشه ولا تجاره غيرها، ونحن مضطرون إليها، وإنّما علاجنا جلود الميتة والبغال والحمير الأهليه لا يجوز فى أعمالنا غيرها، فيحلّ لنا عملها وشراؤها وبيعها ومسيها بأيدينا وثيابنا، ونحن نصلّى فى ثيابنا، ونحن محتاجون إلى جوابك فى هذه المسأله يا سيّدنا لضرورتنا؟ فكتب عليه السلام : اجعل ثوباً للصلاه...» (١).

وناقش رحمه الله فى دلالتها على جواز بيع الميتة بما أشار إليه بقوله: «ويمكن أن يقال: إنّ مورد السؤال...»، وحاصله أنّه لم يفرض فى الروايه تعلق البيع بجلود الميتة أو غلاف السيوف مستقلاً أو فى ضمن بيع السيوف حتى يكون نفى البأس المستفاد من

ص: ٣٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٣، الباب ٣٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

نعم، قد ورد بعض ما يظهر منه الجواز، مثل روايه الصيقل، قال: «كتبوا إلى الرجل: جعلنا الله فداك، إنّا نعمل السيوف، وليست لنا معيشه ولا- تجاره غيرها، ونحن مضطرون إليها، و إنّما غلافها من جلود الميتة من البغال والحمير الأهليه، لا يجوز في أعمالنا غيرها، فيحلّ لنا عملها وشرائها وبيعها ومسيها بأيدينا وثيابنا، ونحن نصلي في ثيابنا؟ ونحن محتاجون إلى جوابك في المسأله يا سيّدنا لضرورتنا إليها، فكتب عليه السلام: اجعلوا ثوباً للصلاه . . .» ونحوها روايه أخرى بهذا المضمون، ولذا قال في الكفايه والحدائق: إنّ الحكم لا يخلو عن إشكال. ويمكن أن يقال: إنّ مورد السؤال عمل السيوف وبيعها وشرائها، لا خصوص الغلاف مستقلاً، ولا في ضمن السيوف على أن يكون جزء من الثمن في مقابل عين الجلد، الشرح:

التقرير دليلاً على جواز بيع الميتة، بل غايته دلالتها على جواز الانتفاع بالميتة بجعلها غمداً للسيوف الذي يباع بشرط الغمد.

أقول: مورد السؤال في الروايه شراء الجلود وبيعها ومسّ تلك الجلود بأيديهم وثيابهم، حيث إنّ الصيقل أو ولده لم يكن شغلهم شراء السيوف وبيعها، بل عملها وبيعها، كما أنّه لا معنى للسؤال عن مسّ السيوف بأيديهم وثيابهم وترك السؤال عن مسّ الجلود كما لا يخفى.

وناقش رحمه الله ثانياً بأنّ دلالة الروايه على جواز بيع الميتة وشرائها بالتقرير ولا اعتبار به، فإنّه غير ظاهر في الرضا، خصوصاً في المكاتبات المحتمله للتقيه.

وفيه: أنّ مورد السؤال كما ذكرنا استعمال الجلود وبيعها وشرائها ومسّها بالأيدى والثياب والصلاه في تلك الثياب، ونهى الامام عليه السلام في الجواب عن الصلاه فيها والسكوت عن الباقي ظاهر في جواز غيرها، وهذا إطلاق مقامى لا ترك للتعرض لما يكون في ذهن السامع وإقراره على اعتقاده، كما هو المراد بالتقرير.

فغايه ما يدلّ عليه جواز الانتفاع بجلد الميتة بجعله غمداً للسيف، وهو لا ينافى عدم جواز معاوضته بالمال، ولذا جوّز جماعه، منهم الفاضلان فى النافع والإرشاد على ما حكى عنهما الاستقاء بجلد الميتة لغير الصّلاه والشرب مع عدم قولهم بجواز بيعه. مع أنّ الجواب لا ظهور فيه فى الجواز، إلّا من حيث التقرير الغير الظاهر فى الرضى، خصوصاً فى المكاتبات المحتمل له للتقيّه هذا.

الشرح:

وربّما نوقش فى الروايه بوجه ثالث، وهو أنّ المفروض فيها الاضطرار إلى الاستعمال، والكلام فى المقام فى الاختيار. وفيه: أنّ الاضطرار المفروض فيها بمعنى الحاجه، لا الاضطرار الرافع للتكليف، مع أنّ الاضطرار إلى المعامله الفاسده لا يصحّحها. وبعباره أخرى: عدم جواز بيع الميتة وضعيّ لا تكليفيّ، والاضطرار أو الإكراه يكون رافعاً للتكليف لا موجباً لصحّه المعامله.

والصحيح فى الجواب أنّ الروايه فى سندها ضعف؛ لجهاله الصيقل وولده، فلا يمكن الاعتماد عليها.

لا يقال: راوى المكاتبه محمد بن عيسى لا الصيقل وأولاده، وإلّا لكان هكذا قالوا: كتبنا إلى الرجل، والحاصل: أن ضمير الفاعل فى (قال) يرجع إلى محمد بن عيسى فلا يضرّ باعتبارها جهاله الصيقل وأولاده.

فإنه يقال: نعم راوى المكاتبه محمد بن عيسى، إلّا أن نقل القضيّه الراجعه إلى الغير ومنها المكاتبه تارةً يكون بشهود الناقل وحضوره تلك الوقعه، وفى مثل ذلك لا يضر جهاله ذلك الغير باعتبار الروايه، وأخرى يكون نقلها بحسب حكايه نفس ذلك الغير، وفى مثل ذلك تكون جهاله ذلك الغير موجباً لسقوط النقل عن الاعتبار. وروايه محمد بن عيسى من قبيل الثانى، كما هو مقتضى كلمه (عن) الداخله على أبى القاسم الصيقل وولده فى سندها، وإلّا لكان المتعيّن أن ينقل الطوسى رحمه الله الروايه

ولكنّ الإنصاف أنّه إذا قلنا بجواز الانتفاع [١] بجلد الميتة منفعه مقصوده كالاستقاء بها للبسّاتين والزّرع إذا فرض عدّه مالاً عرفاً فمجرّد النّجاسه لا- تصلح علّه لمنع البيع، لولا- الإجماع على حرمه بيع الميتة بقول مطلق، لأنّ المانع حرمه الانتفاع في المنافع المقصوده، لا مجرّد النّجاسه. وإن قلنا: إنّ مقتضى الأدلّه حرمه الانتفاع بكلّ نجس، فإنّ هذا كلام آخر سيّجىء بما فيه بعد ذكر حكم النّجاسات. لكنّنا نقول: إذا قام الدليل الخاص على جواز الانتفاع منفعه مقصوده بشيء من النّجاسات فلا مانع من صحه بيعه، لأنّ ما دلّ على المنع عن بيع النجس من النصّ والإجماع ظاهر في كون المانع حرمه الانتفاع، فإنّ روايه تحف العقول المتقدّمه قد علّل فيها المنع عن بيع شيء من وجوه النجس بكونه منهيّاً عن أكله وشربه . . . إلى آخر ما ذكر فيها. ومقتضى روايه دعائم الإسلام المتقدّمه أيضاً إناطه جواز البيع وعدمه بجواز الانتفاع وعدمه. وأدخل ابن زهره في الغنيه النّجاسات في ما لا يجوز بيعه من جهه عدم حلّ الانتفاع بها. واستدلّ أيضاً على جواز بيع الزيت النجس: بأنّ النّبىّ صلى الله عليه وآله أذن في الاستصباح به تحت السّماء قال: وهذا يدلّ على جواز بيعه لذلك، انتهى.

الشرح:

هكذا: محمد بن الحسن الصّفّار عن محمد بن عيسى، قال: إنّ أبا القاسم الصّيقل وولده كتبوا إلى الرجل.

[١] ثمّ ذكر رحمه الله أنّه لا- بأس ببيع الميتة على تقدير الالتزام بجواز الانتفاع بها، كما هو الحال في الانتفاع بجلودها في غير ما هو مشروط بالطهاره، فإنّ حديث «تحف العقول» لا ينافى جواز البيع في الفرض؛ لأنّ النهى عن بيع أقسام النجس معلّل فيه بعدم جواز الانتفاع، فلا يشمل النجس الذي يجوز الانتفاع به، وكذا الحال في روايه «دعائم الإسلام»، حيث إنّها لا تشمل ما يجوز الانتفاع به. والإجماع على عدم جواز بيع

فقد ظهر من أوّل كلامه وآخره أنّ المانع من البيع منحصر في حرمة الانتفاع، وأنّه يجوز مع عدمها ومثل ما ذكرناه عن الغنيه من الاستدلال، كلام الشيخ في الخلاف في باب البيع حيث ذكر النبوي الدالّ على إذن النبيّ صلى الله عليه وآله في الاستصباح، ثمّ قال: وهذا يدلّ على جواز بيعه، انتهى.

وعن فخر الدّين في شرح الإرشاد، والفاضل المقداد في التّقيح الاستدلال على المنع عن بيع النجس بأنّه محرّم الانتفاع، وكلّ ما كان كذلك لا يجوز بيعه.

نعم، ذكر في التذكرة شرط الانتفاع وحليّته بعد اشتراط الطهارة، واستدلّ للطهارة بما دلّ على وجوب الاجتناب عن النجاسات وحرمة الميته، والإنصاف، إمكان إرجاعه إلى ما ذكرناه، فتأمّل.

ويؤيّدونه أنّهم أطبقوا على بيع العبد الكافر و كلب الصّيد، وعلّله في التّذكرة بحلّ الانتفاع به، وردّ من منع عن بيعه لنجاسته بأنّ النجاسة غير مانعه، وتعدّى إلى كلب الحائض والماشية والزّرع، لأنّ المقتضى وهو النفع موجود فيها.

ومما ذكرناه من قوّه جواز بيع جلد الميته [١] لولا الاجماع، إذا جوّزنا الانتفاع الشّرح:

النجس في فرض عدم جواز الانتفاع، كما يظهر ذلك ممّا ذكرناه في جواز بيع الزيت النجس للاستصباح، وفي جواز بيع العبد الكافر و كلب الصّيد ونحوه.

أقول: لم يذكر رحمه الله وجه رفع يده عن ظاهر روايه السكوني الدالّ على بطلان بيع الميته، كما هو مقتضى كون ثمنها سحتاً.

[١] الأظهر عدم جواز بيع الميته مطلقاً حتّى مع جواز الانتفاع بها، أمّا جواز الانتفاع فلاّ المنع وإن كان ظاهر بعض الروايات، إلّا أنّه لا بدّ من رفع اليد عن ظهورها بحملها على كراهه الانتفاع، بقريته ورود الترخيص في البعض الآخر من الروايات،

به في الاستقاء يظهر حكم جواز المعاوضه على لبن اليهوديه المرضعه بأن يجعل تمام الأجره أو بعضها في مقابل اللبن فإن نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضه عليه.

الشرح:

وفي صحيحه على بن أبي المغيره قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الميتة ينتفع منها بشيء؟ فقال: لا . . .» (١). وموثقه سماعه، قال: «سألته، عن جلود السباع، أينتفع بها؟ فقال: إذا رميت وسميت فانتفع بجلده، وأمّا الميتة فلا» (٢). وصحيحه الكاهلي، قال: «سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام وأنا عنده، عن قطع إليات الغنم؟ فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: إن في كتاب عليّ عليه السلام أنّ ما قطع منها ميت لا ينتفع به» (٣). . . . إلى غير ذلك. وربّما يحمل النهي فيها على الكراهه، بشهاده روايه ابن إدريس عن «جامع البنظي» صاحب الرضا عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من إلياتها وهي أحياء، أيصلح أن ينتفع بما قطع؟ قال: نعم، يذبيها ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها» (٤)، ورواها أيضاً في «قرب الإسناد» عن عبدالله بن الحسن عن جدّه عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام .

ولكن مثل هذه الروايه لا- تصلح لرفع اليد بها عن ظاهر ما تقدّم، فإنّ طريق ابن إدريس إلى جامع البنظي غير معلوم لنا، وفي سند «قرب الإسناد» عبدالله بن الحسن العلويّ ولم يثبت حاله، كما لا تصلح لذلك روايه الصيقل المتقدّمه؛ لضعفها على ما تقدّم، وإن كانت دلالتها على جواز الانتفاع، بل على جواز البيع تامّه. كما لا تصلح لرفع اليد عن ظهور ما تقدّم روايه أبي بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن

ص: ٤٢

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٨٤، الباب ٣٤ من أبواب الأطمه المحرمه، الحديث الأول.
 - ٢- (٢) المصدر السابق: ١٨٥، الحديث ٤.
 - ٣- (٣) المصدر السابق: ٧١، الباب ٣٠ من أبواب الذبائح، الحديث الأول.
 - ٤- (٤) المصدر السابق: ٧٢، الحديث ٤.

الشرح:

الصلاه فى الفراء؟ فقال: «كان على بن الحسين عليه السلام رجلاً صرداً فلا تدفنه فراء الحجاز؛ لأنّ دباغها بالقرظ، فكان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاه ألقاه وألقى القميص الذى يليه، فكان يسأل عن ذلك، فيقول: إنّ أهل العراق يستحلّون لباس الجلود الميتة، ويزعمون أنّ دباغه ذكاته» (١).

والوجه فى عدم صلاحها ضعف سندها أوّلاً، وعدم ظهور جهه إلقاء الفرو المزبور ثانياً، فإنّ الفرو المفروض باعتبار أخذه من بلد الإسلام محكوم بالتذكية، والاحتياط لا- يجرى فى أمثال المقام ممّا يعلم صحّه العمل حتّى مع النجاسه الواقعيّه أو لبس الميتة، كما هو مقتضى حديث: «لا- تعاد»، فلا- يصحّ ما قيل من أنّ الإلقاء كان للاحتياط. كما أنّ التعليل والاستمرار على العمل لا يناسبان القول بأنّه عليه السلام كان عالماً بعلم الإمامه أنّ الفرو المزبور من الميتة، بل العمده فى الحمل على الكراهه صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن الماشيه تكون لرجل، فيموت بعضها، أيصلح له بيع جلودها ودباغها ويلبسها؟ قال: لا، وإنّ لبسها فلا يصلّى فيها» (٢)، فإنّها ظاهره فى جواز لبسها فى غير الصلاه، وأنّ قوله عليه السلام «وإنّ لبسها» استثناء عن النهى، وإلّا لكان التعبير هكذا: ولا يلبسها ولا يصلّى فيها؛ ليستفاد منه حرمة اللبس والمانعيه للصلاه معاً.

ومثلها موثّقه سماعه، قال: «سألته عن جلد الميتة المملوح وهو الكيمخت؟ فرخص فيه، وقال: إن لم تمسّه فهو أفضل» (٣)، حيث يحمل الترخيص على الانتفاع

ص: ٤٣

١- (١) التهذيب ٢: ٢٠٣، الباب ١١، الحديث ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤: ١٨٦، الباب ٣٤ من أبواب الأطمه المحرمه، الحديث ٦.

٣- (٣) المصدر المتقدم: الحديث ٨.

فرعان:

الأول: أنه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمّة إلى مذكّي، ولو باعها فإن كان المذكّي ممتازاً صحّ البيع فيه وبطل في الميتة، كما سيجيء في محلّه، وإن كان مشتبهاً بالميتة لم يجز بيعه أيضاً^[١] لأنه لا ينتفع به الشرح:

باللبس ونحوه، لا ما يعمّ البيع بقريته النهي عن بيع الميتة في الصحيحه المتقدّمه.

ويؤيد جواز الانتفاع الروايات المتقدّمه التي كان في سندها ضعف، وأمّا المنع عن بيع الميتة فمضافاً إلى صحيحه على بن جعفر المتقدّمه يقتضيه ما ورد في كون ثمن الميتة سحتاً^(١)، ولكنّ في السند ضعفاً؛ لأنّ السّيكوني وإن كان لا بأس به على ما ذكره الشيخ في «العدّه» من أنّ الأصحاب قد عملوا برواياته، إلّا أن الراوي عنه وهو النوفلي فيه كلام، ولكن ليس هو على نقل الصدوق في «الخصال» راوياً عن السكوني، إلّا أنّ في السند موسى بن عمرو، وليس عندي توثيق له.

والحاصل: أنّ الروايه مؤيّده والعمده في المنع الصحيحه، وهي لا تشمل الأجزاء التي لا تحلّها الحياه، ولا الميتة من الحيوان الذي لا يكون له دم، بل لو تمّ الإطلاق لما تحلّه الحياه لرفع اليد عنه بمثل حسنه حريز، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام لزراره ومحمد بن مسلم: اللبن واللبناء والبيضه والشعر والصوف والقرن والناّب والحافر وكلّ شيء يفصل من الشاه والدابه فهو ذكّي، وإن أخذته منه بعد أن يموت فاغسله وصلّ فيه»^(٢). حيث إنّ ظاهرها أنّ مثل المذكورات محكوم به بالذكاه، فيجوز أكلها أو لبسها في الصلاة، إلى غير ذلك من أحكام التذكيه التي منها جواز البيع.

[١] بل الأظهر جواز بيع المذكّي المشته به من غير حاجه إلى دليل خاصّ عليه،

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٤، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٨٠، الباب ٣٣ من أبواب الأطمه المحرمه، الحديث ٣.

منفعه محلّله، بناءً على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، فهو في حكم الميتة من حيث الانتفاع، فأكل المال بإزائه أكل للمال بالباطل، كما أنّ أكل كلٍّ من المشتبهين في حكم أكل الميتة.

ومن هنا يعلم أنّه لا فرق في المشتري بين الكافر المستحلّ للميتة وغيره. لكن في صحيحه الحلبي وحسنه: «إذا اختلط المذكور بالميتة بيع ممن يستحلّ الميتة»، وحكى نحوه عن كتاب عليّ بن جعفر.

واستوجه العمل بهذه الأخبار في الكفاية، وهو مشكل، مع أنّ المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام [١] أنّه يرمى بها.

الشرح:

والوجه في ذلك أنّ الانتفاع من الميتة بسائر الانتفاعات غير المشروطه بالطهاره والتذكيه جائز كما تقدّم، سواء كانت الميتة مشتبهه أو ممتازه، كما أنّه لا بأس بمثل هذه الانتفاعات من المذكور المشتبه بالميتة قطعاً، وهذه المنفعة المحلّله توجب المائيه، غايه الأمر أنّه يرفع اليد عن ذلك في الميتة بقيام الدليل على المنع عن بيعها، وأمّا في ناحيه المذكور المشتبه فلم يقدّم دليل على المنع، فيحكم بصحة بيعه أخذاً بالإطلاق في مثل: أحلّ الله البيع، وعلى ذلك فيقع البيع في الفرع المفروض على المذكور، ويسلم البائع كلا المشتبهين إلى المشتري ليقبض ما يصحّ بيعه من غير فرق بين إسلام المشتري وكفّره. ولعلّ ذكر المستحلّ في الصحيحتين باعتبار أنّ المسلم لا يقدم غالباً على شراء المذكور بداعي الانتفاع بمثل تلك الانتفاعات، وهذا بخلاف المستحلّ فإنّه يشتريه، وعلم البائع بأنّ المشتري المستحلّ يستعمله في الأكل لا يضرّ بجواز البيع، كما يأتي في مسأله بيع العنب ممن يعلم أنّه يعمله خمرًا.

[١] رواه في «المستدرک» عن «الجعفریات»، أخبرنا محمد، حدّثني موسى، قال: «حدّثني أبي عن أبيه عن جدّه جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنّه سئل عن شاه

وجوّز بعضهم البيع بقصد بيع المذكّي.

وفيه: أنّ القصد لا ينفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذكّي لأجل الاشتباه.

نعم، لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب في الشّبهه المحصوره وجواز ارتكاب أحدهما، جاز البيع بالقصد المذكور، لكن لا ينبغي القول به في المقام، لأنّ الأصل في كلّ واحد من المشتبهين عدم التّذكيه، غايه الأمر العلم الإجمالي بتذكيه أحدهما، وهو غير قادح في العمل بالأصلين. وإنّما يصحّ القول بجواز ارتكاب أحدهما في المشتبهين إذا كان الأصل في كلّ منهما الحِلُّ وعلّم إجمالاً بوجود الحرام، فقد يقال هنا بجواز ارتكاب أحدهما اتّكالاً على أصاله الحِلُّ، وعدم جواز ارتكاب الآخر بعد ذلك حذراً عن ارتكاب الحرام الواقعي، وإن كان هذا الكلام مخدوشاً في هذا المقام أيضاً. لكنّ القول به ممكن هنا، بخلاف ما نحن فيه، لما ذكرنا، فافهم [١]

الشرح:

مسلوخه وأخرى مذبوحة عمى على الراعى أو على صاحبها، فلا يدري الذكيه من الميتة، قال: يرمى بها جميعاً إلى الكلاب» (١). وظاهرها عدم جواز الانتفاع بالميتة أصلاً، فتكون من الروايات المحمولة على الكراهه.

[١] لعلّه إشاره إلى أنّ التفصيل بين المشتبهات وإن كان خلاف ما ذكره رحمه الله في الأصول من أنّها لا تجرى في أطراف العلم الإجمالي، سواء كانت موافقه لمقتضى العلم الإجمالي بالتكليف كما في المقام أو مخالفه له، باعتبار أنّ شمولها لأطرافه يوجب التناقض في مدلول دليلها، إلّا أنّ القائل بجواز ارتكاب بعض أطراف العلم تخييراً يلتزم بالتفصيل المزبور، فالإشكال عليه بجريان استصحاب عدم التذكيه في

ص: ٤٦

وعن العلامه حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميته بذلك برضاه.

وفيه: أنّ المستحلّ قد يكون ممّن لا يجوز الاستنقاذ منه إلاّ بالأسباب الشرعيّه كالذمّي.

ويمكن حملهما على صورته قصد البائع [١] المسلم أجزاءها التي لا تحلّها الحياه، من الصوف والشعر والعظم ونحوها وتخصيص المشتري بالمستحلّ، لأنّ الدّاعي له على الاثراء اللحم أيضاً، ولا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يقع العقد عليه.

وفى مستطرفات السرائر [٢] عن جامع البنظي صاحب الرضا عليه السلام قال: الشرح:

كلّ منهما مبنى على ذلك المسلك.

نعم، لقائل أن يقول: إنّ موضوع عدم جواز البيع هي الميته لا غير المذكى، واستصحاب عدم التذكيه لا يثبت عنوان الميته، فلا بأس باستصحاب عدم كون المبيع ميته، بناءً على عدم تساقط الأصلين المتنافيين معاً؛ للعلم بالتكليف، بل يجرى أحدهما تخييراً. والحاصل: أنّ مقتضى الأصل جواز بيع أحدهما.

نعم، القول بجواز ارتكاب بعض الأطراف في نفسه ضعيف، وتوضيحه موكول إلى محلّه.

[١] لا يخفى عدم الموجب لذلك، فإنّه لم يفرض في قوله عليه السلام: «إذا اختلط الذكيّ بالميت» في صحيحه الحلبي اختلاط جميع أجزاء الحيوان أو اشتباه أحد الحيوانين بالآخر؛ ليقال: إنّ المراد منه قصد بيع الأجزاء التي لا تحلّها الحياه، بل الكلام المزبور يعمّ ما إذا كان هناك مقدار من اللحم أو الشحم بعضه مذكيّ وبعضه ميتة وقد اختلطا كما لا يخفى.

[٢] لم يظهر وجه ذكر الروايه في اشتباه المذكى بالميته، ولعلّ هذا الكلام كان

«سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها وهي أحياء، أيصلح أن ينتفع بها؟ قال: نعم، يذبيها ويسرج بها، ولا يأكلها ولا يبيعها».

واستوجه في الكفاية العمل بها تبعاً لما حكاه الشهيد عن العلامة في بعض أقواله. والرواية شاذة، ذكر الحلي بعد إيرادها أنها من نوادر الأخبار، والإجماع منعقد على تحريم الميتة والتصرف فيها على كل حال إلا أكلها للمضطر.

أقول: مع أنها معارضة بما دلّ [١] على المنع من موردها، معللاً بقوله عليه السلام: «أما علمت أنه يصيب الثوب واليد وهو حرام؟» ومع الإغماض عن المرجحات، يرجع إلى عموم ما دلّ على المنع عن الانتفاع بالميتة مطلقاً، مع أن الصحيحه صريحه في المنع عن البيع، إلا أن تحمل على إرادته البيع من غير الإعلام بالنجاسة.

الشرح:

بعد التعرض لرواية الصيقل وقبل قوله: «ولكن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز الانتفاع»، حيث إنه ربما يقع الوهم بأن روايه البنزطي مثل روايه الصيقل منافيه للأدلة المانعه عن بيع الميتة.

[١] ورواه الكليني عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسين بن علي، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت: جعلت فداك: إن أهل الجبل تثقل عندهم إليات الغنم فيقطعونها؟ قال: هي حرام، قلت: فنصطح بها؟ فقال: أما تعلم أنه يصيب اليد والثوب وهو حرام» (١)، ولا يخفى أن هذه الرواية لا تصلح لمعارضه ما دلّ على جواز الانتفاع بالميتة. ومنه روايه جامع البنزطي، وذلك فإن ظاهر قوله عليه السلام: «وهي حرام» حرمة أكل الإليات المقطوعه؛ ولذا أعاد السائل السؤال عن سائر الانتفاعات، ومقتضى قوله عليه السلام في الجواب ثانياً: «أما تعلم» كون النهي عن الانتفاعات المزبوره إرشادياً؛

ص: ٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٧٨، الباب ٣٢ من أبواب الأطحه المحرمه، الحديث الأول.

الثانى: أنّ الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز المعاوضه عليها إذا كانت ممّا ينتفع بها أو ببعض أجزائها كدهن السمك الميتة للإسراج والتدهين لوجود المقتضى وعدم المانع [١] لأنّ أدلّه عدم الانتفاع بالميتة مختصّه بالنجسه، وصرّح بما ذكرنا جماعه والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه.

المسألة السادسة: يحرم التكتسب بالكلب الهراش والخنزير البرّيين [٢] الشرح:

لثلاث- يتلى الشخص المستعمل تلك الإليات بنجاسه البدن والثوب، وإلاّ فلا تكون إصابه اليد أو مسّ الميتة ولو عمداً حراماً تكليفاً، بل على تقدير كون المنع عن الانتفاع تكليفاً، يحمل على الكراهه جمعاً كما تقدّم، وكون المراد بالحرام هى الكراهه ككون المراد بالوجوب الاستحباب، غير عزيز فى الروايات.

[١] لا يخفى أنّ المانع ما عدّ فيه ثمن الميتة من السحت، ولا عذر لمثل المصنّف رحمه الله الذى لا يلاحظ سند الروايات فى الإغماض عنها، فإنّ الإطلاق فيه يعمّ ميتة ما لا نفس له، إلاّ أن يعتذر بعدم عمل المشهور بهذا الإطلاق.

[٢] يشهد لذلك مثل صحيحه محمد بن مسلم، وعبدالرحمن بن أبى عبدالله معاً عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت» (١)، فإنّ الروايه لو لم تكن ظاهره فى خصوص الكلب الهراش فلا ريب فى أنّها تعمّه، بل فى ثبوت المائيه لكلب الهراش الموجه لخروج أخذ العوض عليه عن عنوان الأكل بالباطل تأمّل.

نعم، لا- ريب فى جواز التكتسب به بمثل من يكون خبرته فى جمع تلك الكلاب وقتلها تحصيلاً لراحه الناس، والتكتسب بهذا النحو خارج عن مدلول الروايه، وليس لدينا إجماع تعبدى يمنع عن ذلك. وأمّا الخنزير فيستفاد فساد بيعه من مثل صحيحه

ص: ٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١١٩، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

اجماعاً على الظاهر المصرّح به في المحكّي عن جماعه وكذلك أجزاءهما، نعم لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزير وجلده جاء فيه ما تقدّم في جلد الميتة.

الشرح:

على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمراً أو خنزيراً إلى أجل، فأسلما قبل أن يقبضا الثمن، هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه»^(١)، حيث إنّ ظاهر السؤال ارتكاز فساد بيع المسلم الخمر أو الخنزير، وإنّما سأل عن أخذ الثمن باعتبار فرض البيع حال الكفر.

وظاهر الجواب أيضاً أنّ عدم وقوع البيع حال الإسلام وحدوث ملك الثمن حال الكفر موجب لعدم البأس بأخذه. وفي مرسله ابن أبي عمير عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنزير، وعليه دين، هل يبيع خمره وخنزيره ويقضى دينه؟ قال: لا»^(٢).

نعم، في حسنه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل كان له على رجل دراهم، فباع خمراً وخنزيراً وهو ينظر فقضاه، فقال: لا بأس به؛ أمّا للمقتضى فحلال، وأمّا للبائع فحرام»^(٣)، ولكن لا بدّ من حملها على بيع الكافر من مثله، بقريته ذكر الخمر المحكوم بيعه بالبطلان جزماً؛ فيما إذا كان بائعه مسلماً.

والحاصل: أنّه لا يمكن الأخذ بإطلاق الرواية حتّى تقع المعارضة بينها وبين ما تقدّم. ومثلها صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون لى عليه الدراهم، فيبيع بها خمراً أو خنزيراً، ثمّ يقضى منها؟ قال: لا بأس، أو قال خذها»^(٤).

ص: ٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٣٤، الباب ٦١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٦، الباب ٥٧، الحديث الأول.

٣- (٣) المصدر السابق: ٢٣٢، الباب ٦٠، الحديث ٢.

٤- (٤) المصدر السابق: ٢٣٣، الحديث ٣.

وبالجملة: فلا بأس بالانتفاع بمثل جلد الخنزير وشعره، كما هو مقتضى أصله الحلّ، ولكن لا يجوز بيعه، كما تقدّم نظير ذلك في الميتة، وربّما يقال: إنّ جواز الانتفاع بمثل جلده، بل جواز بيعه، مقتضى بعض الروايات: (منها): روايه سليمان الإسكاف قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير يخرز به؟ قال: لا بأس به، ولكن يغسل يده إذا أراد أن يصلّي»^(١).

وروايه برد الإسكاف، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير يعمل به؟ قال: خذ منه فاغسله بالماء حتّى يذهب ثلث الماء ويبقى ثلثاه، ثمّ اجعله فى فخاره جديده ليله بارده، فإن جمده فلا تعمل به، وإن لم يجمد فليس له دسم فاعمل به، واغسل يدك إذا مسسته عند كلّ صلاه، قلت: ووضوء؟ قال: لا، اغسل يدك كما تمسّ الكلب»^(٢)، ونحوها غيرها.

ولكن لا يخفى عدم الدلاله فيها على جواز البيع أصلاً. فإنّ العمل بشعر الخنزير حتّى فيما إذا كان بنحو الصنعه يمكن وقوعه بنحو الإجاره، بأن يكون الشخص أجيراً للخرازه أو صنع الحماثل من شعر الخنزير، ولا ينحصر الكسب به بالبيع. وبما أنّ الروايات المشار إليها وارده فى حكم العمل بشعر الخنزير لا الكسب به، فلا يمكن دعوى إطلاقها وشمولها لبيع المصنوع من شعر الخنزير كما لا يخفى.

وهذا مع الإغماض عن ضعفها سنداً، بل دلاله أيضاً. فإنّه لو جاز الانتفاع بشعر الخنزير فلا يفرق بين كون الشعر دسماً أو لا، ولا أظنّ الالتزام بالتفصيل من أحد، وربّما يقال باستفاده جواز الانتفاع من صحيحه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

ص: ٥١

١- (١) وسائل الشيعه ٣: ٤١٨، الباب ١٣ من أبواب النجاسات، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٢٢٨، الباب ٥٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

المسألة السابعة: يحرم التكبسب بالخمر وكل مسكر مائع والفقاع [١] إجماعاً الشرح:

«سألته عن الحبل يكون من شعر الخنزير يستقى به الماء من البئر، هل يتوضأ من ذلك الماء؟ قال: لا بأس» (١). وغير خفى أن الحكم بجواز الوضوء لا يلازم الحكم بجواز استعمال شعر الخنزير كالاستسقاء به من البئر، فإنه يمكن أن يكون الوضوء بالماء المزبور جائزاً مع حرمة إخراج ماء البئر بذلك الحبل، كما هو الحال في الاستسقاء بحبل الغير، فإنه يجوز الوضوء من ذلك الماء مع أنه لا يمكن الالتزام بجواز إخراج الماء به بلا إذن مالكة، وبعبارة أخرى: لا يستلزم جواز الانتفاع بالوضوء من الماء المزبور على تقدير الاستسقاء جواز استعمال نفس ذلك الشعر أو الاستسقاء به كما لا يخفى.

[١] بلا خلاف معروف أو منقول، وقد نزل الفقاع بل كل مسكر منزله الخمر في بعض الروايات المعتبرة، ومقتضى هذا التنزيل ترتيب جميع آثار الخمر، وفي صحيحه على بن يقطين عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «إن الله عز وجل لم يحرم الخمر لاسمها، ولكن حرمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر» (٢). وفي موثقه ابن فضال، قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع؟ فقال: هو الخمر وفيه حد شارب الخمر» (٣)، وقريب منهما غيرهما.

وكيف كان، فيستفاد من بعض الروايات حرمة المعاملة على المسكر تكليفاً ووضعاً، ففي موثقه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام، قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله الخمر وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومشتريها وساقيتها وأكل ثمنها وشاربها وحاملها»

ص: ٥٢

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١ : ١٧٠، الباب ١٤ من أبواب الماء المطلق، الحديث ٢.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٣٤٢، الباب ١٩ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث الأول.
 - ٣- (٣) المصدر السابق: ٣٦٠، الباب ٢٧، الحديث ٢.

الشرح:

والمحمولة إليه»^(١)، حيث إنها دالة على حرمة بيعها تكليفاً، كما هو ظاهر لعن بائعها ومشتريها، وفساده وضعاً، كما هو مقتضى لعن آكل ثمنها. وفي مقابلها صحيحه جميل التي رواها ابن أبي عمير وعلي بن حديد جميعاً عنه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون لى على الرجل الدراهم، فيعطينى بها خمراً؟ فقال: «خذها ثم أفسدها، قال على: واجعلها خلاً»^(٢).

وظاهرها جواز أخذ الخمر ومعاوضتها بالدراهم، وقد حملها المصنّف رحمه الله على أحد أمرين: الأول: إبراء المديون عمّا عليه من الدراهم، وأخذ الخمر مجاناً والانتفاع بها بعد ذلك بجعلها خلاً.

والثاني: أخذ الخمر أمانه بأن ثبت الحقّ فيها لمعطيها، ثم يجعلها الآخذ خلاً ويتملك ذلك الخلّ عن مالكة المديون وكاله أو تقاصاً، ولكن كلا الأمرين طرح لظهورها فى مقام المعارضه كما لا يخفى.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله ^(٣) أنّ هذه الروايه عامّه من جهه بائع الخمر، أى أنّها ياطلاقها تشمل كونه مسلماً أو كافراً، وخاصّه من جهه المعامله، حيث إنّها بقصد التخلييل. وفي مقابل ذلك ما يدلّ على أنّه لا يجوز للمسلم بيع الخمر، سواء كان بقصد التخلييل أو غيره، وهذا خاصّ من جهه البائع وعامّ من جهه المعامله، فتقع المعارضه بينهما فى البائع المسلم فيما إذا كان يبعه للتخلييل، وبعد تساقطهما يرجع إلى إطلاق قوله عليه السلام: «ثمن الخمر سحت». والروايه المزبوره روايه يونس فى

ص: ٥٣

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٢٤، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٣٧١، الباب ٣١ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث ٦.
 - ٣- (٣) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١ : ٨٢.

الشرح:

مجوسى باع خمرأ أو خنازير، إلى أن قال: «أسلم رجل وله خمر وخنازير، ثم مات وهي في ملكه إلى أن ذكر وليس له أى للمسلم أن يبيعه وهو حى ولا يمسه»^(١)، ونحوها مرسله ابن أبى عمير أو أبى نجران^(٢).

وفيه: أن روايه يونس ضعيفه سنداً، نعم مرسله ابن أبى عمير لا بأس بها على شهاده الشيخ رحمه الله فى «العدّه» من أنه لا يرسل ولا يروى إلا عن ثقته^(٣)، حيث إن هذا الكلام منه رحمه الله توثيق عامّ لمشايع ابن أبى عمير لا يرفع اليد عنه إلا فى موارد علم فيها نقله عن غير الثقه، وليس لنا علم ولو إجمالاً بإرساله عن غير الثقه حتى يمنع هذا العلم عن الأخذ بمرسلاته.

نعم بالإضافه إلى رواياته المسنده، فروايته فيها عن غير الثقه معلومه إجمالاً، ولكن هذا العلم ينحل بالظفر بأشخاص نحتمل انحصار غير الثقه من مشايخه بهم، ولكن سيأتى عدم تماميه ذلك وأنه لا اعتبار لمرسلاته.

ومع الإغماض عن السند فلا- يتم ما ذكر، لظهور صحيحه دراج فى جواز شراء الخمر مطلقاً، سواء كان بقصد التخليل أو لغايه أخرى، والأمر بجعل الخمر خللاً حكم آخر فى الروايه، وليس قيلاً لجواز شرائها، فإنه فرق بين قوله: «خذها واجعلها خللاً» كما فى الروايه، وبين قوله: «خذها إذا جعلتها خللاً»، حيث إن الأول كظائره من الأمر بتغسيل الميت والصلاه عليه لا يوجب تقييداً فى الحكم الأول.

وعلى ذلك فظاهر الصحيحه جواز شراء الخمر وضعاً وتكليفاً، فتكون منافيه

ص: ٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٢٧، الباب ٥٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٦، الحديث الأول.

٣- (٣) العده فى أصول الفقه ١ : ١٥٤، تحقيق محمد رضا الأنصارى.

الشرح:

لما دلّ على حرمة بيعها وفساده، والترجيح مع الأخبار الدالّة على المنع تكليفاً ووضعاً؛ لموافقتهما للكتاب العزيز الدالّ على لزوم الاجتناب عن الخمر، باعتبار كونه رجساً، فإنّ لزوم الاجتناب يعمّ بيعها وشراءها كما لا يخفى.

وذكر الإيرواني رحمه الله (١) أنّ تفسير الإفساد بجعل الخمر خللاً من ابن أبي عمير لا من الإمام عليه السلام، ولا عبره بفهم ابن أبي عمير فيما إذا كان ظاهر كلامه عليه السلام غيره، وظاهر إفساد الخمر جعلها بحيث لا يرغب فيها حسماً لمادّه الفساد، فلا دلالة في الرواية على تجويزه عليه السلام أخذ الخمر بدلاً عن الدراهم، ليكون ذلك منافياً لما تقدّم من المنع عن بيعها وضعاً وتكليفاً.

أقول: لا ينبغي الريب في عدم وجوب إهراق الخمر وجواز جعلها خللاً، ويشهد لذلك غير واحد من الروايات، كموثقه ابن زرارته قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خللاً؟ قال: «لا بأس» (٢). وكيف كان، فلا يجب إتلاف الخمر بإهراقها، بل يجوز إفسادها بجعلها خللاً. ولو لم يكن ظاهر إفسادها هو التخليل، كما فسّره به علي بن حديد، فلا أقلّ من حمله على ما يعمّه جمعاً بينها وبين مثل الموثّقه مما دلّ على جواز أخذها وتخليلها، كما أنّ ظاهر قوله عليه السلام: «خذها» في الجواب عن السؤال عن أخذها بدل الدراهم هو تجويز المبادله، وإلا لكان اللازم أن يقول عليه السلام: خذها ولك ما عليه من الدراهم.

ثمّ لا يخفى أنّ تقييد المسكر بالمائع في كلام المصنّف رحمه الله ليس باعتبار أنّه لا بأس ببيع المسكر الجامد، باعتبار أنّ الكلام في المقام في عدم جواز بيع النجاسات

ص: ٥٥

١- (١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الإيرواني ١ : ٤٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٧٠، الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث ٣.

نصاً وفتوى، وفي بعض الأخبار «يكون لى على الرّجل دراهم فيعطيني خمرًا، قال: خذها وافسدها، قال ابن أبي عمير: يعنى اجعلها خَلًا» والمراد به إما أخذ الخمر مجاناً ثمّ تخليلها، أو أخذها وتخليلها لصاحبها ثمّ أخذ الخلّ وفاءً عن الدراهم.

المسألة الثامنة: يحرم المعاوضه على الأعيان المنتجسه [١] الغير القابله للطهاره إذا توقّف منافعها المحلّله المعتدّ بها على الطّهاره، لما تقدّم من النبويّ: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» ونحوه المتقدّم عن دعائم الإسلام.

الشرح:

والمسكر الجامد بالأصالة باعتبار عدم نجاسته خارج عن موضوع البحث وداخل فيما يأتي ممّا يحرم التكتسب به باعتبار حرمه الانتفاع.

تنبيه

لا- يخفى أنّ ما ورد من أنّ كلّ مسكر خمر حكماً أو موضوعاً لا- يوجب الحكم بحرمه بيع ما يعرف في زماننا هذا بالاسيرتو (الكل صنعتي)، بل المائع المزبور محكوم بالطهاره للأصل وبجواز البيع باعتبار المنفعه المقصوده المحلّله فيه، وليس مسكراً بالفعل لتعمّه تلك الروايات، وعلاجه بالماء أو غيره ليصبح مسكراً غير محرز، وعلى تقديره فلا يضرّ؛ لظهورها في أنّ الموضوع للنجاسه والحرمه هو ما يكون مسكراً بالفعل ومعدّاً للإسكار، فلاحظ.

[١] لو لم تكن للمنتجس منفعه محلّله مقصوده، كما إذا كانت منفعته المقصوده الأكل أو الشرب، فحرمتهما مع عدم إمكان تطهيره توجب كون أخذ المال في مقابله من أكله بالباطل. والعجب من المصنّف رحمه الله أنّه لم يتعرض لهذا الاستدلال، بل ذكر في وجه بطلان بيعه روايات تقدّم عدم صحّه الاعتماد عليها، بل مع الإغماض عمّا تقدّم، فلا يمكن الاستدلال بها على حكم المقام، فإنّه لم تتعلّق الحرمه في خطاب الشرع

وَأَمَّا التَّمَسُّكُ بِعَمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَوَايَةِ تَحْفِيفِ الْعُقُولِ: «أَوْ شَيْءٍ مِنْ وَجْهِ النِّجْسِ» فَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهِ النِّجْسِ الْعُنَوَانَاتِ النِّجْسِيَّةِ، لِأَنَّ ظَاهِرَ «الْوَجْهِ» هُوَ الْعُنْوَانُ.

نعم، يمكن الاستدلال على ذلك بالتعليل المذكور بعد ذلك وهو قوله عليه السلام: «لأن ذلك كله محرّم أكله وشربه ولبسه . . إلى آخر ما ذكر».

الشرح:

بنفس المتنّجس حتّى يعمّه قوله: «إذا حرّم الله شيئاً حرّم ثمنه»، أو قوله في روايه «دعائم الإسلام»: «ما كان محرّماً أصله لم يجز بيعه وشراؤه» بل حرّمه شرب المتنّجس أو أكله مستفاده ممّا ورد في أبواب مختلفه، كالنهى الوارد عن شرب الماء والمضاف المتنّجسين، وكالأمر الوارد بإهراق المرق المتنّجس وغسل لحمه، وغير ذلك مما هو إرشاد إلى عدم جواز تناول المتنّجس.

لا يقال: يكفي في تعلق النهى بنفس المتنّجس مثل قوله سبحانه: «وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» (١).

فإنّه يقال: لم يعلم أنّ المراد بالخبائث الأعيان ليُدعى شمولها للأعيان المتنّجسه أيضاً، بل الظاهر أنّ المراد بها الأعمال القبيحه وذوات المفاسد، كما أنّ المراد بالطيبات خلافها. وهذا مقتضى وصف النبي الأمي بأنّه يحلّ لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث، حيث إنّ التعرّض في مقام توصيفه لتحليله بعض المأكول والمشروب وتحريمه بعضهما الآخر دون سائر ما جاء به من الأحكام غير مناسب، ولو لم يكن ما ذكرنا ظاهراً فلا أقلّ من الاحتمال، كيف؟ وقد ذكر الخبائث في قوله سبحانه: «وَنَجِّنَا مِنْ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ» (٢) والمراد به الفعل القبيح بلا شبهه.

ص: ٥٧

١- (١) سورة الأعراف: الآية ١٥٧.

٢- (٢) سورة الأنبياء: الآية ٧٤.

ثم اعلم أنه قيل بعدم جواز بيع المُسوخ من أجل نجاستها [١] ولما كان الأقوى طهارتها لم يحتج الى التكلّم في جواز بيعها هنا.

نعم لو قيل بحرمة البيع لا- من حيث النجاسة كان محلّ التعرّض له ما سيجيء من أنّ كلّ طاهر له منفعة محلّله مقصوده يجوز بيعه، وسيجيء ذلك في ذيل القسم الثاني ممّا لا يجوز الاكتساب به لأجل عدم المنفعة فيه.

وأما المستثنى من الأعيان المتقدّمة فهي أربعة تذكر في مسائل أربع:

المسألة الأولى: يجوز بيع المملوك الكافر [٢] أصلياً كان أم مرتدّاً مليئاً، بلا خلافٍ ظاهر، بل ادّعى عليه الإجماع، وليس يبيعه، كما يظهر للمتتبع في المواضع الشّرح:

وبالجملة: لم يثبت أنّ الخبيث نفس المتنجّس، بل هو أكله وشربه، هذا كلّه بالإضافة إلى ما لا يقبل التطهير، وأمّا ما يقبل التطهير كالحليب المتنجّس يعمل جنباً ويظهر ذلك الجبن بالغسل، فلا بأس ببيعه، ولا يكون مجرد تنجّسه مانعاً عنه؛ لأنّ المتنجّس لا يزيد على الأعيان النجسه التي ذكرنا صحه بيعها مع المنفعة المقصوده المحلّله لها.

[١] قال في «المبسوط»: لا- يجوز بيع الأعيان النجسه كالكلب والخنزير وجميع المسوخ، وفي «الخلاص»: لا- يجوز بيع القرد؛ للإجماع على أنّه مسخ نجس، ذكر في أظعمه الكتاب أنّ المسوخ كلّها نجسه، انتهى. ولكنّ الأظهر طهارتها، فإنّها مقتضى الأخبار المعتمّره الموجهه لحمل ماورد في ترك سؤر المسوخ على التنزّه، وعليه فلو قيل بعدم جواز بيعها يكون محلّ التعرّض له القسم الثاني، ممّا لا يجوز بيعه باعتبار عدم المنفعة المحلّله المقصوده فيه.

[٢] يجوز بيع الكافر بلا- خلافٍ ظاهر، بل ادّعى الإجماع على الجواز، وليس الإجماع بعيداً، ويمكن تحصيله بالتتبع في الموارد المناسبه لمسأله جواز بيع العبد

المناسبه لهذه المسأله، كاسترقاق الكفار وشراء بعضهم من بعض، وبيع العبد الكافر إذا أسلم على مولاه الكافر، وعتق الكافر، وبيع المرتد، وظهور كفر العبد المشتري على ظاهر الإسلام، وغير ذلك.

وكذا الفطرى على الأقوى، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من هذه الجهه، وإن كان فيه كلام من حيث كونه فى معرض التلّف، لوجوب قتله. ولم نجد من تأمّل فيه من جهه نجاسته، عدا ما يظهر من بعض الأساطين [١] فى شرحه على القواعد حيث احترز بقول العلامة: «ما لا يقبل التطهير من النجاسات»، عمّا يقبله ولو بالإسلام، كالمرتدّ ولو عن فطره على أصحّ القولين، فبنى جواز بيع المرتدّ على قبول توبته، بل بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للطهر بالإسلام.

وأنت خير بأنّ حكم الأصحاب بجواز بيع الكافر نظير حكمهم بجواز بيع الكلب لا من حيث قابليته للتطهير نظير الماء المتنجّس وأنّ اشتراطهم قبول التطهير إنّما هو فيما يتوقّف الانتفاع به على طهارته ليّتصف بالملكيه، لا مثل الشرح:

الكافر من جواز استرقاق الكفار ولو بأسرهم، حيث إنّ الكافر يملك بالاسترقاق وجواز البيع من آثار الملك، ومن جواز شراء بعض الكفار من بعضهم، كما فيما إذا باع الكافر الحربى ولده، فيجوز للمسلم شراؤه، ومن أنّ العبد إذا أسلم على مولاه الكافر يباع عليه، فإنّه يستفاد من المذكور فى تلك المسأله أنّه يجوز للكافر بيع عبده قبل إسلامه، ويجبر على البيع بعد إسلامه، ومن جواز عتق العبد الكافر الموقوف على تملك العبد أوّلاً بالشراء أو غيره، ومن تجوزهم بيع المرتدّ، ومن حكمهم بخيار الفسخ للمشتري فيما إذا ظهر كفر العبد المشتري على ظاهر الإسلام، حيث إنّ لو لم يصحّ بيع الكافر لكان البيع باطلاً لا خيارياً، إلى غير ذلك.

[١] كأنّ مراد بعض الأساطين أنّ المرتدّ الفطرى لا يسقط عنه القتل، ولكن إذا

الكلب والكافر المملوكين مع النجاسة إجماعاً.

وبالغ تلميذه في مفتاح الكرامه، فقال: أمّا المرتدّ عن فطره فالقول بجواز بيعه ضعيف جداً، لعدم قبول توبته فلا يقبل التّطهير، ثمّ ذكر جماعه ممّن جوّز بيعه إلى أن قال: ولعلّ من جوّز بيعه بنى على قبول توبته، انتهى. وتبعه على ذلك شيخنا المعاصر.

أقول: لا إشكال ولا خلاف في كون المملوك المرتدّ عن فطره ملكاً ومالاً لملكه، ويجوز له الانتفاع به بالاستخدام ما لم يقتل، وإنّما استشكل من استشكل في جواز بيعه من حيث كونه في معرض القتل، بل واجب الإلتلاف شرعاً، فكأنّ الإجماع منعقد على عدم المنع من بيعه من جهه عدم قابليته طهارته بالتوبه.

قال في الشرائع: ويصحّ رهن المرتدّ وإن كان عن فطره واستشكل في المسالك من جهه وجوب إلتلافه وكونه في معرض التلف، ثمّ اختار الجواز، لبقاء مالتيته إلى زمان القتل.

وقال في القواعد: ويصحّ رهن المرتدّ وإن كان عن فطره على إشكال [١]

الشرح:

تاب يحكم بإسلامه، أى يجرى عليه أحكام الإسلام، ومن تلك الأحكام طهارته فيجوز بيعه.

وأما إذا لم نقل بقبول توبته، أى بعدم جريان أحكام الإسلام عليه، فلا يجوز بيعه حتى بعد توبته، لكونه نجساً كسائر الكفّار.

[١] أى على إشكال في رهنه، ووجه الإشكال على ما في «جامع المقاصد» هو أنّ جواز بيع المرتدّ يوجب جواز رهنه بطريق أولى، باعتبار أنّ البيع من العقود اللّازمه فجوازه يوجب جواز العقد الجائز. ومن أنّ المقصود بالبيع مجرّد ملك العين، وهذا يحصل في المرتدّ أيضاً، بخلاف الرهن، فإنّها الوثيقه على الدين والمرتدّ في

وذكر في جامع المقاصد أنّ منشأ الاشكال أنّه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى. ومن أنّ مقصود البيع حاصل، وأمّا مقصود الرهن فقد لا يحصل لقتل الفطرى حتماً، والآخر قد لا يتوب، ثمّ اختار الجواز.

وقال في التذكرة المرتدّ إن كان عن فطره ففي جواز بيعه نظر، ينشأ من تضادّ الحكّمين، ومن بقاء الملك فإنّ كسبه لمولاه.

أمّا عن غير فطره فالوجه صحّحه ببيعه، لعدم تحتمّ قتله، ثمّ ذكر المحارب الذى لا تقبل توبته [١] لوقوعها بعد القدره عليه واستدلّ على جواز بيعه بما يظهر منه جواز بيع المرتدّ عن فطره، وجعله نظير المريض المأبوس عن بُرئه.

نعم، منع في التحرير والدروس عن بيع المرتدّ عن فطره، والمحارب إذا وجب قتله، للوجه المتقدّم عن التذكرة، بل في الدروس: أنّ بيع المرتدّ عن مله أيضاً مراعى بالتّوبه.

وكيف كان، فالمتّبع يقطع بأنّ اشتراط قابليه الطهاره إنّما هو فى ما يتوقّف الانتفاع المعتدّ به على طهارته، ولذا قسّم فى المبسوط المبيع إلى آدمى وغيره، ثمّ اشترط الطّهاره فى غير الآدمى، ثمّ استثنى الكلب الصّيود.

الشرح:

معرض القتل؛ إمّا مطلقاً، كما فى الفطرى، أو مع عدم توبته، كما فى الملىّ، فلا يحصل الوثوق المعترف فى حقيقه الرهن.

[١] المراد بالمحارب المحكوم بالقتل من شهر السّلاح على الناس لإخافتهم فى المصر أو خارجه، سواء كان مسلماً أو كافراً، حرّاً أو عبداً، وإذا تاب هذا المحارب وأظهر الندم على فعله قبل القدره عليه سقط عنه الحدّ. وأمّا إظهاره الندم بعد القدره عليه فلا يوجب سقوط الحدّ، كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ

المسألة الثانية: يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش في الجملة بلا خلاف ظاهر، إلا ما عن ظاهر إطلاق العماني، ولعله كإطلاق كثير من الأخبار: «بأنّ ثمن الكلب سحت» محمول على الهراش، لتواتر الأخبار واستفاضه نقل الإجماع على جواز بيع ما عدا كلب الهراش في الجملة.

ثم إن ما عدا كلب الهراش على أقسام:

أحدها كلب الصيد السلوقي، وهو المتيقن من الأخبار ومعاهد الإجماعات الدالة على الجواز.

الثاني كلب الصيد غير السلوقي، ويبيعه جائز على المعروف من غير ظاهر إطلاق المقنعه والنهائية [١]

الشرح:

قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١).

ثم إذا كان المحارب عبداً يجوز بيعه، ولا يكون الحكم عليه بالقتل موجباً لسقوطه عن الملك والماليه رأساً، حيث إن له منفعه مقصوده وأقلها عتقه في كفاره ونحوها، فيكون نظير العبد المرتد الفطري كما لا يخفى.

[١] أى أن بيع كلب الصيد من غير السلوقي جائز إلا في ظاهر الكتابين، فإن الاستفادة منهما عدم جواز بيع غير الكلب السلوقي، وهذا بإطلاقه يعم كلب الصيد غير السلوقي، ثم إن الإطلاقات الدالة على بطلان بيع الكلب وكون ثمنه سحتاً تامه، ولا بد في رفع اليد عنها من ثبوت الحجج على تقيدها. والصحيح ثبوتها بالإضافة إلى كلب الصيد، سلوقياً كان أو غيره، كصحيحه عبدالرحمن بن أبي عبدالله ومحمد بن مسلم معاً عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت» (٢).

فإن مقتضى التقييد بالذي لا يصيد جواز بيع كلب الصيد، وبمثلها يرفع اليد عن

ص: ٦٢

١- (١) سورة المائدة: الآية ٣٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ١١٩، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

ويدلّ عليه قبل الإجماع المحكّي عن الخلاف والمنتهى والإيضاح وغيرها الأخبار المستفيضة:

منها: قوله عليه السلام في روايه القاسم بن الوليد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد، قال: سحت، وأما الصيود فلا بأس به».

ومنها: الصيحيح عن ابن فضال عن أبي جميله، عن ليث، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الكلب الصيود يباع؟ قال عليه السلام: نعم، ويؤكل ثمنه».

ومنها: روايه أبى بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن كلب الصيود، قال: لا بأس به، وأما الآخر فلا يحلّ ثمنه».

ومنها: ما عن دعائم الإسلام للقاضى نعمان المصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «لا بأس بثمر كلب الصيود».

الشرح:

إطلاق مثل صحيحه إبراهيم بن أبى البلاد، قال: «قلت لأبى الحسن الأول عليه السلام: جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك عنده جوارٍ مغنّيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار، وقد جعل لك ثلثها، فقال: لا حاجة لى فيها، إن ثمن الكلب والمغنّيه سحت» (1)، ونحوها غيرها.

لا يقال: إن ما دلّ على جواز بيع كلب الصيود منصرف إلى السلوقى.

فإنه يقال: لا موجب لتوهم الانصراف إلا غلبه الاصطیاد به خارجاً، والغلبه ممنوعه أوّلاً، ولا توجب الانصراف ثانياً، بل الموجب له كثره الاستعمال وغلبته، بحيث توجب أنس الأذهان من المطلق به.

وذكر المصنّف رحمه الله أنه على تقدير الانصراف بغلبه الوجود، فلا تتم دعوى الانصراف فى مثل قوله عليه السلام فى الصحيحه: «ثمن الكلب الذى لا يصيد، أو ليس بكلب

ص: ٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٢٣، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

ومنها: مفهوم روايه أبى بصير، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ثمن الخمر ومهر البغى وثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت».

ومنها: مفهوم روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله عليه السلام ، قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت، ولا بأس بثمن الهره».

ومرسله الصدوق، وفيها: «ثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت».

ثم إن دعوى انصراف هذه الأخبار كمعاهد الإجماعات المتقدمه إلى السلوقى ضعيفه بمنع الانصراف، لعدم الغلبه المعتد بها على فرض تسليم كون مجرد غلبه الوجود من دون غلبه الاستعمال منشأ للانصراف مع أنه لا يصح فى مثل قوله: «ثمن الكلب الذى لا يصيد» أو «ليس بكلب الصيد»، لأن مرجع التقييد إلى إرادته ما يصح عنه سلب صفه الاصطيداد. وكيف كان، فلا مجال لدعوى الانصراف. بل يمكن أن يكون مراد المقنعه والنهائيه من السلوقى مطلق الصيود، على ما شهد به بعض الفحول من إطلاقه عليه أحياناً.

الشرح:

الصيد» مما يكون الموضوع للفساد هو الكلب الذى يصح سلب مبدأ الاصطيداد عنه، فإنه لا يصح سلب المبدأ عن كلب الصيد ولو كان من غير السلوقى. وهذا بخلاف ما يكون فيه الموضوع لصحه بيعه هو الكلب الموصوف بالاصطيداد به أو المضاف إلى عنوان الصيد، فإن توهم الانصراف فيهما باعتبار غلبه الوجود ممكن.

ولكن لا يخفى ما فيه. فإنه لا فرق بين إثبات المبدأ والوصف وبين نفيهما، وذلك فإنه لو كان الوصف أو المبدأ فى طرف الإثبات منصرفاً إلى نوعه الغالب يكون فى نفيه أيضاً كذلك، بمعنى أنه يكون المسلوب ذلك النوع الخاص.

والحاصل: أنه يصح نفي كلب الصيد عن غير السلوقى إذا كان فى طرف إثباته منصرفاً إلى السلوقى.

ويؤيد بما عن المنتهى [١] حيث إنه بعد ما حكى التخصيص بالسُّلوقي عن الشيخين قال: «وعنى بالسُّلوقي كلب الصَّيد، لأنَّ سلوق قرية باليمن، أكثر كلابها معلّمه فنسب الكلب إليها» وإن كان هذا الكلام من المنتهى يحتمل لأن يكون مسوقاً لإخراج غير كلب الصَّيد من الكلاب السُّلوقيه، وأن المراد بالسُّلوقي خصوص الصَّيود، لا كلَّ سلوقي، لكنَّ الوجه الأوّل أظهر، فتدبر.

الثالث: كلب الماشيه والحائط وهو البستان والزّرع والأشهر بين القدماء على ما قيل: المنع. ولعلّه استظهر ذلك من الأخبار الحاصره لما يجوز بيعه في الصَّيود المشتهره بين المحدثين كالكليني والصَّيدوقين ومن تقدّمهم بل وأهل الفتوى كالمفيد والقاضى وابن زهره وابن سعيد والمحقّق بل ظاهر الخلاف والغنيه الإجماع عليه.

الشرح:

[١] ذكر فى «المنتهى» ما حاصله أنّ الموجود فى كلام المفيد والشيخ رحمهما الله جواز بيع الكلب السُّلوقي، ومرادهما بالسُّلوقي مطلق كلب الصَّيد، وذلك فإنَّ غالب كلاب السُّلوق وهى قرية فى اليمن صيود، وبهذا الاعتبار ينسب كلب الصَّيد إلى تلك القرية ويطلق على كلب الصَّيد أنّه سلوقى. ويحتمل أن يكون مراد «المنتهى» أنّ المذكور فى كلام المفيد والشيخ وإن كان مطلق السُّلوقي، إلّا أنّ مرادهما الصَّيود منه لا مطلق كلاب تلك القرية، وأطلق فى العبارة ولم يقيد السُّلوقي بالصَّيود باعتبار التغليب، حيث إنّ أكثر كلاب تلك القرية معلّمه، وهذا الاحتمال فى عبارته «المنتهى» ضعيف؛ ولذا ذكر المصنّف رحمه الله أنّ الأوّل هو الأوّل. والوجه فى ضعفه أنّ الأنسب على ذلك الاحتمال أن يكون التفرّيع على التعليل هكذا، فأطلق المنسوب إليها ولم يقيد بالصَّيود، مع أنّ التفرّيع الموجود هكذا، فنسب الكلب إليها، أى نسب كلب الصَّيد إليها.

ص: ٦٥

نعم، المشهور بين الشيخ ومن تأخر عنه الجواز، وفاقاً للمحكى عن ابن الجنيد قدس سره، حيث قال: «لا بأس بشراء الكلب الصائد والحارس للماشيه والزرع»، ثم قال: «لا خير في الكلب فيما عدا الصيود والحارس». وظاهر فقره الأخيره [١] لو لم يحمل على الأولى: جواز بيع الكلاب الثلاثه وغيرها، كحارس الدور والخيام.

وحكى الجواز أيضاً عن الشيخ والقاضى فى كتاب الإجاره وعن سلار وأبى الصلاح وابن حمزه وابن إدريس وأكثر المتأخرين كالعلامه وولده السيد سعيد والشهيدى والمحقق الثانى وابن القطان فى المعالم والصيمرى وابن فهد وغيرهم من متأخرى المتأخرين، عدا قليل وافق المحقق كالسبزوارى والتقى المجلسى وصاحب الحدائق والعلامه الطباطبائى فى مصابيحهم وفقه عصره فى شرح القواعد. وهو الأوفق بالعمومات المتقدمه المانع، إذ لم نجد مخصصاً لها

الشرح:

وبعبارة أخرى: عتب عن مطلق كلب الصيد بالكلب السلوقى.

ثم إن مقتضى الإطلاقات عدم جواز بيع الصغار من الكلاب التى لا تصلح فعلاً للصيد وتصلح له بعد كبرها وتعليمها، والوجه فى ذلك ظهور الوصف فى الروايات المقتيده فى الصالح للصيد فعلاً، وأمّا الصالح بالإمكان ومعلقاً على الكبر والتعليم فباق فى الإطلاقات المانع والقاضيه بأن ثمن الكلب سحت.

[١] المراد بالفقره الأولى قوله: «لا بأس بشراء الكلب الصائد والحارس للماشيه والزرع»، كما أن المراد بالفقره الأخيره قوله: «لا خير فى الكلب فيما عدا الصيود والحارس»، فإن كان مراد ابن الجنيد من الحارس فى هذه الفقره الأخيره عين ما ذكره فى الفقره الأولى فلازم ذلك اختصاص جواز البيع بالحارس للماشيه والزرع وعدم شموله الحارس لغيرهما، وإن كان مراده معناه المطلق فيعم الجواز جميع أقسام الحارس.

سوى ما أرسله فى المبسوط من أنه روى ذلك، يعنى جواز البيع فى كلب الماشيه والحائط، المنجبر قصور سنده ودلالته لكون المنقول مضمون الروايه [١] لا- معناها، ولا- ترجمتها باشتهاره بين المتأخرين بل ظهور الاتفاق [٢] [المستفاد من قول الشيخ فى كتاب الإجاره: إنَّ أحداً لم يفرّق بين بيع هذه الكلاب و إجارته بعد ملاحظه الاتفاق على صحّه إجارته، ومن قوله فى التذكره: يجوز بيع هذه الكلاب عندنا، ومن المحكّي عن الشّهيد فى الحواشى: أن أحداً لم يفرّق بين الكلاب الأربه.

الشرح:

[١] يريد بيان قصور دلاله المرسله، وتقريره أنّ المروى على تقدير كونه منقولاً باللفظ أو بما يرادفه أو ترجمته ولو بلغه أخرى يكون النقل مع ثقّه الناقل حجّه؛ لأنّ احتمال الاشتباه فى الترجمة أو الإتيان بغير المرادف مدفوع بسيره العقلاء الجاربه فى الاعتناء بأخبار الثقات حتّى فى مثل هذه الموارد، بخلاف ما إذا كان المنقول مضمون الكلام وحاصله، فإنّه لا يخلو من إظهار الرأى فى كلام الغير؛ ولذا لو كان المخبر بالمضمون ثقّه كمال الثقّه لم يكن اعتبار قوله إلّا من باب حجّيه الرأى.

ونقل الشيخ رحمه الله فى المقام من هذا القبيل، فإنّ قوله رحمه الله: «إنّه روى ذلك» لا يحتمل كونه متن الروايه، وعلى ذلك يكون فتوى المشهور بالجواز جائزه؛ لقصور المرسله فى جهه دلالته أيضاً، حيث ظهر من إفتائهم أنّ تلك الروايه كانت ظاهره فى الجواز، وهذا بعد إحراز أنّ مستند حكمهم تلك الروايه بعينها.

[٢] يعنى: قصور سند المرسله ودلالته منجبر بالإجماع الظاهر من قول الشيخ رحمه الله فى كتاب الإجاره، وهو أنّ أحداً لم يفرّق بين بيع هذه الكلاب وإجارته مع ملاحظه الاتفاق على صحّه إجارته. والظاهر من قول العلامة رحمه الله فى «التذكره» من أنه يجوز بيع هذه الكلاب عندنا، والظاهر من الكلام المحكّي عن الشّهيد رحمه الله فى

ص: ٦٧

الشرح:

الحواشي، حيث ذكر فيها: أنّ أحداً لم يفرّق بين الكلاب الأربعة.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا إلى هنا أن مقتضى الأدلّة الإلتزام بعدم جواز بيع غير الكلب الصالح فعلاً للصيد، وما تقدّم من مرسله الشّيخ رحمه الله لا يزيد على سائر المرسلات التي لا يمكن الاعتماد عليها.

لا- يقال: لا- يمكن التمسّك في إثبات بطلان بيع الكلب مطلقاً بمثل صحيحه إبراهيم بن أبي البلاد؛ لعدم الإطلاق فيها باعتبار عدم ورودها في مقام بيان حكم بيع الكلب، بل في مقام تحقير الجارية المغنّيه وتسويه ثمنها مع ثمن الكلب، وكذا لا يمكن التمسّك بروايه الشّيخ كوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «السّحت ثمن الميتة وثمان الكلب وثمان الخمر ومهر البغي والرشوه في الحكم وأجر الكاهن»^(١).

والوجه في ذلك عدم الإطلاق لها أيضاً باعتبار أنّها لم ترد في بيان الحكم لثمن الكلب حتّى يؤخذ بإطلاقه، بل في مقام تعداد السّحت، نظير ما ورد في تعداد الحرام من الكذب والغيبه والتهمه والربا وغير ذلك، أو في تعداد الواجب من أنّها الصلاه والصوم والحجّ والزكاه . . . إلى غير ذلك.

والحاصل: أنّه كما لا- دلاله فيماورد في تعداد الحرام على كون الربا مثلاً بإطلاقه حراماً أو أنّ الحرام قسم خاصّ منه، ولا دلاله فيما ورد في تعداد الواجب على وجوب الحجّ بإطلاقه أو أنّ له شرطاً؛ لذا لا يمكن التمسّك عند الشكّ في جزئيه شيء أو شرطيته للصيد مثلاً- بالإطلاق المزبور في نفى جزئيه ذلك المشكوك فيه أو شرطيته، كذلك لا- دلاله فيما ورد في تعداد السّحت، على أنّ السّحت ثمن مطلق الكلب أو ثمن كلب خاصّ.

ص: ٦٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٣، الباب ٥، من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

الشرح:

وعلى ذلك فلا يصحّ الحكم ببطلان بيع كلب الزرع أو الماشيه أو الحارس أخذاً بالإطلاقات المزبوره، وأيضاً لا يمكن الحكم بفساد بيعها أخذاً بمفهوم الوصف في مثل صحيحه عبدالرحمن ومحمد بن مسلم معاً، وذلك فإنّ المراد بالذئ يصيد ليس هو خصوص الكلب المعلم للصيد حتى يكون المراد بالذئ لا يصيد غير المعلم للصيد، بل المراد به معناه اللغوي وهو الذئ يأخذ الحيوان الممتنع، سواء كان مأكول اللحم أولاً، حتى إذا كان الأخذ المزبور من الكلب بمقتضى طبعه الذي من السباع، فالكلب الذي لا يصيد هو ما يكون مهملاً وعاطلاً عن مقتضى طبعه بالمره بحيث لا يأخذ الحيوان الممتنع.

والحاصل: أنّ الكلاب الأربعة كلّها من كلاب الصيد ويصحّ بيعها، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود وإطلاق دليل حلّ البيع، والفساد بيعه هو الكلب الهراش العاطل عن مقتضى طبعه بالمره، والساقط عن درجه كونه سباعاً.

فإنّه يقال: لا بدّ من الحكم ببطلان بيع كلب الماشيه أو الزرع أو الحارس ونحوها بمقتضى الإطلاق فيما ورد في كون ثمن الكلب سحتاً، وبمقتضى التقييد فيما ورد من عموم جواز بيع الكلب الذي لا يصيد، وذلك فإنّ الخطاب الدالّ على الحكم لموضوع يحمل على كون المتكلم به في مقام البيان من جهة القيود المحتمل له للحكم وموضوعه، إلّا مع القرينه على الخلاف، ومن القرينه على الخلاف ما إذا تعلّق الوجوب أو الحرمة بأفعال مختلفه ثمّ ورد خطاب آخر في تعداد تلك الواجبات والمحرمات المبيته في الخطابات السابقه.

وأما إذا كان بيان وجوبها أو حرمتها بذلك الخطاب الجامع فلا بأس بالأخذ بالإطلاق فيه في ناحيه الحكم وموضوعه، مثلاً إذا ورد في الخطاب أنّ من الحرام

فتكون هذه الدعاوى قرينه على حمل كلام من اقتصر على كلب الصيد على المثال لمطلق ما ينتفع به منفعه محلله مقصوده. كما يظهر ذلك من عبارته ابن زهره في الغنيه، حيث اعتبر أولاً في المبيع أن يكون ممّا ينتفع به منفعه محلله مقصوده، ثم قال: واحترزنا بقولنا: ينتفع به منفعه محلله عمّا يحرم الانتفاع به، ويدخل في ذلك النجس إلا ما خرج بالدليل، من الكلب المعلم للصيد، والزيت النجس لفائده الاستصباح تحت السماء.

ومن المعلوم بالإجماع والسيرة جواز الانتفاع بهذه الكلاب منفعه محلله مقصوده أهم من منفعه الصيد، فيجوز بيعها لوجود القيد الذي اعتبره فيها، وأن المنع من بيع النجس منوط بحرمه الانتفاع فينتفى بانتفائها.

الشرح:

الرشاء في الحكم والغيبه والكذب والغناء حمل على كونه بياناً لحرمه تلك الأفعال، فيؤخذ بالإطلاق في ناحيه الحرمة ومتعلقها؛ لما تقدم من أن الأصل في الخطاب الدال على الحكم وموضوعه صدوره في مقام بيان ذلك الحكم من جهه تمام قيوده وقيود موضوعه.

ويمكن أيضاً قيام القرينه على عدم كونه في مقام البيان من جهه متعلق الحكم فيؤخذ بإطلاقه من سائر الجهات، كما إذا كان متعلق الحكم في الخطاب من الأمور التي لا يعرفها العرف كالعبادات، مثل ما ورد في بناء الإسلام على الخمس: «الصلاه والزكاه والحج والصوم والولاية»^(١). حيث إن عدم معرفه العرف بتلك العبادات قرينه على أنها ليست في مقام بيانها من جهه أجزائها وشرائطها، بل في مقام بيان أهميتها بالإضافة إلى سائر الوظائف والواجبات؛ ولذا يمكن التمسك في إثبات كون الأهم كل الفرائض اليوميه بلا فرق بين صلاه وأخرى بإطلاق المتعلق من هذه الجهه كما لا يخفى.

ص: ٧٠

١- (١) وسائل الشيعه ١: ١٣، الباب الأول من أبواب مقدمات العبادات، الحديث الأول.

ويؤيد ذلك كله ما في التذكرة من أن المقتضى لجواز بيع كلب الصيد أعني المنفعة موجود في هذه الكلاب.

وعنه رحمه الله في مواضع أخرى: أن تقدير الدية لها يدل على مقابلتها بالمال. وإن ضُغف الأول برجوعه إلى القياس، والثاني بأن الدية لو لم تدل [١] على عدم التملك وإلا لكان الواجب القيمة كائنه ما كانت لم تدل على التملك، لاحتمال كون الدية من باب تعيين غرامه معينه لتفويت شيء ينتفع به، لا لإتلاف مال، كما في إتلاف الحر.

الشرح:

والحاصل: أنه لا قرينه على أن مثل روايه السيكوني الوارده في أن ثمن الميته أو الخمر أو الكلب وغيرها من السحت في مقام تعداد ما ثبت كونه سحتاً بالخطابات الأخرى؛ لاحتاج في تعيين ماهو السحت سعه وضيقاً إلى ملاحظه تلك الخطابات، بل الظاهر أن الروايه في مقام بيان أن المذكورات محكوم به بكونها سحتاً، فيؤخذ بالإطلاق في ناحيه الخمر والكلب والميته وغيرها. كما أن صحيحه إبراهيم بن أبي البلاد ورودها في مقام الجواب عن سؤال ثمن الجاربه المغنيه لا ينافي كونها في مقام بيان حكم ثمن الكلب أيضاً، وأيضاً ليس المراد بالصيد في مثل قوله: الكلب الذي لا يصيد، أو يصيد مطلق صيد الحيوان، فإنه لا يقع البيع والشراء خارجاً على الكلاب المهمله الساقطه عن مقتضى طبعها بالمره، لاحتاج في المنع عن بيعها في الروايات المتعدده إلى التقييد المزبور، بل المراد بالذي يصيد هو الصالح لإرساله للصيد فعلاً. نظير ما يقال عن الحيوان الصالح فعلاً للركوب: إنه يركب، وفي مثل هذا يحتاج المنع عن بيع غيره إلى التقييد، فلاحظ.

[١] الصحيح أنه لا دلالة لتعيين الدية على المائيه ولا على عدمها، وذلك لثبوت الدية في قتل العبد مع كونه مالاً وفي الحر مع عدم كونه ملكاً أو مالاً، نعم في المائيات

ص: ٧١

ونحوهما في الضعف: دعوى انجبار المرسله بدعوى الاتفاق المتقدم عن الشيخ والعلامة والشهيد (قدس الله اسرارهم)، لوهنها بعد الإغماض عن معارضتها بظاهر عبارتي الخلاف والغنية: من الإجماع على عدم جواز بيع غير المعلم من الكلاب بوجدان الخلاف العظيم من أهل الرواية والفتوى، نعم لو ادعى الإجماع أمكن منع وهنها بمجرد الخلاف ولو من الكثير بناءً على ما سلكه بعض متأخري المتأخرين في الإجماع من كونه منوطاً بحصول الكشف من اتفاق جماعه ولو خالفهم أكثر منهم مع أن دعوى الإجماع ممن لم يصطلح الإجماع على مثل هذا الاتفاق لا يعاب بها عند وجدان الخلاف.

وأما شهره الفتوى بين المتأخرين فلا تجبر الرواية، خصوصاً مع مخالفه كثير من القدماء، ومع كثره العمومات الواردة في مقام الحاجة، وخلو كتب الرواية المشهوره عنها حتى أن الشيخ لم يذكرها في جامعته. وأما حمل كلمات القدماء على المثال، ففي غاية البعد، وأما كلام ابن زهره المتقدم فهو مختل [١] على كل الشرح:

مقتضى قاعده الإلتلاف ضمان القيمة في مورد لم تثبت فيه الديه.

هذا، مع أن في ثبوت الديه في غير السيلوقي تأملاً؛ لضعف الرواية الدالة عليها، وأما الدالة على أن ديه السيلوقي أربعون درهماً فروايه معتبره (١).

[١] وبيانه أن المصنف رحمه الله قد صحح فيما تقدم كلام ابن زهره بحمل الكلب المعلم للصيد فيه على المثال، ووجه التصحيح أن ابن زهره ذكر في وجه عدم جواز بيع النجس عدم جواز الانتفاع به، واستثنى عن حرمة بيعه شيئين: (أحد هما): الكلب المعلم للصيد، و(ثانيهما): الزيت، وقال بورود الترخيص في الانتفاع بالزيت المتنجس للاستصباح. وبما أن الانتفاع بكلب الماشيه ونحوها ككلب الصيد جائز،

ص: ٧٢

حال، لأنه استثنى الكلب المعلم عما يحرم الانتفاع به، مع أن الإجماع على جواز الانتفاع بالكافر، فحمل كلب الصيد على المثال لا يصحح كلامه، إلا أن يريد كونه مثلاً ولو للكافر أيضاً، كما أن استثناء الزيت من باب المثال لسائر الأدهان المنتجسه.

هذا، ولكنّ الحاصل من شهره الجواز بين المتأخرين بضميمه أمارات الملك في هذه الكلاب يوجب الظنّ بالجواز حتّى في غير هذه الكلاب، مثل كلاب الدّور والخيّام.

الشرح:

فيكون مقتضى ذلك جواز بيعهما أيضاً، فيحمل الكلب المعلم للصيد في كلامه على المثال، ويذكر المصنف فعلاً أنّ التصحيح غير مفيد، وكلام ابن زهره مختلّ على كلّ حال، أى سواء حمل الكلب المعلم للصيد فيه على المثال أو لا، فإنّه إذا لم يحمل على المثال، فيرد عليه أنّه لا وجه لتخصيص جواز البيع بـ كلب الصيد مع جريان وجه الجواز عنده في كلب الماشيه وغيرها أيضاً. وإن حمل على المثال بما يجوز بيعه من الكلاب، فلا وجه لإهمال العبد الكافر والاقتصار في الاستثناء على كلب الصيد والزيت المنتجس.

اللهم إلا أن يدفع هذا الخلل بحمل (كلب الصيد) في كلامه على المثال لمطلق النجس الذي يجوز الانتفاع به بحيث يعمّ العبد الكافر أيضاً، ويكون ذكر الزيت بعد ذلك لورود النصّ الخاصّ في جواز الانتفاع به.

أقول: يمكن أن يكون ذكر (كلب الصيد) للمثال للكلاب الأربعة، وإهماله العبد الكافر؛ لعدم قوله رحمه الله بنجاسته، فلا بدّ من ملاحظه ما ذكره في مسأله نجاسه الكافر.

والمتحصّل في المقام أنّه لا يجوز بيع غير كلب الصيد من سائر الكلاب أخذاً بالإطلاق السّابق وبمقتضى التقييد في مثل صحيحه عبدالرحمن المتقدّمه.

ص: ٧٣

الشرح:

نعم لا بأس بإجارتها أو هبتها إلى غير ذلك من المعاملات التي لا تندرج في عنوان البيع، كما هو مقتضى عموم الوفاء بالعقود ونفوذ الصلح والهبة أو نحوها كما لا يخفى.

بقى في المقام أمر وهو أنه ليس المراد ب(الصَّيِّود) و(الَّذِي يَصِيد) تلبس الكلب فعلاً بالصَّيِّد بأن يكون حال البيع مرسلاً إلى الصَّيِّد؛ للقطع بعدم اعتبار هذا التلبس في جواز بيعه، بل المراد هو الصالح للاستعمال في الصَّيِّد في مقابل ما لا يصيد، والمراد ب(كلب الصَّيِّد) إمّا الكلب الذي يستعمل فعلاً في الصَّيِّد بحيث يكون شغله الفعلي هو الصَّيِّد، نظير كلب الماشيه أو الزَّرع، حيث يكون ظاهرهما ما شغله حراسه الزَّرع أو الماشيه، فيكون (الصَّيِّود) أو (الَّذِي يَصِيد) أعمّ مطلقاً من (كلب الصَّيِّد) ويكون المراد ب(كلب الصَّيِّد) عين المراد من (الصَّيِّود) وبينهما تساوي. وعلى كلِّ فموضوع عدم الجواز في صحيحه عبد الرحمن هو (الكلب الذي لا يصيد) أي لا يصلح لاستعماله في الصَّيِّد. وأمّا الصالح له فيجوز بيعه، سواء كان مع صلاحه له حارساً للزَّرع ونحوه أيضاً أو لا، والَّذِي لا يجوز بيعه من كلب الماشيه أو الزَّرع أو الحائط ما لا يكون صالحاً فعلاً لاستعماله في الصَّيِّد، وأيضاً الكلاب القابلة للصَّيِّد بعد كبرها وتعليمها، باعتبار أن عدم فعلية الصلاح فيها داخله في المطلقات القاضيه «بأنَّ ثمن الكلب سحت»^(١)، بل يصحَّ أن يقال: إنَّها لا تصيد، فيعمّها قوله عليه السلام: «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت»^(٢)، واحتمال كون المراد بالصيود معنى يعم ما له الاستعداد للصَّيِّد ولو لم يكن فعلاً صالحاً له، ضعيف. وعلى تقدير الإغماض يكون معنى الصيود

ص: ٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٣ و ٩٤، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، ٩.

٢- (٢) المصدر السابق: ٩٤، الحديث ٧ و ٨.

فالمسألة لا تخلو عن إشكال، وإن كان الأقوى بحسب الأدلة والأحوط في العمل هو المنع، فافهم.

المسألة الثالثة: الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبي [١] إذا غلى ولم

الشرح:

أو الذي يصيد أو لا يصيد مجملاً مردداً بين الأقل والأكثر، فيرجع في غير الصالح فعلاً إلى إطلاق ما دلّ على كون ثمن الكلب سحتاً.

[١] لا- يخفى أنه لا- يحكم بنجاسه العصير العنبي بنشيشه أو غليانه، سواء كان ذلك بالنار أو بالشمس أو بنفسه، و إنما يحكم بنجاسته فيما إذا صار خمراً، والحكم بالطهارة مقتضى الأصل في الأشياء، ولكن المنسوب إلى المشهور نجاسته بنشيشه أو غليانه، وذلك لصحيتين:

الأولى: صححه عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الخمر من خمسة: العصير من الكرم، والنقيع من الزبيب، والبتع من العسل، والمزمر من الشعير، والنيذ من التمر» (١).

وفيه: أنه ليس مفادها أنّ عصير الكرم بإطلاقه خمر، بل إنّ الخمر المحكوم بالنجاسه وحرمة الشرب وعدم جواز بيعها تحصل منه كحصولها من الأربعة الباقية، ولذا لا يمكن الالتزام بدلالاتها على كون عصير العنب خمراً حتى مع عدم غليانه، وكذا الحال في الزبيب وأنه خمر فيما إذا ألقى في الماء حتى يدخل الماء في جوفه ويصير نقيعاً.

والحاصل: أنّ مفاد الرواية أنّ المأخوذ من غير الخمسه لا يكون خمراً ولا يختصّ الخمر بالمأخوذ من بعض هذه الخمسه، كما كان عليه فتاوى العامه على ما قيل.

ص: ٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٧٩، الباب الأول من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث الأول.

يذهب ثلثاه، وإن كان نجساً لعمومات البيع والتجاره الصّادقه عليها، بناءً على أنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص، لأصاله بقاء ماليته، وعدم خروجه عنها بالنجاسه، غايه الأمر أنه مال معيوب قابل لزوال عيبه، ولذا لو غصب عصيراً فاغلاه الشرح:

الثانيه: صحيحه معاويه بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفه بالحقّ يأتيني بالبختج، ويقول: قد طبخ على التلث، وأنا أعرف أنه يشربه على النصف، أفأشربه بقوله وهو يشربه على النصف؟ فقال: «لا- تشربه»^(١)، حيث إن الحكم بكون العصير خمراً مقتضاه ثبوت جميع أحكامها له ومنها نجاستها وعدم جواز بيعها.

وفيه: أولاً: أنّ الموجود في روايه الكليني «فقال: لا- تشربه» بلا- ذكر لفظ خمر، بل الظاهر أنّ نسخ «التّهذيب» كانت مختلفه وكانت الزيادة في بعضها؛ ولذا نقل في «الوسائل» الروايه عن «الكافي» أولاً، ثم قال: ورواه الشيخ رحمه الله بلا تعرّض منه لزياده لفظ خمر في روايه «التّهذيب».

والحاصل: أنه لم تثبت لفظه خمر في روايه الشيخ رحمه الله، بل على تقديره يكون خلوّ روايه الكافي موجباً لعدم ثبوته، لا لترجيح روايه «الكافي» وكون رواياته أضبط حتى يقال: لا دليل على الترجيح، بعد كون كلّ منهما خبر عدل يدخل في دليل اعتبار خبر العدل لولا- الآخر، بل باعتبار أنّ عدم اللفظ في أحد النقلين في المقام ليس من اختلافهما بالأقلّ والأكثر في النقل حتى يؤخذ بالثاني، ويقال: إنّ راوى الأقلّ لا ينفى الزائد، فإنّ الظاهر في مثل المقام ممّا يوجب وجود اللفظ في أحدهما اختلاف المضمون أنّ الراوى بلا زياده ينفى وجودها.

أضف إلى ذلك أنه على تقدير ثبوت لفظ الخمر في النقلين لا يصحّ الحكم بنجاسه العصير قبل ذهاب ثلثيه، وذلك فإنّ قوله: «خمر لا تشربه»، ليس بياناً للحكم

ص: ٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٩٣، الباب ٧ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث ٤.

حتى حرم ونجس لم يكن في حكم التآلف بل وجب عليه ردّه، ووجب عليه غرامه الثلثين [١] وأجره العمل فيه حتى يذهب الثلثان كما صرح به في التذكرة معللاً لغرامه الأجره بأنه ردّه معيماً ويحتاج زوال العيب إلى خساره، والعيب من فعله، فكانت الخساره عليه.

نعم، ناقشه في جامع المقاصد في الفرق بين هذا وبين مالو غضبه عصيراً فصار خمراً، حيث حكم فيه بوجوب غرامه مثل العصير، لأن المائيه قد فاتت تحت يده فكان عليه ضمانها كما لو تلفت.

الشرح:

الواقعي للعصير، بل الحكم الواقعي له كان معلوماً لدى السائل، وإنما سأل الامام عليه السلام عن الشبهه الموضوعيه واعتبار إخبار ذي اليد فيها.

والحاصل: أن الزوايه غير ناظره إلى بيان الحكم الواقعي للعصير بعد غليانه حتى يؤخذ بإطلاق التنزيل وكونه خمراً، بل هي ناظره إلى بيان الحكم الظاهري، وأنه عند الجهل بحال العصير لا يعتنى بإخبار ذي اليد الذي لا يعتقد حلّ العصير بذهاب ثلثيه. ومن الظاهر أن الحكم الظاهري تابع للحكم الواقعي، فإن كان التنزيل في خطاب الحكم الواقعي من جميع الجهات كان الحكم الظاهري أيضاً كذلك، ولو كان من جهه حرمة شربه فقط، فلا يمكن كون الحكم الظاهري تنزيلاً مطلقاً، فلا بد من ملاحظه خطاب الحكم الواقعي لا التمسك بإطلاق خطاب الحكم الظاهري، فتدبر.

[١] بل الأصح ضمان تفاوت قيمتي العصير بلحاظ قبل غليانه وبعده، وذلك فإن الأوصاف ومنها غليان العصير وعدمه، وإن لم يكن بالنسبه إليها ضمان المعاوضه، بمعنى أنه لا يقع بعض الثمن في مقابل وصف المبيع وبهذا يفترق الوصف عن جزء المبيع، إلا أنها تدخل في ضمان اليد أو الإتلاف.

وبعبارة أخرى: كما أن تلف الشيء أو بعضه في يده أو إتلافهما على الآخر

لكن لا- يخفى الفرق الواضح بين العصير إذا غلى وبينه إذا صار خمراً، فإنّ العصير بعد الغليان مال عرفاً وشرعاً، والنّجاسه إنّما تمنع من المائيه إذا لم يقبل التّطهير، كالخمر فإنّها لا- يزول نجاستها إلاّ- بزوال موضوعها، بخلاف العصير، فإنّه يزول نجاسته بنقصه، نظير طهاره ماء البئر بالترح.

وبالجملة، فالنّجاسه فيه وحرمة الشّرب عرضيه تعرضانه في حال متوسط بين حالتى طهارته، فحكمه حكم النّجس بالعرض القابل للتّطهير، فلا يشمل قوله عليه السلام في روايه تحف العقول: «أو شيء من وجوه النّجس» ولا يدخل تحت قوله صلى الله عليه و آله: «إذا حرّم الله شيئاً حرّم ثمنه»، لأنّ الظّاهر منهما العنوانات النّجسه والمحرّمه بقول مطلق، لا ما تعرضانه في حال دون حال، فيقال: يحرم في حال كذا، أو ينجس في حال كذا.

وبما ذكرنا يظهر عدم شمول معقد إجماع التذكرة على فساد بيع نجس العين للعصير، لأنّ المراد بالعين هي الحقيقه، والعصير ليس كذلك.

ويمكن أن ينسب جواز بيع العصير إلى كلّ من قيّد الأعيان النّجسه المحرّم بيعها بعدم قابليتها للتّطهير، ولم أجد مصرّحاً بالخلاف، عدا ما في مفتاح الكرامه: من أنّ الظّاهر المنع، للعمومات المتقدّمه وخصوص بعض الأخبار، مثل قوله عليه السلام: «وإنّ غلى فلا يحلّ بيعه» [١] وروايه أبى بصير: «إذا بعته قبل أن يكون خمراً الشّرح:

يوجب ضمان المثل أو قيمه، كذلك النقص في الأوصاف. وقد اعترف المصنّف رحمه الله بأنّ غليان العصير في يد الغاصب ليس من تلف العين كإقلاب الخلّ خمراً حتّى يكون ضامناً لأصل المال، وعليه يكون التالف هو وصف عدم الغليان، فيرجع إلى التفاوت بين القيمتين لا إلى غرامه الثلثين وأجره إذهابهما.

[١] كما في روايه أبى كهمس قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن العصير، فقال:

الشرح:

لى كرم وأنا أعصره كل سنة وأجعله فى الدنان، وأبيعه قبل أن يغلى؟ قال: لا بأس به، وإن غلى فلا يحل بيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً» (١)، وهذه لضعف سندها بعدم ثبوت توثيق لأبى كهمس لا يمكن الاعتماد عليها، مع أن ظاهرها بقربنه ما فى ذيلها من قوله عليه السلام: «نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه تمراً» أن جهه سؤال الراوى إنما هو بيع العصير ممن يجعله خمراً. والمذكور فى الجواب التفصيل بين بيعه قبل غليانه وبيعه بعده بالجواز فى الأول، وعدم الجواز فى الثانى. ومقتضى قوله: «فلا- يحل» عدم الجواز حتى مع إعلام الحال للمشتري، ودعوى المصنّف رحمه الله أنها لا تشمل ما إذا كان البيع بقصد التطهير مع إعلام المشتري بالحال لا يمكن المساعده عليها.

وبهذا يظهر الحال فى روايه أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمراً! قال: إذا بعته قبل أن يكون خمراً وهو حلال، فلا بأس» (٢)، مع أن فى سندها قاسم بن محمد الجوهري عن على ابن أبى حمزه، والظاهر أنه البطائنى. وذكر السيد الخوئى رحمه الله (٣) أن أبا بصير فى نظير الروايه مردّد بين ابن البخترى وبين ليث المرادى وكلاهما كوفى، ولم يكن فى الكوفه فى ذلك الزمان عنب كثير حتى يباع عصيره ممن يجعله خمراً أو يطبخه دبساً، فالظاهر أن مراد السائل هو عصير التمر، ولا ريب فى جواز بيعه حتى بعد غليانه وقبل كونه خمراً، فالرّوايه أجنبيه عن المقام.

ص: ٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٣٠، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٩، الحديث ٢.

٣- (٣) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١ : ١٠٢.

وهو حلال فلا بأس» ومرسل ابن الهيثم: «إذا تغيّر عن حاله وغلّى فلا خير فيه»، بناءً على أنّ الخير المنفَى يشمل البيع.

الشرح:

أقول: لا يخفى ما فيه، أولاً: كون الزاوى كوفياً بحسب الأصل لا يدلّ على أنّ سؤاله راجع إلى ما يكون في بلده.

وثانياً: أنه لا علم لنا بحال الكوفه في ذلك الزمان من قله العنب أو كثرته فيها.

وثالثاً: أنّ تقييد الجواب بقوله: «وهو حلال» ظاهر في اعتبار عدم الغليان، وإلا كان تأكيداً وإطلاق العصير ينصرف إلى عصير العنب، ويظهر ذلك بمراجعته ما ورد في حكم العصير.

وأما مرسله محمد بن الهيثم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته، أيشربه صاحبه؟ فقال: إذا تغيّر عن حاله وغلّى فلا خير فيه حتى يذهب ثلثاه، ويبقى ثلثه»^(١)، فمع ضعفها بالإرسال وغيره ظاهرها السؤال عن شرب العصير، وظاهر الجواب بنفى الخير، غايته عدم جواز الشرب لا عدم جواز بيعه، فلا نظر في الرواية إلى المعاملة على العصير أصلاً.

والحاصل: أنّ مقتضى القاعده جواز بيع العصير بعد غليانه أخذاً بمقتضى إطلاق حليه البيع ونفوذه حتى فيما إذا قيل باعتبار حديث «تحف العقول» الوارد فيه النهى عن بيع وجوه النجس، أو باعتبار النبويّ الدالّ على أنّ تحريم الشيء يلازم حرمة ثمنه وفساد بيعه، وذلك فإنّ النجاسه في العصير أو الحرمة طارئة ترتفع بذهاب الثلثين. وهذه النجاسه المعبر عنها بقبول الشيء للطهاره غير داخله في مدلول الحديث كسائر الأعيان المنتجسه القابله لها، كما أنّ مثل الحرمة المزبوره غير داخله في مدلول

ص: ٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٨٥، الباب ٢ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث ٧.

وفى الجميع نظر: أمّا فى العمومات، فلما تقدّم. وأمّا الأدلّه الخاصّه، فهى مسوقه للنهى عن بيعه بعد الغليان نظير بيع الدبس والخلّ من غير اعتبار إعلام المكلف وفى الحقيقه هذا النهى كناية عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه، الشرح:

النبوى؛ ولذا يصحّ بيع ما يحرم فى حال خاصّ كحال الإحرام. والحاصل: أنّ ظاهر النبوى هو أنّ النهى عن شىء مطلقاً بحيث يعمّ جميع أحواله يلازم فساد بيعه.

ثمّ إنّه لا بأس بالإشاره فى المقام إلى حكم العصير العنبى والزبيبى والتمرى بعد الغليان من حيث الحلّ والحرمه، فنقول: لا ينبغى الريب فى حرمه شرب العصير العنبى بعد غليانه، سواء كان غليانه بالنّار أو بنفسه أو بغير ذلك، بل لا أعرف خلافاً فى ذلك. والأظهر حلّه حتّى فيما إذا كان غليانه بنفسه بذهاب ثلثيه، سواء كان الذهب بالشمس أو بالهواء أو بالنّار.

لا يقال: العصير إذا غلى بنفسه يصير خمراً ومسكراً فينحصر حلّه بانقلابه خلاً.

فإنّه يقال: مجرد غليانه بنفسه لا يوجب كونه خمراً، ولو فرض بقاء العصير بعد غليانه بنفسه أو بغيره على حاله حتّى صار مسكراً فهو خارج عن مفروض الكلام.

وكيف كان، فيشهد لما ذكرنا مثل صحيحه حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «لا يحرم العصير حتّى يغلى»^(١)، وفى معتبرته الأخرى عنه عليه السلام قال: «سألته عن شرب العصير، فقال: تشرب ما لم يغل، فإذا غلى فلا تشربه، قلت: وأى شىء الغليان؟ قال: القلب»^(٢). وفى صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: «كلّ عصير أصابته النّار فهو حرام حتّى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه»^(٣)، والمراد بإصابه النّار الغليان بقريته

ص: ٨١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٨٧، الباب ٣ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٨٧، الباب ٣ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث ٣.

٣- (٣) المصدر السابق: ٢٨٢، الباب ٢، الحديث الأول.

فلا يشمل بيعه بقصد التّطهير مع إعلام المشتري، نظير بيع الماء النّجس.

الشرح:

ما سبق، وفي موثّقه ذريح، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا نشّ العصير أو غلى حرم»^(١)، والمراد بالغليان فيها هو القلب بالنّار، والنشيش ما لا يكون فيه القلب عادة كالغليان بنفسه. فيكون حاصل الموثّقه أنّه إذا غلى العصير بنفسه أو كان غليانه بالنّار بنحو القلب فقد حرم، ويقتضى ذلك عطف الغليان على النشيش، مع ملاحظه أنّ ما دلّ على اعتبار القلب ظاهره المورد الذى يمكن فيه وهو الغليان بالنّار.

وما قيل من أنّ المراد بالنشيش هو الصوت الحاصل قبل الغليان غير ثابت، بل ظاهره هو الصوت الحاصل عند غليان الشىء بنفسه، ويؤيّد ذلك ما فى موثّقه عمار من قوله عليه السلام: «فإذا كان أيام الصيف وخشيت أن ينشّ . . .»^(٢)، وذكرنا أنّه إذا ذهب ثلثا العصير بعد غليانه يصير حلالاً، سواء كان الذهاب بالنّار أو غيرها. ويقتضى ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه عبد الله بن سنان المتقدّمه: «حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه» فإنّه ليس فى البين ما يقتضى تقييد الذهاب بكونه بالنار، نعم فى صحيحته الأخرى قال: «ذكر أبو عبد الله عليه السلام: أن العصير إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فهو حلال»^(٣)، ولكن بما أنّ ذهاب الثلثين يكون بالطبخ غالباً فلا يمنع ذلك عن الأخذ بإطلاق صحيحته الأولى، كما هو الحال فى جميع القيود الغالبية التى لا توجب رفع اليد عن المطلقات.

ص: ٨٢

١- (١) المصدر السابق: ٢٨٧، الباب ٣، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٨٩، الباب ٥، الحديث ٢.

٣- (٣) المصدر السابق: ٢٨٨، الحديث الأول.

وبالجملة، فلو لم يكن إلا استصحاب ماليته وجواز بيعه كفى.

ولم أعر على من تعرّض للمسألة صريحاً، عدا جماعه من المعاصرين.

الشرح:

ولا يخفى أنّ المراد بالعصير في هذه الروايات العصير العنبى، فلا يشمل العصير الزببى فضلاً عن التمرى، والوجه في ذلك أولاً: أنّ العصير يطلق على ما يخرج من الشىء، أى على الماء المتكوّن في داخل الشىء بعد إخراجها، فلا يشمل المخرج من الزبيب والتمر مما لا يتكوّن في داخلهما؛ ولذا ذكر في صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج في أقسام الخمر: «العصير من الكرم والنقيع من الزبيب. والتبذ من التمر»^(١).

وثانياً: أنّ حملها على العموم غير ممكن، حيث لا يصحّ لأحد الالتزام بحرمه كلّ عصير حتّى مثل عصير الجزر والبطيخ بالغليان، وحمله على خصوص الثلاثة، أى عصير العنب والزبيب والتمر بلا- قرينه، غير ممكن، بل المتيقّن منه العصير العنبى، والعموم باعتبار أفرادها كما لا يخفى.

والحاصل: أنّه لا- يمكن التعدى عن عصير العنب إلى ماء الزبيب والتمر، بل الأظهر فيهما حلّهما حتّى بعد غليانهما، وليس في البين ما يقتضى حرمتها بعد غليانهما، نعم ورد في الزبيب ما ربّما يقال بظهوره في حرمة مائه بعد غليانه كموثقتى عمار^(٢)، ولكن بما أنّ المذكور فيهما من الأمور الكثيره غير دخيل في حلّ ماء الزبيب قطعاً، ولا مجال فيها لاحتمال استحباب رعايتها، فلا بدّ من كون المراد دخالتها في حلّه مع بقائه مدّه طويله، بحيث لا ينقلب فيها إلى الخمر.

ص: ٨٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٢٧٩، الباب الأول من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٨٩ و ٢٩٠، الباب ٥، الحديث ٢ و ٣.

نعم، قال المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد في ذيل قول المصنّف: ولا- بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبوله التّطهير، بعد الاستشكال بلزوم عدم جواز بيع الأصباغ المتنجّسه بعدم قبولها التّطهير، ودفع ذلك بقبولها له بعد الجفاف: ولو الشّرح:

ويؤيد ذلك روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمي التي مثلهما في ذكر تلك الأمور، وذكر في ذيلها: «وهو شراب طيب لا يتغيّر إذا بقي إن شاء الله»^(١).

وأما روايه زيد النرسي في أصله، قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الزبيب يدق ويلقى في القدر، ثم يصبّ عليه الماء ويوقد تحته؟ قال: «لا- تأكله حتّى يذهب الثلثان ويبقى الثلث، فإنّ النّار قد أصابته، قلت: فالزبيب كما هو يلقي في القدر ويصبّ عليه الماء ثمّ يطبخ ويصفى عنه الماء، فقال: كذلك هو سواء، إذا أدت الحلاوه إلى الماء فصار حلواً بمنزله العصير، ثمّ نشّ من غير أن تصيبه النّار فقد حرم، وكذلك إذا أصابته النّار فأغلاه فقد فسد»^(٢)، رواها في «المستدرک» فدلالتها على جريان حكم العصير العنبيّ في ماء الزبيب واضحه، إلا أنّها لا تصلح للاعتماد عليها، حتّى ما لو قيل بأنّ زيد النرسي موثّق، باعتبار أنّ الراوى عنه هو محمد بن أبي عمير. وذكر الشيخ في عدّته أنّه لا- يروى إلاّ عن ثقه^(٣)، وهذا توثيق عامّ لمشايع محمد بن أبي عمير، ويرفع اليد عنه في مورد ثبوت الخلاف لا مع عدمه كما في المقام، حتّى ما لو قيل بأنّ أصل زيد النرسي معتبر، كما عن النجاشي وغيره. ووجه عدم صلوحها عدم إحراز أنّ ما نقل عنه هذه الروايه وهى النسخه الّتي كانت بيد المجلسي رحمه الله هي أصل النرسي المعتبر، بل من المحتمل أنّها كانت مجعوله مدسوسه، ومجرد اشتمالها على بعض الروايات التي ثبت أنّها

ص: ٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٢٩٠، الباب ٥ من أبواب الأشربه المحرمه، الحديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٧ : ٣٨، الباب ٢، الحديث ٢٠٦٧٦.

٣- (٣) العده ١ : ١٥٤.

تَنْجَسَ العَصِيرَ ونحوه فهل يجوز بيعه على مَنْ يستحلّه؟ فيه إشكال . . . ثم ذكر أنّ الأقوى العدم، لعموم «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»، انتهى. والظاهر، أنّه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث، كما يظهر من ذكر المشتري والدليل، فلا يظهر منه حكم بيعه على من يطهره.

الشرح:

لزید لا يدلّ علی أنّها بتمامها رواياته.

وبعبارة أخرى: النسخة التي كانت بيد المجلسي رحمه الله ونقل عنها هذه الرواية وكانت مصحّحه بخط الشيخ منصور بن الحسن الآبي لم يظهر لنا وسائطها إلى زيد، كما هو المألوف بين أصحاب الحديث لنعتمد عليها مع إحراز حال تلك الوسائط، ويزيد الشبهة ما عن الصّيدوق رحمه الله من أنّ أصل زيد النرسي وأصل زيد الزراد موضوعان، وضعهما محمد بن موسى الهمداني، ذكر ذلك محمد بن الحسن الوليد رحمه الله .

لا يقال: قد ذكر المجلسي في «البحار» أنّه وجد في أوّل النسخة هكذا: حدّثنا الشيخ أبو محمد هارون بن موسى التلعكبري أيده الله، قال: حدّثنا أبو العباس أحمد بن محمد سعيد الهمداني، قال: حدّثنا جعفر بن عبد الله العلوي أبو عبد الله المحمدي، قال: حدّثنا محمد بن أبي عمير عن زيد النرسي، والنسخة المزبوره كانت مصحّحه بخط الشيخ منصور بن الحسن الآبي، وهو نقلها من خط الشيخ الجليل محمد بن الحسن القمي وكانت كتابتها سنة أربع وسبعين وثلاثمئة (1)، وعلى ذلك فالنسخة مسنده بطريق مألوف.

فإنّه يقال: لم يظهر لنا حال منصور بن الحسن الآبي حتّى يثبت بنقله النسخة وإسنادها إلى زيد، وما حكى عن منتج الدين أنّه عالم فاضل قرأ على الشيخ الطوسي

ص: ٨٥

المسألة الرابعة: يجوز معاوضه على الدهن المتنجس على المعروف من مذهب الأصحاب، وجعل هذا من المستثنى [١] عن بيع الأعيان النجسه مبنئى على المنع من الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، أو على المنع من بيع المتنجس وإن جاز الانتفاع به نفعاً مقصوداً محللاً، وإلا كان الاستثناء منقطعاً من حيث إن المستثنى منه ما ليس فيه منفعة محلله مقصوده من النجاسات والمنتجسات.

وقد تقدم أن المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمة المنفعة المقصوده، فإذا فرض حلها فلا مانع من البيع. ويظهر من الشهيد الثانى فى المسالك خلاف ذلك، وأن جواز بيع الدهن للنص، لا لجواز الانتفاع به، وإلا لا طرد الجواز فى غير الدهن أيضاً، وأما حرمة الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، فسيجىء الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

الشرح:

غير المصحح للنسخه، كما يشهد بذلك تاريخ التصحيح، مع أن شهاده صاحب «البحار» بكتابه منصور بن الحسن ليست بطريق قد وصل إلينا وسائطه كما لا يخفى.

[١] يعنى: عدّ الدهن المتنجس فى المستثنى؛ لعدم جواز بيع الأعيان النجسه مبنئى على كون الحكم المزبور للأعيان النجسه والمنتجسه بنحو العموم، كما إذا قيل بحرمة الانتفاع بالمتنجس، فيكون بيعه فاسداً باعتبار عدم ثبوت المنفعة المحلله له، أو قيل بجواز الانتفاع بهما ولكن لا يجوز معامله عليهما، فإنّ الحكم بجواز بيع الدهن المتنجس يكون استثناء عن ذلك الحكم العام. وهذا بخلاف ما إذا قيل بعدم حرمة الانتفاع وعدم بطلان بيعهما إلا فيما يحرم كل الانتفاع المقصود منهما، فإنه على ذلك لا يعمّ الحكم المذكور فى طرف المستثنى منه الدهن المتنجس، باعتبار خروجه عن موضوع ذلك الحكم من الأوّل.

وكيف كان، فلا إشكال في جواز بيع الدّهن المذكور، وعن جماعه: الإجماع عليه في الجملة، والأخبار به مستفيضة.

منها: الصحيح، عن معاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قلت له: جُرِّدَ مات في سمن أو زيت أو عسل؟ قال عليه السلام: أما السمن والعسل فيؤخذ الجُرِّد وما حوله، والزيت يستصبح به»، وزاد في المحكي عن التهذيب: «أنه يبيع ذلك الزيت، ويبينه لمن اشتراه ليستصبح به». ولعل الفرق بين الزيت وأخويه من جهه كونه مائعاً غالباً، بخلاف السمن والعسل، وفي روايه إسماعيل الآتيه إشعار بذلك.

ومنها: الصحيح، عن سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الفأره والدابّه تقع في الطّعام والشّراب فتموت فيه؟ قال: إن كان سمناً أو عسلاً أو زيتاً، فإنّه ربّما يكون بعض هذا، فإن كان الشتاء فانزع ما حوله وكله، وإن كان الصيف فادفعه حتّى يسرج به».

ومنها: ما عن أبي بصير في الموثّق «عن الفأره تقع في السمن أو الزيت فتموت فيه؟ قال: إن كان جامداً فاطرحها وما حولها ويؤكل ما بقي، وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته».

ومنها: روايه إسماعيل بن عبد الخالق، قال: «سأله سعيد الأعرج السمن وأنا حاضر عن السمن والزيت والعسل تقع فيه الفأره فتموت [كيف يصنع به؟] قال: أمّا الزيت فلا- تبعه إلا- لمن تبين له فيبتاع للسراج، وأمّا الأكل فلا- وأمّا السمن فإن كان ذائباً فكذلك، وإن كان جامداً والفأره في أعلاه فيؤخذ ما تحتها وما حولها، ثم لا بأس به، والعسل كذلك إن كان جامداً. إذا عرفت هذا، فالإشكال يقع في مواضع:

الشرح:

أقول: لم يظهر وجه تخصيص انقطاع الاستثناء أو اتصاله بالدّهن المتنجّس، بل

الأول: أن صحه بيع هذا الدهن هل هي مشروطه باشتراط الاستصباح به صريحاً، أو يكفي قصدهما لذلك، أو لا. يشترط أحدهما؟ ظاهر الحلّى فى السّرائر: الأول، فإنّه بعد ذكر جواز الاستصباح بالأدهان المتنجّسه جُمع قال: ويجوز بيعه بهذا الشرط عندنا، وظاهر المحكى عن الخلاف: الثانى، حيث قال: جاز بيعه لمن يستصيح به تحت السّماء، دليلنا إجماع الفرقه وأخبارهم، وقال أبو حنيفه: يجوز مطلقاً انتهى.

ونحوه مجرّداً عن دعوى الإجماع عبارته المبسوط، وزاد: أنّه لا يجوز بيعه إلاّ لذلك.

وظاهره كفايه القصد، وهو ظاهر غيره ممّن عتبر بقوله: جاز بيعه للاستصباح [١] كما فى الشرائع والقواعد وغيرهما، نعم ذكر المحقّق الثّانى ما حاصله: أنّ التعليل راجع إلى الجواز يعنى يجوز لأجل تحقّق فائده الاستصباح بيعه.

الشرح:

يجرى ذلك فى الكافر أيضاً، وحتّى فى كلب الصّيد فإنّ جواز بيعه وإن كان من قبيل التقييد فيما دلّ على أنّ ثمن الكلب سحت، إلاّ أنّ جواز بيعه استثناء من عدم جواز بيع الأعيان النجسه المستفاد من حديث «تحف العقول» يكون بنحو الانقطاع، كما مرّ.

[١] وجه الظهور أنّ قولهم: للاستصباح، باعتبار صحه تعلّقه بالبيع لا يتعلّق بالجواز، كما هو مقتضى قولهم: «القريب يمنع البعيد»، نعم لو كان متعلّقاً بالجواز، كما هو تأويل المحقّق الثّانى، لكان مقتضاه القول الثالث وهو جواز بيع الدهن المتنجّس مطلقاً، بمعنى أنّه لا يعتبر اشتراط الاستصباح ولا قصده.

وكيف كان، فقد صرح جماعه بعدم اعتبار قصد الاستصباح. ويمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح [١] إذا كانت المنفعة المحلّله منحصره فيه، وكان من منافعه النادره التي لا تلاحظ في مالتيه، كما في دهن اللوز والبنفسج وشبههما ووجهه: أن مالتيه الشئ إنما هي باعتبار منافعه المحلّله المقصوده منه، لا- باعتبار مطلق الفوائد الغير الملحوظه في مالتيه، ولا- باعتبار الفوائد الملحوظه المحرّمه، فإذا فرض أن لا- فائده في الشئ محلّله ملحوظه في مالتيه فلا- يجوز بيعه، لا- على الإطلاق لأنّ الإطلاق ينصرف إلى كون الثمن بإزاء المنافع المقصوده منه، والمفروض حرمتها، فيكون أكلاً للمال بالباطل ولا على قصد الفائده النادره المحلّله، لأنّ قصد الفائده النادره لا يوجب كون الشئ مالاً.

الشرح:

[١] ظاهره التفصيل بين الدهن الذي يكون الاستصباح بالإضافه إليه من المنفعه النادره التي لا تكون ملاكاً للمالتيه في الأشياء، وبين الدهن الذي يكون الاستصباح به من المنفعه المتعارفه، وفي الأول يعتبر قصد الاستصباح في بيعه دون الثاني. ووجه الفرق هو أنّ الموجب للمالتيه في الأول، وهي المنفعه الشائعه باعتبار نجاسه الدهن، تكون محرّمه، وأخذ المال في مقابله بلحاظ تلك المنفعه أكلاً- له بالباطل، كما أنّ أخذه بلحاظ منفعته النادره المحلّله كذلك، حيث إنّ المنفعه النادره لا توجب المالتيه حتّى يخرج المأخوذ من عنوان الأكل بالباطل.

نعم، إذا ورد دليل على جواز أخذ المال بإزاء ذلك الدهن؛ ليصرفه في منفعته المحلّله النادره يكون هذا حاكماً على خطاب حرمة أكل المال بالباطل، حيث إنّ بعد تجويز الشارع الأخذ لا يكون بيعه بإزاء الثمن من تملك المال بالباطل، وهذا بخلاف القسم الثاني من الدهن المتنجّس، فإنّ أخذ المال بإزائه حتّى بدون قصد المنفعه المحلّله جائز، ولا يدخل في العنوان المنهى عنه، باعتبار أنّ الإسراج من المنفعه

ص: ٨٩

ثم إذا فرض ورود النص الخاص على جواز بيعه كما فيما نحن فيه فلا بد من حمله على إرادته صورته قصد الفائدة النادرة، لأنّ أكل المال حينئذٍ ليس بالباطل بحكم الشارع، بخلاف صورته عدم القصد، لأنّ المال في هذه الصورة مبدول في مقابل المطلق، المنصرف إلى الفوائد المحرّمة، فافهم.

وحينئذٍ فلو لم يعلم المتبائعان جواز الاستصباح بهذا الدّهن وتعاملا من غير قصد [١] إلى هذه الفائدة كانت المعاملة باطلة، لأنّ المال مبدول مع الإطلاق في مقابل الشّيء باعتبار الفوائد المحرّمة. نعم، لو علمنا عدم التفات المتعاملين إلى المنافع أصلاً، أمكن صحتها، لأنّه مال واقعي شرعاً قابل لبذل المال بإزائه، ولم يقصد به ما لا يصحّ بذل المال بإزائه من المنافع المحرّمة. ومرجع هذا في الحقيقة إلى أنّه لا يشترط إلّا عدم قصد المنافع المحرّمة، فافهم.

الشرح:

المحلّله المقصوده الغالبه على منفعه الأكل أو المساويه له يوجب المائيه للدّهن المزبور. نعم، لو اشترط استعماله للأكل يكون بيعه باطلاً، لأنّ الشرط الفاسد مفسد للمعامله حتّى يمنع عنه، بل البطلان يعمّ ما كان استعماله في المحرّم من قصد المتبايعين، فإنّه بالقصد المزبور يكون تملك الثمن بإزائه من أكله بالباطل، كما يشعر بذلك ما ورد من أنّ ثمن الجاربه المغنّيه سحت، فإنّ الجاربه مع كونها ذات منفعه محلّله مقصوده كالاستمتاع بها أو استخدامها لا وجه لفساد ثمنها، إلّا إذا كان قصد استيفاء منفعه الغناء موجباً له كما لا يخفى.

[١] وظاهر ذلك التسويه في الدّهنين، وعدم الفرق بينهما في مقام الثبوت، بل الفرق بينهما في مقام المعامله فقط، فيما إذا التفتنا إلى منافعهما، ففي الأول مع عدم قصد المنفعه النادره المحلّله ينصرف العقد إلى لحاظ منفعته المحرّمة، فيحكم بفساده، بخلاف الثاني. وأمّا مع عدم التفاتهما إلى منفعتهما المحلّله والمحرّمة، فيمكن تصحيح

وأما فيما كان الاستصباح منفعه غالبه بحيث كان مائيه الدهن باعتباره كالأدهان المعده للإسراج فلا يعتبر في صحه بيعه قصده أصلاً، لأنّ الشارح قد قرّر مائيته العرفيه بتجويز الاستصباح به و إن فرض حرمة سائر منافعه، بناءً على أضعف الوجهين، من وجوب الاقتصار في الانتفاع بالنجس على مورد النص، وكذا إذا كان الاستصباح منفعه مقصوده مساويه لمنفعه الأكل المحرّم كالأليه والزيت وعصاره السمسم فلا يعتبر قصد المنفعه المحلله فضلاً عن اشتراطه، إذ يكفي في مائيته وجود المنفعه المقصوده المحلله. غايه الأمر كون حرمة منفعته الشرح:

المعامله في القسمين حتّى في الأوّل، باعتبار أنّ الدهن المزبور مال شرعاً وقع مورد المعامله، ولم يقصد منفعته المحرّمه حتّى يحكم بفساد بيعه استظهاراً ممّا ورد في ثمن الجاريه المغنّيه.

أقول: وفي كلامه موارد للنظر:

أولاً: أنّ المنفعه النادره التي لا توجب المائيه للشئ هي التي لا يلاحظها العقلاء حتّى مع عدم إمكان صرف ذلك الشئ في الجبهه الأخرى، مثلاً قطعات الكوز المكسور لا مائيه لها، فإنّه لا يلاحظ استعمالها في البناء نظير استعمال قطعات اللبنة، حتّى مع عدم إمكان صرفها في منفعتها الغالبه، أي خزن الماء فيها.

وهذا بخلاف الدهن المنتجس، فإنّ مع عدم إمكان صرفه في الأكل مثلاً يلاحظ فيه جهه الإسراج به. وبعبارة أخرى: عدم لحاظ الإسراج به بلحاظ منفعته الأخرى الأهم والأكمل وهي الأكل، ومثل ذلك لا يوجب سلب المائيه عنه.

ثانياً: أنّه مع قيام الدليل على جواز البيع في القسم الأوّل يكون الدليل المزبور كاشفاً عن كون المنفعه النادره عندنا من الغالبه عند الشارح، كما هو مقتضى حكومته على دليل حرمة الأكل بالباطل، فيكون للدهن المزبور مائيه وباعتبارها يصح بيعه

الأخرى المقصوده نقصاً فيه يوجب الخيار للجاهل. نعم، يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرّمه بأن يقول: بعثك بشرط أن تأكله، و إلا فسد العقد بفساد الشرط.

بل يمكن الفساد و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد، لأنّ مرجع الاشتراط في هذا الفرض إلى تعيين المنفعة المحرّمه عليه، فيكون أكل الثمن أكلاً بالباطل، لأنّ حقيقه النفع العائد إلى المشتري بإزاء ثمنه هو النفع المحرّم، فافهم.

بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و إن لم يشترط في متن العقد.

وبالجملة، فكلّ بيع قصد فيه منفعه محرّمه بحيث قصد أكل الثمن أو بعضه بإزاء المنفعة المحرّمه كان باطلاً، كما يؤمى إلى ذلك ما ورد في تحريم شراء الجاريه المغنّيه وبيعها، وصرّح في التذكرة بأن الجاريه المغنّيه إذا بيعت بأكثر ممّا يرغب فيها لو لا الغناء، فالوجه التحريم، انتهى.

الشرح:

كما في القسم الثاني، من دون انصراف العقد إلى لحاظ منفعتة المحرّمه وجعل العوض بلحاظها، فإنّ انصراف العقد إلى جعل العوض بلحاظ المنفعة المحرّمه بلا قصد من المتعاقدين غير معقول.

ثالثاً: أنّ مجرد قصد المنفعة المحرّمه لا يوجب فساد البيع فيما إذا كان للشئ مائتبه باعتبار منفعتة المحلّله، فإنّ الثمن في المعامله يقع بإزاء نفس الشئ لا منافعه.

نعم ربّما يكون لحاظ بعض الأوصاف في تسعير الشئ موجباً لفساد بيعه، فيما إذا كان المترتب على تلك الصفه هو الحرام دائماً أو غالباً، كما في الجاريه المغنّيه. وهذا غير داخل في مورد الكلام، فإنّ المفروض في المقام مجرد قصد صرف الشئ في منفعتة المحرّمه، والدخيل في تسعير الشئ أوصافه لا استعماله في إحدى منفعتيه.

ثم إن الأخبار المتقدمه خاليه عن اعتبار قصد الاستصباح، لأن موردها مما يكون الاستصباح فيه منفعه مقصوده منها كافيه في مائيتها العرفيه. وربما يتوهم من قوله عليه السلام [١] في روايه الأعرج المتقدمه: «فلا تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج» اعتبار القصد. ويدفعه: أن الابتاع للسراج إنما جعل غايه للإعلام، بمعنى أن المسلم إذا أطلع على نجاسته فيشتره للإسراج، نظير قوله عليه السلام في روايه معاويه بن وهب: «بيئنه لمن اشتراه ليستصبح به».

الثاني: أن ظاهر بعض الأخبار وجوب الإعلام، فهل يجب مطلقاً [٢] أم لا، الشرح:

[١] وجه الوهم أن قوله عليه السلام: «فابتاع للسراج» تفريع على علم المشتري بحال الدهن، وأن مع تبين نجاسته له يشتره للسراج، فتكون الجملة بمنزله قوله: فلا تبعه إلا لمن يبتاعه للسراج، وظاهر ذلك اعتبار قصد الإسراج في جواز شرائه، وبهذا تفترق هذه الروايه المذكور فيها حكم واحد، وهو تجويز بيعه من المشتري المزبور عن روايه معاويه بن وهب المذكور فيها حكمان: أحدهما جواز البيع، وثانيهما وجوب إعلام المشتري بنجاسه الدهن ولو بعد البيع؛ ليصرفه في الاستصباح. وهذه تكون قرينه على أن الوارد في روايه الأعرج من الابتاع للسراج غايه للإعلام أيضاً، لا أنه دخيل في صحه البيع.

والحاصل: اعتبار المشتري المزبور باعتبار عدم لزوم محذور التسيب إلى الحرام بصرف المشتري ذلك الدهن في الأكل بسبب جهله بحال الدهن، كما نذكر توضيحه في الموضوع الثاني.

[٢] يجب الإعلام مطلقاً، أي سواء قيل بكون البيع مشروطاً بالاستصباح أو بقصده أو غير مشروط بشيء منهما.

وهل وجوبه نفسى أو شرطى؟ بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحه البيع الذى ينبغى أن يقال: إنّه لا إشكال فى جوب الإعلام [١] إن قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد، أو تواطؤهما عليه من الخارج، لتوقف القصد على العلم بالنجاسه. وأمّا إذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد، فالظاهر وجوب الإعلام وجوباً نفسياً قبل العقد أو بعده، لبعض الأخبار المتقدمه. وفى قوله عليه السلام: «بيّنه لمن اشتراه ليستصبح به» إشاره إلى وجوب الإعلام لئلا يأكله، فإن الغايه للإعلام ليس هو تحقّق الاستصباح، إذ لا ترتّب بينهما شرعاً ولا عقلاً ولا عادةً، بل الفائده حصر الانتفاع فيه، بمعنى عدم الانتفاع به فى غيره، ففيه إشاره إلى وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرّماً بحيث يعلم عاده وقوعه فى الحرام لو لا الإعلام، فكأنّه قال: أعلمه لئلا يقع فى الحرام الواقعى بتركك الإعلام.

ويشير إلى هذه القاعده كثير من الأخبار المتفرّقه الدالّه على حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرّمات، مثل ما دلّ على أنّ من أفتى [٢] الشّرح:

[١] لا يخفى أنّ قصد المشتري الاستصباح بالدهن المزبور لا يلازمه إعلام البائع، بل النسبه بينهما عموم من وجه، فقد يظهر البائع حال الدهن ونجاسته ومع ذلك يكون المشتري قاصداً صرفه فى الأكل، وقد يترك الإعلام ولكن المشتري يقصد شراءه لمثل الإسراج. وظاهر الروايات كون الإعلام تكليفاً على البائع؛ لئلا يكون جهل المشتري بحال الدهن ونجاسته منشأ لصرفه فى الأكل، قال عليه السلام فى موثقه أبى بصير: «وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته» (١).

[٢] ما دلّ على ذلك أجنبى عن مسأله عدم جواز التّسبب إلى فعل الحرام أو

ص: ٩٤

بغير علم لحقه وزر من عمل بفتياه فإنَّ إثبات الوزر للمباشر من جهة فعل القبيح الواقعي، وحمله على المفتي من حيث التسبب والتغريب ومثل قوله عليه السلام: «ما من إمام صَلَّى يقوم فيكون في صلاتهم تقصير، إلا كان عليه أوزارهم».

وفي روايه أُخرى: «فيكون في صلاته وصلاتهم تقصير، إلا كان إثم ذلك عليه».

وفي روايه أُخرى: «لا يضمن الإمام صلاتهم إلا أن يصلي بهم جنبا» ومثل روايه أبي بصير المتضمنه لكراهه أن تسقى البهيمة أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شربه، فإنَّ في كراهه ذلك في البهائم إشعاراً بحرمته بالنسبه إلى المكلف.

ويؤيده: أن أكل الحرام وشربه من القبيح، ولو في حق الجاهل، ولذا يكون الاحتياط فيه مطلوباً مع الشك، إذ لو كان للعلم دخل في قبحه لم يحسن الاحتياط، وحينئذ فيكون إعطاء النجس للجاهل المذكور إغراءً بالقبيح، وهو قبيح عقلاً.

الشرح:

ترك الواجب، فإنَّ الإفتاء بغير علم حرام، حيث إنه من الافتراء والكذب على الله سبحانه، عمل بها أحد أو لم يعمل، وتحديد العقوبه بوزر من عمل بها على تقدير العمل لا يدل على أن حرمة الإفتاء بغير علم لأجل التسبب، فإنَّ مثل الخبر يعم ما إذا لم يكن تسبب، كما إذا كان العامل بها عالماً بأن المفتي ليست له أهليه الإفتاء ومع ذلك أخذ بفتواه بداع من الدواعي النفسانيه.

وأما ما ورد في تحمّل الإمام مع أنه معارض بما يدل على عدم ضمانه بشيء، وفي صحيحه زراره قال: «سألت أحدهما عليه السلام عن الإمام يضمن صلاه القوم؟ قال: لا» (١)، فلا يرتبط بالمقام، فإنه لو فرض عدم نقص صلاه المأموم عن الصلاه الفريضة إلا- في ترك القراءه فلا- ينبغى الريب في عدم بطلان تلك الصلاه بذلك، فإنَّ مقتضى حديث: «لا تعاد» وغيره عدم بطلان الصلاه بترك القراءه فيها عن عذر، والتسبب

ص: ٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ٣٥٤، الباب ٣٠ من أبواب صلاه الجماعة، الحديث ٤.

بل قد يقال بوجوب الإعلام وإن لم يكن منه تسبب كما لو رأى نجساً في يده يريد أكله وهو الذى صرح به العلامة قدس سره فى أجوبه المسائل المهنائيه، حيث سأله السيد المهنا عن رأى فى ثوب المصلّى نجاسه فأجاب: بأنه يجب الإعلام، الشرح:

فى مثل ذلك ممّا يكون للعلم والإحراز دخل فى حرمه الشىء تكليفاً أو عدم جوازه وضعاً لا بأس به؛ ولذا لا يجب على البائع إعلام الغير بنجاسه الثوب الذى يشتريه، بخلاف نجاسه المبيع المأكول. والفرق أنّ نجاسه الثوب لا تكون مانعه عن صحه الصلاه إلاّ مع إحرازها، بخلاف نجاسه المأكول، فإنّها موضوع لحرمه أكله، غايه الأمر ربّما يكون الجهل عذراً فى مخالفه التكليف الواقعى.

نعم لو أحرز الإمام أنّ مأمومه يأتى فى صلاته بما يكون مبطلاً لها حتّى مع العذر، كتعدد الركوع فى الركعه الواحده الذى يكون عدم فساد الصلاه به فى خصوص صلاه الجماعه فى بعض الموارد، فمع علمه بهذا لا يجوز له التصدّى للإمامه مع فقده شرائطها.

والعمده فى حرمه التسبب هو الفهم العرفى من خطابات المحرّمات وغيرها، فإنّه إذا ورد فى خطاب حرمه أكل الميته فأهل العرف لا يفهمون الفرق بين أكلها بالمباشره أو أكل الغير بتسبيبه جهلاً أو إكراهاً، وهكذا ما ورد فى نهى الجنب عن دخول المسجد فإنّهم لا يفرقون بين الدخول والإدخال... إلى غير ذلك.

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ الكلام فى عدم جواز التسبب إلى الحرام فيما إذا كان ذلك الحرام مطلقاً بحيث يكون مع الجهل مورد الاحتياط، وأمّا مدلول روايه أبى بصير فأجنبى عن ذلك، فإنّه لا تكون كراهه لأكل البهيمة أو الطفل حتّى يكون سقيهما أو إطعامهما من التسبب إلى الكراهه، بل مدلولها حكم السقى أو الإطعام بما هو هو.

لوجوب النهى عن المنكر، لكن إثبات هذا مشكل. والحاصل أنّ هنا أموراً أربعه [١]

أحدها: أن يكون فعل الشخص علّه تامّه لوقوع الحرام فى الخارج كما إذا أكره غيره على المحرّم ، ولا إشكال فى حرّمته وكون وزر الحرام عليه، بل أشدّ لظلمه.

الشرح:

[١] الفرق بين إكراه الغير على المحرّم وبين تقديم الطعام المتنجّس إلى الغير الجاهل، بأنّ الأوّل من قبيل العلّه التامّه لصدور الحرام عن الغير، والثانى من قبيل السبب، فيه ما لا يخفى.

والصّحيح أنّ كلاً من الإكراه وتقديم الطعام المتنجّس مثلاً إلى الجاهل المرید للأكل لا يكون موجّباً لخروج الفعل عن كونه اختيارياً للمكره بالفتح أو المقدم إليه. وأنّ حرمة الإكراه أو التّقديم لا تكون إلّا من جهة التّسبب إلى الحرام، فإنّ العمده فى دليل حرّمته كما مرّ هو الفهم العرفى، بأنّ النهى عنه يعمّ إصدار الفعل عن الغير بالإكراه أو الإغراء، بل ولو بمثل صبّ الخمر فى حلقة.

وأما القسم الثالث، فإن كان ترغيباً للآخر إلى ارتكاب المحرّم وتحبيّباً إليه لينقدح فى نفسه الدّاعى إلى ارتكابه فيكفى فى إثبات حرّمته فحوى ما دلّ على وجوب نهى الغير عن المنكر، وكذا ما إذا كان موجّباً للعناد كسبّ آله الكفّار الموجب لإلقتهم فى سبّ الحقّ. وأمّا بيع مثل العنب ممّن يعلم أنّه يعمل خمرًا فسيأتى الكلام فيه مفصلاً، وأمّا إرشاد الجاهل وإعلامه فى غير موارد التّسبب فلا يجب إلّا فى الأحكام الشرعيّة الكلّيّة، كما هو مقتضى ما دلّ على وجوب تبليغها إلى الجاهلين بها، وفى الجهل بالموضوعات فيما إذا وجب على المرشد التّحفظ فيها على الواقع، كالتحفظ على دم مؤمن أو عرضه فى مورد يريد الجاهل بإيمانه قتله أو هتكه ونحو ذلك.

وثانيها: أن يكون فعله سبباً للحرام كمن قدّم الى غيره محرّماً ومثله ما نحن فيه، وقد ذكرنا أنّ الأقوى فيه التّحريم لأنّ استناد الفعل إلى السّبب أقوى [١]

فنسبه فعل الحرام إليه أولى، ولذا يستقرّ الضّمان على السبب، دون المباشر الجاهل، بل قيل: إنّّه لاضمان ابتداءً إلّا عليه.

الثالث أن يكون شرطاً لصدور الحرام، وهذا يكون على وجهين:

أحدهما أن يكون من قبيل إيجاد الدّاعى على المعصية، إمّا لحصول الرّغبة فيها كترغيب الشّخص على المعصية، و إمّا لحصول العناد من الشّخص حتّى يقع فى المعصية، كسب آله الكفّار الموجب لإلقائهم فى سبّ الحقّ عناداً، أو سبّ آباء النّاس الموقع لهم فى سبّ أبيه.

الشرح:

[١] لا يخفى أنّ وجه استقرار الضّمان على من قدّم الطّعام المملوك للغير إلى الجاهل هي قاعده الغرور لا مجرد التّسبيب؛ ولذا يكون لمالك الطّعام الرّجوع إلى الجاهل المتلف، ولو كان من باب استناد الفعل إلى السبب لم يكن له الرجوع إلّا إلى المقدّم. والحاصل: أنّ مقتضى تلك القاعده رجوع المغرور إلى غارّه، ولا تجرى هذه القاعده فى مورد الإكراه على إتلاف مال الغير، بل يكون الضّمان فيه ابتداءً على المكره بالكسر.

والوجه فى ذلك أنّه يستفاد من مثل ما ورد فى ضمان الشّاهد ما أتلف على المشهود عليه بشهادته الزّور ضمان المكره بالكسر أيضاً، ومقتضى حديث الرّفعة نفي الضّمان عن المكره بالفتح، ونفيه عنه مع فرض ثبوته للمكره بالكسر لا ينافى الامتنان.

فالمتخصّص لا أنّ فى مورد كون السبب أقوى يكون الضّمان على ذلك الأقوى ابتداءً، كما إذا وضع قاروره تحت رجل نائم فانكسرت بتحريكه رجله فى النوم، فإنّ

والظاهر حرمة القسمين، وقد ورد في ذلك عدّه من الأخبار.

وثانيهما أن يكون بإيجاد شرطٍ آخر غير الدّاعي، كبيع العنب ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً، وسيأتي الكلام فيه.

الرابع أن يكون من قبيل عدم المانع. وهذا يكون تارةً مع الحرمة الفعلية في حقّ الفاعل كسكوت الشّخص عن المنع من المنكر، ولا إشكال في الحرمة بشرائط النّهي عن المنكر. وأخرى مع عدم الحرمة الفعلية بالنّسبة إلى الفاعل، كسكوت العالم عن إعلام الجاهل كما فيما نحن فيه فإنّ صدور الحرام منه مشروط بعدم إعلامه.

فهل يجب دفع الحرام بترك السيّكوت أم لا؟ فيه إشكال، إلّا إذا علمنا من الخارج وجوب دفع ذلك، لكونه فساداً قد أمر بدفعه كلّ من قدر عليه، كما لو أطلع على عدم إباحه دم من يريد الجاهل قتله، أو عدم إباحه عرضه له، أو لزم من سكوته ضرر ماليّ قد أمرنا بدفعه عن كلّ أحد. فإنّه يجب الإعلام والرّدع لو لم يرتدع بالإعلام، بل الواجب هو الرّدع ولو بدون الإعلام، ففي الحقيقة الإعلام بنفسه غير واجب، وأمّا فيما تعلق بغير الثلاثة من حقوق الله فوجوب دفع مثل هذا الحرام مشكل، لأنّ الظاهر من أدلّه النّهي عن المنكر وجوب الرّدع عن المعصية. فلا يدلّ على وجوب إعلام الجاهل بكون فعله معصية.

الشرح:

الضّمان في الفرض على واضعها لا على النائم، باعتبار أنّ الإلتلاف يستند إليه لا إلى النائم. وهذا بخلاف مورد تقديم الطعام، فإنّ الإلتلاف يكون من المباشر وعليه ضمانه، والمقدّم بالكسر ضامن أيضاً بضمان اليد، فللمالك الرجوع إلى كلّ منهما، وإذا رجع إلى المباشر فيرجع إلى غارّه كما مرّ، ولعلّه لذلك ذكر أنّ الإكراه علّه تامه وتقديم الطّعام سبب.

ص: ٩٩

نعم، وجب ذلك فيما إذا كان الجهل بالحكم، لكنّه من حيث وجوب تبليغ التكاليف ليستمرّ التّكليف إلى آخر الأبد بتبليغ الشّاهد الغائب، فالعالم في الحقيقة مبلغ عن الله ليتّم الحجّه على الجاهل ويتحقّق فيه قابليته الإطاعة والمعصية.

ثمّ إنّ بعضهم استدلّ على وجوب الإعلام بأنّ النّجاسة عيب خفيّ [١] فيجب إظهارها.

وفيه مع أنّ وجوب الإعلام على القول به ليس مختصّاً بالمعاوضات، بل يشمل مثل الإباحة والهبة من المجانيات: أنّ كون النّجاسة عيباً ليس إلّا لكونه منكراً واقعياً وقبيحاً، فإنّ ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسأله وجوب إظهار العيب، وإلّا لم يكن عيباً، فتأمّل.

الثالث: المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السّماء، بل في السّرائر: أنّ الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف.

الشرح:

[١] ظاهر الروايات المتقدّمة وجوب الإعلام حتّى فيما لا- يجب فيه بيان العيب، كما إذا تبرّأ البائع من عيوب المبيع، حيث إنّه يجب إظهار العيب الخفيّ، باعتبار أنّ عدم ذكره غشّ، ومع التبرّي لا- غشّ، وأيضاً لا فرق كما يذكر المصنّف رحمه الله في وجوب الإعلام بنجاسة المأكول أو المشروب بين كونهما موردين للمعارضه أو للهبة، ولو كان وجوبه باعتبار أنّ إخفاء نجاسته غشّ في المعامله لا- اختصّ وجوبه بموارد المعاوضه؛ ولذا لا يجب بيان العيب للمتهب، هذا مع أنّ تناول المتنجّس منكر واقعىّ شرعاً، فيجب إعلامه للجاهل الذي يريد تناوله حتّى لو لم نقل بوجوب إظهار عيب المبيع. ووجه وجوبه حرمة التسيب إلى الحرام وإلقاء الغير فيه، ولو اختصّ كون الشّيء منكراً بصورة العلم بنجاسته، كما في لبس الثوب النّجس في الصلاة لا- يجب الإعلام، بل لا تكون نجاسته عيباً.

ص: ١٠٠

وفى المبسوط: أنه روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف. لكن الأخبار المتقدمه على كثرتها وورودها فى مقام البيان ساكنه عن هذا القيد، ولا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من مرسله الشيخ رحمه الله [١] المنجبره بالشهره الشرح:

[١] مرسله الشيخ رحمه الله هى التى ذكرها فى مبسوطه بقوله: «روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء»، وهذه المرسله مؤيده بشهره الفتوى بمضمونها، وبالإجماع المذكور فى كلام ابن ادريس، وإذا انجبر ضعفها بما ذكر يكون المقام من الموارد التى يرد فيها فى مقابل خطاب المطلق خطاب آخر يدور أمر ذلك الخطاب الآخر بين كونه مقيداً للمطلق أو محمولاً على الاستصحاب، أى أفضل الأفراد.

وفى المقام يدور أمر المرسله بين كونها مقيده للإطلاق فى الروايات التى رخص فيها فى صرف الزيت المتنجس فى الاستصحاب وبين أن يكون التقييد الوارد فيها محمولاً على الاستصحاب، بأن يكون المستحب فى الاستصحاب بالدهن المتنجس الاستصحاب به تحت السماء، أو يكون الأمر المستفاد من الجملة الخبرية محمولاً على الإرشاد، وأن الاستصحاب تحت السماء بلحاظ أن لا يتأثر السقف بالدخان المتصاعد الذى يكون نجساً على ما ذكره الشيخ الطوسى رحمه الله، باعتبار اشتماله على أجزاء دهنه متصاعده معه.

ثم إن حمل الأمر بالاستصحاب تحت السماء على الإرشاد، وبأن لا يتأثر السقف، أولى من تقييد الإطلاقات الكثيره الوارده فى مقام البيان، خصوصاً أن تقييد تلك الإطلاقات واعتبار كون الاستصحاب تحت السماء لا يكون إلا بالالتزام بعدم جواز تنجيس السقف أو كونه تعديداً محضاً. والأول مخالف لما عليه المشهور من طهاره دخان النجس أو المتنجس، والثانى بعيد جداً، ولعله لذلك أفتى الشيخ رحمه الله فى مبسوطه مع نقله المرسله بكراهه الإسراج تحت السقف.

المحقّقه والاتّفاق المحكّي، لكن لو سلّم الانجبار فغايه الأمر دورانه بين تقييد المطلقات المتقدّمه، أو حمل الجمله الخبريّة على الاستحباب أو الإرشاد، لثلاً يتأثّر السّقف بدخان النّجس الذي هو نجس بناءً على ما ذكره الشّيخ من دلاله المرسله على نجاسه دخان النّجس إذ قد لا يخلو من أجزاء لطيفه دهنيّه تتصاعد بواسطه الحراره.

ولا- ريب أنّ مخالفه الظاهر في المرسله خصوصاً بالحمل على الإرشاد أولى، خصوصاً مع ابتناء التّقييد: إمّا على ما ذكره الشّيخ من دلاله الروايه على نجاسه الدّخان المخالفه للمشهور و إمّا على كون الحكم تعديداً محضاً، وهو في غايه البعد، ولعلّه لذلك أفتى في المبسوط بالكراهه مع روايته للمرسله.

والإنصاف، أنّ المسأله لا تخلو عن إشكال، من حيث ظاهر الرّوايات، البعيده عن التّقييد لإبائها في أنفسها عنه وإبائه المقيد عنه، ومن حيث الشّهرة المحقّقه والاتّفاق المنقول، ولو رجع إلى أصاله البراءه حينئذٍ لم يكن إلاّ بعيداً عن الاحتياط وجرأه على مخالفه المشهور.

الشرح:

والإنصاف: أنّ الحكم في المقام لا يخلو عن إشكال؛ لورود المطلقات في مقام البيان وعدم كون المرسله صالحه لتقييدها، وفي مقابل ما ذكر من الشّهرة المحقّقه والإجماع المنقول على اعتبار كون الاستصباح تحت السّماء يكون الرجوع إلى أصاله البراءه عن اعتبار كون الاستصباح تحت السّماء بعيداً عن الاحتياط، وجرأه على مخالفه المشهور.

وعن العلامه التفصيل بين صورته العلم بتصاعد أجزاء الدهن مع الدّخان وعدمه، واعتبر كون الاستصباح تحت السّماء في الأول دون الثاني، وهذا التفصيل مبني على حرمة تنجيس السّقف، ولكن لم يظهر له دليل، نعم من ذكر في ردّه بأن الاستصباح

ثم إنَّ العلامه في المختلف فصل بين ما إذا علم بتصاعد شيء من أجزاء الدهن، وما إذا لم يعلم، فوافق المشهور في الأول، وهو مبنى على ثبوت حرمة تنجيس السقف، ولم يدل عليه دليل، وإن كان ظاهر كل من حكم بكون الاستصباح تحت السماء تعبدًا، لا لنجاسه الدخان معللاً بطهاره دخان النجس: التسالم على حرمة التنجيس، وإلا لكان الأولى تعليل التعبد به، لا بطهاره الدخان، كما لا يخفى.

الرابع: هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح، بأن يعمل صابوناً أو يطلى به الأجر أو السيفن؟ قولان مبنيان على أن الأصل في المتنجس جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل كالأكل والشرب، والاستصباح تحت الظل، أو أن القاعده فيه المنع عن التصرف إلا ما خرج بالدليل كالاستصباح تحت السماء، وبيعه ليعمل صابوناً على روايه ضعيفه تأتي.

والمدى صرح به في مفتاح الكرامه هو الثاني، ووافقه بعض مشايخنا المعاصرين، وهو ظاهر جماعه من القدماء، كالشيوخين والسيدان والحلي وغيرهم.

الشرح:

تحت السماء تعبد محض لا لتنجيس السقف؛ لأن الدخان المتصاعد طاهر، ظاهره قبوله حرمة التنجيس وإلا لذكر في الرد أن تنجيس السقف لا بأس به. انتهى تقرير كلامه في المقام.

أقول: استعمال الدهن المتنجس في الاستصباح لا يكون حكماً مولوياً حتى يتكلم في التقييد الوارد في مثل المرسله التي لا يمكن الاعتماد عليها، على ما ذكرناه في بحث الأصول، بل الأمر بالاستصباح به في الروايات للإرشاد إلى عدم جواز استعماله في الأكل كما مر، وعلى تقدير كونه مولوياً فهو ترخيص لا حكم إلزامي واحد ليكون المقام من موارد لزوم حمل المطلق على المقيّد.

ولا منافاه بين الترخيص في الإسراج بالدهن المتنجس مطلقاً وبين الترخيص

قال فى الانتصار: ومما انفردت به الإمامية، أنّ كلّ طعام عالجه أهل الكتاب ومن ثبت كفرهم بدليل قاطع لا يجوز أكله ولا الانتفاع به، واختلف باقى الفقهاء فى ذلك، وقد دللنا على ذلك فى كتاب الطهارة، حيث دللنا على أنّ سؤر الكفار نجس.

وقال فى المبسوط فى الماء المضاف: إنّه مباح التصرف فيه بأنواع التصرف ما لم تقع فيه نجاسه، فإن وقعت فيه نجاسه لم يجوز استعماله على حال.

وقال فى حكم الماء المتغير بالنجاسة: إنّه لا يجوز استعماله إلاّ عند الضرورة، للشرب لا غير.

وقال فى التّهايه: وإن كان ما حصل فيه الميته مائعاً لم يجوز استعماله ووجب إهراقه، انتهى. وقريب منه عبارته المقنعه.

وقال فى الخلاف فى حكم السمن والبذر والشّيرج والزيت إذا وقعت فيه فأره: إنّه جاز الاستصباح به، ولا-يجوز أكله، ولا الانتفاع به بغير الاستصباح، وبه قال الشافعى. وقال قوم من أصحاب الحديث: لا ينتفع به بحال، لا باستصباح ولا بغيره، بل يراق كالخمر. وقال أبو حنيفة: يستصبح به ويباع لذلك. وقال داود: إن كان المائع سمناً لم ينتفع به بحال وإن كان غيره من الأدهان لم ينجس بموت الفأره فيه ويحلّ أكله وشربه، لأنّ الخبر ورد فى السمن فحسب، دللنا إجماع الفرقه وأخبارهم.

وفى السرائر فى حكم الدهن المتنجس: أنّه لا يجوز الأدهان به ولا استعماله فى شىء من الأشياء، عدا الاستصباح تحت السماء.

الشرح:

فى إسراجه تحت السماء، كما إذا ورد فى خطاب الترخيص فى شرب الخلّ مطلقاً وفى خطاب آخر الترخيص فى شرب الخلّ فى المساجد، وقد ذكر فى باب المفاهيم أنّه لا مفهوم للوصف حتّى يوجب ذلك المفهوم تقييداً فى خطاب المطلق.

وَأَدْعَى فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: أَنَّ الْإِسْتِصْبَاحَ بِهِ تَحْتَ الظَّلَالِ مُحْظُورٌ بغيرِ خِلافٍ.

وقال ابن زهره بعد أن اشترط في المبيع أن يكون ممياً ينتفع به منفعه محلله : وشرطنا في المنفعه أن تكون مباحه، تحفظاً من المنافع المحرّمه، ويدخل في ذلك كلّ نجس لا يمكن تطهيره، عدا ما استثني: من بيع الكلب المعلّم للصيد، والزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، وهو إجماع الطائفه.

ثم استدللّ على جواز بيع الزيت بعد الإجماع بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله أذن في الاستصباح به تحت السماء، قال: وهذا يدلّ على جواز بيعه لذلك، انتهى.

هذا، ولكن الأقوى وفاقاً لأكثر المتأخّرين جواز الانتفاع إلّا ما خرج بالدليل.

ويدلّ عليه أصاله الجواز، وقاعده حلّ الانتفاع بما في الأرض ولا- حاكم عليهما سوى ما يتخيّل من بعض الآيات والأخبار، ودعوى الجماعه المتقدمه الإجماع على المنع. والكلّ غير قابل لذلك.

أمّا الآيات: فمنها: قوله تعالى: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ [١] وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ»، دلّ بمقتضى التفرّيع على وجوب اجتناب كلّ رجس.

وفيه: أنّ الظاهر من الرّجس ما كان كذلك في ذاته، لا ما عرض له ذلك، فيخصّ بالعناوين النّجسه، وهي النّجاسات العشر.

مع أنّه لو عمّ المنتجس لزم أن يخرج عنه أكثر الأفراد، فإنّ أكثر المنتجسات لا يجب الاجتناب عنه.

الشرح:

[١] كأنّ المستدلّ بالآيه أراد أنّ الرّجس فيها ينطبق على المنتجس أيضاً، وأنّ الأمر بالاجتناب عنه يعمّه فالحكم بجواز الانتفاع به في مورد يحتاج إلى دليل خاصّ،

ص: ١٠٥

مع أنّ وجوب الاجتناب ثابت فيما كان رجساً من عمل الشيطان، يعنى من مبتدعاته، فيختصّ وجوب الاجتناب المطلق بما كان من عمل الشيطان، سواء كان نجساً كالخمر أو قذراً معنوياً مثل الميسر.

ومن المعلوم: أنّ المائعات المنتجسه كالدهن والطين والصيبغ والدبس إذا تنجست ليست من أعمال الشيطان. وإن أُريد من عمل الشيطان عمل المكلف المتحقق في الخارج بإغوائه ليكون المراد بالمذكورات استعمالها على النحو الخاصّ، فالمعنى: أنّ الانتفاع بهذه المذكورات رجس من عمل الشيطان، كما يقال في سائر المعاصي: إنّها من عمل الشيطان، فلا تدلّ أيضاً على وجوب الاجتناب عن استعمال المنتجس إلا إذا ثبت كون الاستعمال رجساً، وهو أوّل الكلام.

الشرح:

وذكر المصنّف رحمه الله في الجواب أنّ الرّجس ما يكون كذلك في ذاته لا ما عرضت له النجاسه، فيختصّ بالأعيان النجسه ولا يعمّ المنتجسات، وإلاّ- لزم تخصيص الأكثر باعتبار جواز الانتفاع بأكثر المنتجسات، هذا أولاً، وثانياً أنّ المذكور في الآيه كون الرّجس من عمل الشيطان، أى من صنعه، فيختصّ وجوب الاجتناب بمخترعات الشيطان ومبتدعاته، سواء كان قذراً مادياً كالخمر، أو معنوياً كالميسر.

والحاصل: أنّ مجرد كون عين نجسه فضلاً عن المنتجس لا- يوجب دخوله في صنع الشيطان ومخترعاته، وإن أُريد من عمل الشيطان هو الصيادر عن المكلف بإغوائه؛ ليكون الرّجس عنواناً لنفس تلك الأعمال، فكون الانتفاع بالمنتجسات رجساً وعملاً بإغواء الشيطان أوّل الكلام.

أقول: لفظ الرّجس بمعنى النّجس في مثل قوله سبحانه: «إلاّ- أن يكون ميثه أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس» (١) وإن كان ممكناً، إلاّ أنّه لا يكون في المقام،

ص: ١٠٦

وكيف كان، فالآية لا تدلّ على المطلوب.

ومن بعض ما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال على ذلك بقوله تعالى: «وَالرُّجْزَ فَاهُجْرًا»، بناءً على أنّ الرُّجْز هو الرِّجْس.

وأضعف من الكلّ: الاستدلال بآية تحريم الخبائث، بناءً على أنّ كلّ منتجس خبيث، والتحريم المطلق يفيد عموم الانتفاع، إذ لا يخفى أنّ المراد هنا حرمة الأكل [١] بقرينه مقابلته بحلّيه الطيبات.

وأما الأخبار: فمنها: ما تقدّم من روايه تحف العقول، حيث علل النهى عن بيع وجوه النجس بأنّ ذلك كلّ محرّم أكله وشربه و إمساكه وجميع التقلّب فيه، فجميع التقلّب في ذلك حرام.

وفيه: ما تقدّم من أنّ المراد بوجوه النجس عنواناته المعهودة، لأنّ الوجه هو العنوان، والمدّهن ليس عنواناً للنجاسه، والملاقي للنجس وإن كان عنواناً للنجاسه، الشرح:

وذلك بقرينه حمله على الميسر، حيث إنّ فعل ولا يتصف بالنجاسه، فلا بدّ من حمله على معنى غير النجاسه المصطلحه. وصدق ذلك المعنى على مطلق المنتجس، بل النجس أيضاً ممنوع، وإنّ الأمر بالاجتناب عن الرِّجْس حتّى بمعنى يعمّ المنتجس ظاهره الاجتناب عن استعماله المتعارف ولا- يعمّ جميع الانتفاعات، ومن هنا يظهر الحال في قوله عزّ من قائل: «وَالرُّجْزَ فَاهُجْرًا» (١) بناءً على أنّه بمعنى الرِّجْس، كما قيل.

[١] لا دلالة في الآية على كون المراد بالخبائث الأعيان حتّى يقال: إنّها تعمّ المنتجس أيضاً، بل الظاهر منها ولا أقلّ من الاحتمال كما مرّ سابقاً كون المراد الأفعال المنكره، كما ورد ذلك في قضيه قوم لوط، قال عزّ من قائل: «وَنَجَّيْنَاهُ مِنْ

ص: ١٠٧

لكنه ليس وجهاً من وجوه النجاسة في مقابله غيره، ولذا لم يعدّوه عنواناً في مقابل العناوين النجسه، مع ما عرفت من لزوم تخصيص الأكثر، لو أريد به المنع عن استعمال كل متنجس.

ومنها: ما دلّ على الأمر بإهراق المائعات الملاقيه للنجاسة وإلقاء ما حول الجامد من الدهن وشبهه وطرحه وقد تقدّم بعضها في مسأله الدهن، وبعضها الآخر متفرّقه، مثل قوله: يهريق المرق ونحو ذلك.

وفيه: أنّ طرحها كناية عن عدم الانتفاع بها في الأكل، فإنّ ما أمر بطرحه من جامد الدهن والزيت يجوز الاستصباح به إجماعاً، فالمراد: إطراحه من ظرف الدهن وترك الباقي للأكل.

وأما الإجماعات: ففي دلالتها على المدعى نظر، يظهر من ملاحظتها، فإنّ الظاهر من كلام السيد المتقدّم: أنّ مورد الإجماع هو نجاسة ما باشره أهل الكتاب، وأمّا حرمة الأكل والانتفاع فهي من فروعها المتفرّعه على النجاسة، لا أنّ معقد الإجماع حرمة الانتفاع بالنجس، فإنّ خلاف باقي الفقهاء في أصل النجاسة في أهل الكتاب، لا في أحكام النجس.

الشرح:

الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ (١)، وعلى تقدير كون المراد بها الأعيان، فلا ريب في أنّ ظهور تحريمها بمناسبة الحكم والموضوع حرمة الانتفاع المناسب للعين لا حرمة كل انتفاع.

وما ذكره المصنّف رحمه الله من كون المراد من تحريم الخبائث حرمة أكلها بقريته مقابلته لحل الطيبات، ففيه ما لا يخفى، قال سبحانه في وصف النبي الذي يؤمن به المتقون: «الرَّسُولَ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ

ص: ١٠٨

وأما إجماع الخلاف، فالظاهر أنّ معقده ما وقع الخلاف فيه وبين من ذكر من المخالفين، إذ فرق بين دعوى الإجماع على محلّ النزاع بعد تحريره، وبين دعواه ابتداءً على الأحكام المذكورات في عنوان المسألة، فإنّ الثّاني يشمل الأحكام كلّها، والأوّل لا يشمل إلاّ الحكم الواقع مورداً للخلاف، لأنّه الظاهر من قوله: دليلنا إجماع الفرقة، فافهم واغتنم.

وأما إجماع السيّد في الغنيه، فهو في أصل مسأله تحريم بيع النّجاسات واستثناء الكلب المعلم والزّيت المتنجّس، لا في ما ذكره من أنّ حرمة بيع المتنجّس من حيث دخوله فيما يحرم الانتفاع، نعم، هو قائل بذلك.

وبالجملة، فلا ينكر ظهور كلام السيّد في حرمة الانتفاع بالنّجس الذاتى والعرضى، لكن دعواه الإجماع على ذلك بعيدة عن مدلول كلامه جدّاً. وكذلك لا ينكر كون السيّد والشّيخ قائلين بحرمة الانتفاع بالمتنجّس كما هو ظاهر المفيد وصريح الحلّى لكن دعواهما الإجماع على ذلك ممنوعه عند المتأمل المنصف.

ثمّ على تقدير تسليم دعواهم الإجماعات، فلا ريب في وهنها بما يظهر من أكثر المتأخّرين من قصر حرمة الانتفاع على أمورٍ خاصّه.

قال في المعبر في أحكام الماء المتنجّس: وكلّ ماء حكم بنجاسته لم يجز استعماله إلى أن قال: ويريد بالمنع عن استعماله: الاستعمال في الطهارة وإزاله الخبث والأكل والشرب دون غيره، مثل بلّ الطين وسقى الدابّه، انتهى.

أقول: إنّ بلّ الصبغ والحنّاء بذلك الماء داخل في الغير، فلا يحرم الانتفاع بهما.

الشرح:

يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ (١)، وظهرها بقريته المقام تحريم الأفعال المنكره وتحليل

ص: ١٠٩

وأما العلامه، فقد قصر حرمه استعمال الماء المتنجس في التحرير والقواعد والإرشاد على الطهارة والأكل والشرب وجوز في المنتهى الانتفاع بالعجين النجس في علف الدواب، محتجاً بأن المحرم على المكلف تناوله، وبأنه انتفاع فيكون سائغاً، للأصل.

ولا يخفى أنّ كلا دليله صريح في حصر التحريم في أكل العجين المتنجس.

وقال الشهيد في قواعده: النجاسة ما حرم استعماله في الصلاة والأغذية ثم ذكر ما يؤيد المطلوب.

وقال في الذكري في أحكام النجاسة: تجب إزالة النجاسة عن الثوب والبدن، ثم ذكر المساجد وغيرها، إلى أن قال: وعن كل مستعمل في أكل أو شرب أو ضوء تحت ظل، للتهى عن النجس، وللنص، انتهى.

ومراده بالتهى عن النجس: النهى عن أكله، ومراده بالنص: ما ورد من المنع عن الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السقف، فانظر إلى صراحه كلامه في أنّ المحرم من الدهن المتنجس بعد الأكل والشرب خصوص الاستضاءه تحت الظل، للنص. وهو المطابق لما حكاه المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد عنه قدس سره في بعض فوائده: من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس في جميع ما يتصور من فوائده.

وقال المحقق والشهيد الثانيان في المسالك وحاشيه الإرشاد، عند قول المحقق والعلامة رحمهما الله: تجب إزالة النجاسة عن الأواني: إنّ هذا إذا استعملت في ما يتوقف استعماله على الطهارة، كالأكل والشرب.

وسأتي عن المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد في مسأله الانتفاع بالأصباغ الشرح:

المستحسنه منها، ولا يناسب مدحه مجرد أنه أحلّ المأكولات الطاهره وحرم أكل الأشياء النجسه.

المتنجسه ما يدل على عدم توقّف جواز الانتفاع بها على الطّهاره.

وفى المسالك فى ذيل قول المحقّق قدس سره : وكلّ مائع نجس عدا الأدهان قال: لا فرق فى عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطّهاره بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه وعدمه، ولا بين الإعلام بحالها وعدمه، على ما نصّ عليه الأصحاب. وأمّا الأدهان المتنجسه بنجاسه عارضيه كالزيت تقع فيه الفأره فيجوز بيعها لفائده الاستصباح بها و إنّما خرج هذا الفرد بالنصّ، و إلاّ فكان ينبغى مساواتها لغيرها من المائعات المتنجسه التى يمكن الانتفاع بها فى بعض الوجوه.

وقد ألحق بعض الأصحاب بيعها للاستصباح بيعها لتعمل صابوناً أو يُطلى به الأجرى ونحو ذلك.

ويشكل بأنّه خروج عن مورد النصّ المخالف للأصل، فإنّ جاز لتحقّق المنفعه، فينبغى مثله فى المائعات النجسه التى ينتفع بها، كاللبس يطعم النحل وغيره، انتهى.

ولا- يخفى ظهوره فى جواز الانتفاع بالمتنجس، وكون المنع من بيعه لأجل النصّ، يقتصر على مورده. وكيف كان، فالمتتبع فى كلام المتأخّرين يقطع بما استظهرناه من كلماتهم.

والذى أظنّ وإن كان الظنّ لا يعنى لغيرى شيئاً أنّ كلمات القدماء ترجع إلى ما ذكره المتأخّرون، وأنّ المراد بالانتفاع فى كلمات القدماء: الانتفاعات الرّاجعه إلى الأكل والشّرب، وإطعام الغير، وبيعه على نحو بيع ما يحلّ أكله.

ثمّ لو فرضنا مخالفه القدماء كفى موافقه المتأخّرين فى دفع الوهن عن الأصل والقاعده السّالمين عمّا يرد عليهما.

ثمّ على تقدير جواز غير الاستصباح من الانتفاعات، فالظاهر جواز بيعه لهذه الانتفاعات، وفاقاً للشّهد والمحقّق الثّانى رحمهما الله

قال الثانی فی حاشیہ الإرشاد فی ذیل قول العلامة رحمه الله : إلاّ الدّهْن للاستصباح: إنّ فی بعض الحواشی المنسوبه إلى شیخنا الشّهید أنّ الفائده لا تنحصر فی ذلك، إذ مع فرض فائده أُخرى للدّهْن لا تتوقّف علی طهارته یمکن بیعها لها، کاتّخاذ الصّابون منه، قال: وهو مروی، ومثله طلی الدوابّ.

أقول: لا بأس بالمصیر إلى ما ذكره شیخنا، وقد ذكر أنّ به روايه، انتهى.

أقول: والزوايه إشاره إلى ما عن الرّاوندی فی کتاب النوادر بإسناده عن أبی الحسن موسى بن جعفر علیه السلام ، وفيه: «سئل علیه السلام عن الشّحم یقع فیهِ شیء له دم فیموت؟ قال علیه السلام : تبعه لمن یعمله صابوناً . . . الخبر».

ثمّ لو قلنا بجواز البیع فی الدّهْن لغير المنصوص من الانتفاعات المباحه، فهل یجوز بیع غیره من المنتجّسات المنتفع بها فی المنافع المقصوده المحلّله كالصّیغ والطّین ونحوهما ، أم یقتصر علی المنتجّس المنصوص وهو الدّهْن غایه الأمر التعدّی من حیث غایه البیع [۱] إلى غیر الاستصباح؟ إشکال: من ظهور استثناء الدّهْن [۲]. فی کلام المشهور فی عدم جواز بیع ما عداه، بل عرفت من المسالك نسبه عدم الفرق بین ما له منفعه محلّله وما لیست له إلى نصّ الأصحاب.

الشرح:

[۱] أى لا یعتبر فی صحه بیع الدهن المنتجّس قصد الاستصباح فقط، بل یجوز بیعه لغایه أُخرى من قصد طلی الأجرّب أو صنع الصابون ونحوهما.

[۲] هذا وجه؛ لعدم جواز بیع سائر المنتجّسات، والمراد الظهور الإطلاقى، أى عدم عطف منتجّس آخر علی الدهن فی کلماتهم، حیث إنّ مقتضاه عدم التزامهم بجواز البیع فی سائر المنتجّسات حتّى مع تحقّق النفع لها.

ص: ۱۱۲

ومما تقدّم في مسأله جلد الميتة [١] من أنّ الظاهر من كلمات جماعه من القدماء والمتأخرين كالشيخ في الخلاف وابن زهره والعلامة وولده والفاضل المقداد والمحقق الثاني وغيرهم دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به وعدمه، إلا ما خرج بالنص كآليات الميتة مثلاً أو مطلق نجس العين، على ما سيأتى من الكلام فيه.

وهذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس وهى القاعدة المستفاده من قوله عليه السلام فى روايه تحف العقول: «إنّ كلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات، فذلك كلّه حلال» وما تقدّم من روايه دعائم الإسلام من حلّ بيع كلّ ما يباح الانتفاع به.

وأما قوله تعالى: «فَأَجْتَبَيْهِ» وقوله تعالى: «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ» فقد عرفت أنّهما لا يدلّان على حرمة الانتفاع بالمتنجس، فضلاً عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع.

الشرح:

[١] هذا وجه؛ لجواز بيع سائر المتنجسات التى لها منفعة محلّله كالدهن، حيث يظهر من كلماتهم فى تلك المسأله أنّ جواز البيع دائر مدار تحقّق المنفعة المحلّله، إلا أن يقوم دليل خاصّ على عدم جواز البيع حتى مع تلك المنفعة، كما فى الآليات المقطوعه من الغنم، فإنّه لا يجوز بيعها مع جواز الإسراج بها أو عملها صابوناً، وكذا لا يجوز بيع مطلق نجس العين على كلام يأتى حتى مع جواز الانتفاع بها. ويقتضى أيضاً جواز بيع سائر المتنجسات استصحاب الحكم الثابت لها قبل التنجس، حيث كان بيعها جائزاً وبعد التنجس الأصل بقاؤها على حالها، والجواز قبل التنجس مقتضى القاعدة المستفاده من روايه «تحف العقول» وغيرها، وهى كون المناط فى جواز بيع الشيء حصول الصلاح فيه.

ص: ١١٣

ومن ذلك يظهر عدم صحّحه الاستدلال في ما نحن فيه بالنهي في روايه تحف العقول عن بيع شيء من وجوه النجس بعد ملاحظه
تعليل المنع فيها بحرمة الانتفاع، ويمكن حمل كلام من أطلق المنع [١] عن بيع النجس إلا الدهن لفائده الاستصباح على إرادته
المائعات النجسه التي لا ينتفع بها في غير الأكل والشرب منفعه محلله مقصوده من أمثالها.

ويؤيده: تعليل استثناء الدهن بفائده الاستصباح، نظير استثناء بول الإبل للاستشفاء، وإن احتمل أن يكون ذكر الاستصباح لبيان ما
يشترط أن يكون غايه للبيع.

قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة قدس سره: إلا الدهن المنتجس لتحقق فائده الاستصباح به تحت السّماء خاصه .
قال: وليس المراد ب «خاصه» بيان الشرح:

[١] هذا جواب عن الوجه المتقدم؛ لعدم جواز بيع سائر المنتجسات، وحاصله أن قولهم: لفائده الاستصباح، تعليل للاستثناء لا قيد
لبيع الدهن المنتجس بمعنى أنه يجوز لتحقق المنفعه المحلله وهي الاستصباح بيع الدهن المنتجس، نظير ما يقال: يجوز لتحقق
الاستشفاء ببول الإبل بيعه.

نعم، يحتمل أن يكون لفائده الاستصباح في كلامهم قيماً وغيه للبيع، وحيث إن الغايه تكون في القصد مقديماً وفي الحصول
مؤخراً يكون معنى كلامهم جواز بيع الدهن المنتجس لغايه الاستصباح وقصده، ولكن يؤيد أن قولهم: للاستصباح، تعليل
للاستثناء لا غايه وقيد لبيع الدهن ما ذكر في «جامع المقاصد» في شرح قول العلامة، ما حاصله أن قول العلامة: للاستصباح تحت
السّماء خاصه، تعليل للاستثناء لا قيد للبيع لتكون في كلامه دلالة على حصر جواز البيع بفائده الاستصباح، وأن قول العلامة
خاصه راجع إلى اعتبار كون الاستصباح تحت السّماء فلا يجوز تحت السقف، لا أنه لا يجوز بيع الدهن لسائر المنافع.

وقد ذكر شيخنا الشهيد في حواشيه: أنّ في روايه جواز اتّخاذ الصابون من الدّهْن المتنجّس، وصرّح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصوّر من فوائده كطلى الدوابّ. إن قيل: إنّ العبارة تقتضى حصر الفائده، لأنّ الاستثناء فى سياق النفي يفيد الحصر، فإنّ المعنى فى العبارة: إلّا- الدّهْن المتنجّس لهذه الفائده. قلنا: ليس المراد ذلك، لأنّ الفائده بيان لوجه الاستثناء، أى: إلّا الدّهْن لتحقّق فائده الاستصباح، وهذا لا يستلزم الحصر، ويكفى فى صحّه ما قلنا تطرّق الاحتمال فى العبارة المقتضى لعدم الحصر، انتهى.

وكيف كان فالحكم بعموم كلمات هؤلاء [١] لكلّ مائع متنجّس مثل الطّين والجصّ المائعين، والصبغ، وشبه ذلك محلّ تأمل.

وما نسبه فى المسالك من عدم فرقهم فى المنع عن بيع المتنجّس بين ما يصلح للانتفاع به وما لا يصلح فلم يثبت صحّته، مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطه الحكم فى كلامهم مدار الانتفاع. ولأجل ذلك استشكل المحقّق الثّانى فى حاشيه الإرشاد فى ما ذكره العلّامه بقوله: ولا- بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطّهارة حيث قال: مقتضاه أنّه لو لم يكن قابلاً للطّهارة لم يجر بيعه، وهو مشكل، إذ الأصباغ المتنجّسه لا- تقبل التّطهير عند الأكثر، والظاهر جواز بيعها، لأنّ منافعتها لا تتوقّف على الطّهارة، اللهمّ إلّا- أن يقال: إنّها تؤول إلى حاله يقبل معها التّطهير، لكن بعد جفافها، بل ذلك هو المقصود منها، فاندفع الإشكال.

الشرح:

[١] يعنى: استثنى جماعه كما مرّ الدّهْن المتنجّس لفائده الاستصباح من عدم جواز بيع النجس، والحكم بأنّ مقتضى اقتصارهم فى الاستثناء على الدّهْن هو عدم

أقول: لو لم يعلم من مذهب العلامة دوران المنع عن بيع المتنجس مدار حرمه الانتفاع لم يرد على عبارته إشكال، لأنّ المفروض حينئذٍ التزامه بجواز الانتفاع بالأصباغ مع عدم جواز بيعها، إلاّ- أن يرجع الإشكال إلى حكم العلامة وأنه مشكل على مختار المحقق الثاني، لا إلى كلامه، وأنّ الحكم مشكل على مذهب المتكلم، فافهم.

ثمّ إنّ ما دفع به الإشكال من جعل الأصباغ قابله للطهاره إنّما ينفع في خصوص الأصباغ. وأمّا مثل بيع الصابون المتنجس، فلا يندفع الإشكال عنه بما ذكره. وقد تقدّم منه سابقاً جواز بيع الدّهن المتنجس ليعمل صابوناً، بناءً على أنّه من فوائده المحلّله.

مع أنّ ما ذكره من قبول الصبغ التطهير بعد الجفاف محلّ نظر، لأنّ المقصود الشّرح:

جواز بيع سائر المائعات النجسه حتّى مع حلّ الانتفاع المعتدّ به بها محلّ تأمل، وإن ذكر ذلك في «المسالك» وقال: إنّ القوم لم يفرّقوا في عدم جواز بيع النجس بين ما يكون له نفع أولاً.

ووجه التأمّل هو الملازمه بين حلّ الانتفاع المزبور وجواز البيع، وباعتبار هذه الملازمه أورد المحقق الثاني في حاشيه «الإرشاد» على كلام العلامة، أي على قوله: ولا- بأس ببيع ما عرض له التنجس مع قبوله الطهاره بمثل الأصباغ المتنجسه، فإنّها لا تقبل التطهير ومع ذلك يجوز بيعها باعتبار عدم توقّف الانتفاع بها على طهارتها. والمحقق وإن أجاب عن إirاده بأنّ الأصباغ بعد جفافها قابله للتطهير، إلاّ- أنّه لو لم تكن ملازمه بين جواز الانتفاع وجواز البيع لما صحّ الإيراد والجواب، اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّ إيراد المحقق الثاني على العلامة مبنيّ على مختاره، وهو قبول الملازمه بين الجوازين، وليس مراده أنّ الحكم الذي ذكره العلامة مشكل حتّى عند العلامة.

من قبوله الطهاره قبولها قبل الانتفاع، وهو مفقود فى الأصباغ، لأنّ الانتفاع بها وهو الصبغ قبل الطهاره. وأمّا ما يبقى منها بعد الجفاف وهو اللون فهى نفس المنفعه لا الانتفاع[١] مع أنّه لا يقبل التطهير، وإنّما القابل هو الثوب.

بقى الكلام فى حكم نجس العين، من حيث أصله حلّ الانتفاع به فى غير ما ثبتت حرمة، أو أصله العكس.

فاعلم أنّ ظاهر الأكثر أصله حرمة الانتفاع بنجس العين، بل ظاهر فخر الدّين فى شرح الإرشاد والفاضل المقداد: الإجماع على ذلك، حيث استدلاً على عدم جواز بيع الأعيان النّجسه بأنّها محرّمه الانتفاع، وكلّ ما هو كذلك لا يجوز بيعه، قالوا: أمّا الصغرى فإجماعيه.

ويظهر من الحدائق فى مسأله الانتفاع بالدّهن المتنجّس فى غير الاستصباح نسبه ذلك إلى الأصحاب.

ويدلّ عليه ظواهر الكتاب والسّنّه: مثل قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ»، بناءً على ما ذكره الشّيخ والعلّامه من إرادته جميع الانتفاعات وقوله تعالى: «إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» الدالّ على وجوب اجتناب كلّ رجس، وهو نجس العين.

الشرح:

[١] يعنى: مراد العلّامه من المتنجّس الّذى يقبل التطهير قبوله للطهاره قبل الانتفاع به ولا يقبل الصبغ الطهاره قبل الانتفاع به، حيث إنّ اللون الباقي بعد غسل الثوب منفعه لا انتفاع بها، والمنفعه اسم مصدر والانتفاع مصدر.

والحاصل: أنّ الأصباغ قابله للطهاره بعد الانتفاع بها، بل إنّها لا تقبل التطهير حتّى بعد الانتفاع، حيث إنّ القابل للطهاره هو الثوب الّذى كان متنجّساً بملاقاه ذلك الصبغ لا أجزاء ذلك الصبغ.

ص: ١١٧

وقوله تعالى: «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ»، بناءً على أن هجره لا يحصل إلا بالاجتناب عنه مطلقاً.

وتعليقه عليه السلام في روايه تحف العقول حرمه بيع وجوه النجس بحرمه الأكل والشرب والإمساك وجميع التقلبات فيه.

ويدلّ عليه أيضاً كلّ ما دلّ من الأخبار والإجماع على عدم جواز بيع نجس العين، بناءً على أن المنع من بيعه لا يكون إلا مع حرمه الانتفاع به.

هذا ولكن التأمل يقضى بعدم جواز الاعتماد في مقابله أصاله الإباحه، على شيء مما ذكر.

أما آيات التحريم والاجتناب والهجر، فلظهورها في الانتفاعات المقصوده في كلّ نجس بحسبه، وهي في مثل الميتة: الأكل، وفي الخمر: الشرب، وفي الميسر: اللعب به، وفي الأنصاب والأزلام: ما يليق بحالهما. وأمّا روايه تحف العقول، فالمراد بالإمساك والتقلّب فيه ما يرجع إلى الأكل والشرب، وإلا فسيجيء الاتّفاق على جواز إمساك نجس العين لبعض الفوائد. وما دلّ من الإجماع والأخبار على حرمه بيع نجس العين قد يدعى اختصاصه بغير ما يحلّ الانتفاع المعتدّ به، أو يمنع استلزامه لحرمه الانتفاع، بناءً على أن نجاسه العين مانع مستقلّ عن جواز البيع من غير حاجه إلى إرجاعها إلى عدم المنفعة المحلّله. وأمّا توهم الإجماع، فمدفوع بظهور كلمات كثير منهم في جواز الانتفاع في الجملة.

قال في المبسوط: إنّ سرجين ما لا يؤكل لحمه وعذره الإنسان وخرؤ الكلاب لا يجوز بيعها، ويجوز الانتفاع بها في الزروع والكروم وأصول الشجر بلا خلاف، انتهى.

وقال العلامة في التذكرة: يجوز اقتناء الأعيان النجسه لفائده ونحوها في القواعد وقزره على ذلك في جامع المقاصد، وزاد عليه قوله: لكن هذه لا تصيرها

مالاً بحيث يقابل بالمال.

وقال في باب الأَطعمه والأشربه من المختلف: إنَّ شعر الخنزير يجوز استعماله مطلقاً، مستدلاً بأنَّ نجاسته لا تمنع الانتفاع به، لما فيه من المنفعة الخالية عن ضرر عاجل وآجل.

وقال الشهيد في قواعده: النَّجاسه ما حَرَّمَ استعماله في الصلاه والأغذيه، للاستقذار، أو للتوصّل بها إلى الفرار ثم ذكر أنّ قيد الأغذيه لبيان مورد الحكم، وفيه تنبيه على الأشربه، كما أنّ في الصلاه تنبيهاً على الطّواف، انتهى. وهو كالنصّ في جواز الانتفاع بالنّجس في غير هذه الأمور.

وقال الشَّهيد الثَّاني في الروضه عند قول المصنّف في عداد ما لا يجوز بيعه من النَّجاسات: والدم، قال: وإن فرض له نفع حكّمي كالصّبغ، وأبوال وأرواث ما لا يؤكل لحمه، وإن فرض لهما نفع.

فإنّ الظاهر أنّ المراد بالنفع المفروض للدمّ والأبوال والأرواث هو النفع المحلّل، وإلا لم يحسن ذكر هذا القيد في خصوص هذه الأشياء دون سائر النَّجاسات، ولا ذكر خصوص الصّبغ للدمّ، مع أنّ الأكل هي المنفعة المتعارفه المنصرف إليها الإطلاق في قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالدَّمُ» والمسوق لها الكلام في قوله تعالى: «أَوْ دَمًا مَشْفُوحًا».

وما ذكرنا هو ظاهر المحقّق الثَّاني، حيث حكى عن الشهيد، أنّه حكى عن العلامة: جواز الاستصباح بدهن الميته. ثم قال: «وهو بعيد، لعموم النّهي عن الانتفاع بالميته»، فإنّ عدوله عن التعليل بعموم المنع عن الانتفاع بالنّجس إلى ذكر خصوص الميته يدلّ على عدم العموم في النّجس.

وكيف كان، فلا يبقى بملاحظه ما ذكرنا وثوق بنقل الإجماع المتقدّم عن شرح الإرشاد والتنقيح الجابر لروايه تحف العقول الثَّاهيه عن جميع التقلّب في

النَّجَس، مع احتمال أن يراد من جميع التقلُّب [١] جميع أنواع التعاطى لا الاستعمالات ويراد من «إمساكه» إمساكه للوجه المحرّم، ولعلّه للإحاطه بما ذكرنا اختار بعض الأساطين في شرحه على القواعد جواز الانتفاع بالنَّجَس كالمتنجّس لكن مع تفصيل لا يرجع إلى مخالفه [٢] في محلّ الكلام.

فقال: ويجوز الانتفاع بالأعيان النَّجسه والمتنجّسه في غير ما ورد النصّ بمنعه، كالميته النَّجسه التي لا يجوز الانتفاع بها فيما يسمّى استعمالاً عرفاً، للأخبار والإجماع، وكذا الاستصباح بالدّهن المتنجّس تحت الظلال. وما دلّ على المنع من الانتفاع بالنَّجَس والمتنجّس مخصوص أو منزّل على الانتفاع الدالّ على عدم الاكتراث بالدّين وعدم المبالاه. وأمّا من استعمله ليغسله فغير مشمول للأدلّه ويبقى على حكم الأصل، انتهى.

والتقييد بما يسمّى استعمالاً في كلامه رحمه الله لعلّه لإخراج مثل الإيقاد بالميته، وسدّ ساقية الماء بها، وإطعامها لجوارح الطّير، ومراده سلب الاستعمال المضاف إلى الميته عن هذه الأمور، لأنّ استعمال كلّ شيء إعماله في العمل المقصود منه عرفاً، فإنّ إيقاد الباب والشرير لا يسمّى استعمالاً لهما.

لكن يشكّل بأنّ المنهَى عنه في النصوص الانتفاع بالميته الشّامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف في الشّيء، ولذا قيّد هو قدس سره [٣] الانتفاع بما يسمّى استعمالاً.

الشرح:

[١] أى: جميع أنواع تناول كالأكل أو الشرب بلا طبخ أو معه ومع خلطه بشيء آخر وعدمه . . . إلى غير ذلك، كما أنّ المراد من إمساكه إمساكه للأكل أو الشرب.

[٢] أى لا يكون تفصيله تحريماً للانتفاع بالنجس رأساً.

[٣] أى حيث إنّ الممنوع في النصوص الانتفاع بالميته ذكر في كلامه الانتفاع

نعم، يمكن أن يقال: إن مثل هذه الاستعمالات لا تعدّ انتفاعاً، تنزيلاً لها منزله المعدوم، ولذا يقال للشيء: إنه ممّا لا ينتفع به، مع قابليته للأمر المذكور. فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصوده التي تعدّ غرضاً من تملك الميتة لولا كونها ميتة، وإن كانت قد تملك لخصوص هذه الأمور، كما قد يشتري اللحم لإطعام الطيور والسباع، لكنّها أغراض شخصيّة، كما قد يشتري الجلاب لإطفاء النار، والباب للإيقاد والتسخين به.

قال العلامة في النّهاية في بيان أنّ الانتفاع ببول غير المأكول في الشرب للدواء منفعه جزئيه لا يعتدّ بها قال: إذ كلّ شيء من المحرّمات لا يخلو عن منفعه كالخمر للتخليل، والعدره للتسميد، والميتة لأكل جوارح الطير ولم يعتبرها الشارع، انتهى.

ثمّ إنّ الانتفاع المنفّى في الميتة [١] وإن كان مطلقاً في حيز النّفى، إلّا أنّ اختصاصه بما ادّعيناه من الأغراض المقصوده من الشّيء دون الفوائد المترتبه عليه من دون أن تعدّ مقاصد ليس من جهه انصرافه إلى المقاصد حتّى يمنع انصراف المطلق في حيز النّفى. بل من جهه التّسامح والادّعاء العرفي تنزيلاً للموجود منزله المعدوم فإنّه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها: إنّها ممّا لا ينتفع به، وممّا ذكرنا ظهر الحال في البول والعدره والمنى، فإنّها ممّا لا ينتفع بها، وإن استفيد منها بعض الفوائد، كالتّسميد والإحراق كما هو سيره بعض الجصاصين من العرب كما يدلّ عليه وقوع السّؤال في بعض الزوايات عن الشّرح:

أولاً، ثمّ قيده بما يسمّى استعمالاً، وإلّا كان المناسب أن يقول: كالميتة التي لا يجوز استعمالها.

[١] أى ما ورد من أنّ الميتة لا ينتفع بها لا يعمّ جعل الميتة وقوداً أو سدّاً لساقه

الجصّ يوقد عليه العذره وعظام الموتى ويجصّص به المسجد. فقال الإمام عليه السلام: «إنّ الماء والنّار قد طهّراه»، بل فى الرّوايه إشعار بالتّقرير [١] [فتفتن].

وأما ما ذكره من تنزيل ما دلّ على المنع عن الانتفاع بالنّجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدّين وعدم المبالاه لا من استعمله ليغسله فهو تنزيل بعيد. نعم يمكن أن ينزل [٢] على الانتفاع به على وجه الانتفاع بالطّاهر، بأن يستعمله على وجه يوجب تلوّث بدنه وثيابه وسائر آلات الانتفاع كالصّيبغ بالدمّ وإن بنى على غسل الجميع عند الحاجه إلى ما يشترط فيه الطّهارة، وفى بعض الرّوايات إشاره إلى ذلك.

ففى الكافى بسنده عن الوشاء، قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: جُعِلت فِدَاك إنّ أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها، فقال: حرام، هى ميتة، فقلت: جعلت فداك فيستصبح بها؟ فقال: أما علمت أنّه يصيب اليد والثوب وهو حرام؟ بحملها على حرمة الاستعمال على وجه يوجب تلوّث البدن والثياب.

الشرح:

الماء، وليس وجه عدم العموم انصراف الانتفاع بالميتة إلى الانتفاع بها فى المنافع المقصوده منها كالأكل فى المأكول والشرب فى المشروب ونحوهما، حتى يقال: إنّ مثل النكره الواقعه فى حيّز النفى أو النهى لا- ينصرف إلى بعض أفرادها، بل وجه عدم العموم عدم عدّ مثل سدّ ساقية الماء بها انتفاعاً بها، لا أنّه انتفاع ولكنه غير مقصود، كالإسراج بدهن اللوز، حيث أنّه إذا ورد فى خطاب أنّه لا ينتفع بدهن اللوز المتنجّس فلا وجه لدعوى أنّه لا يعمّ الإسراج به.

[١] أى إشعار برضا الإمام عليه السلام باستعمال العذره وعظام الموتى فى بعض المنافع كإحراق الجصّ.

[٢] وحاصله أنّ ما ورد من أنّ الميتة أو غيرها من النجس لا ينتفع بها يراد

وأما حمل الحرام على النجس كما في كلام بعض فلا شاهد عليه.

والزوايه في نجس العين، فلا ينتقض بجواز الاستصباح بالدهن المنتجس، لاحتمال كون مزاوله نجس العين مبعوضه للشارع، كما يشير إليه قوله تعالى: «وَالرُّجْزَ فَاهُجْرًا».

ثم إن منفعه النجس المحلل للأصل أو للنص قد تجعله مالا عرفاً، إلا أنه منع الشرع عن بيعه، كجلد الميتة إذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء كما هو مذهب جماعه مع القول بعدم جواز بيعه، لظاهر الإجماعات المحكيه، وشعر الخنزير إذا جوزنا استعماله اختياراً، والكلاب الثلاثة إذا منعنا عن بيعها. فمثل هذه أموال لا تجوز المعاوضه عليها، ولا يبعد جواز هبتها، لعدم المانع مع وجود المقتضى، فتأمل.

وقد لا- تجعله مالا عرفاً، لعدم ثبوت المنفعه المقصوده منه له وإن ترتب عليه الفوائد، كالميتة التي يجوز إطعامها لجوارح الطير والإيقاد بها، والعذر للتسميد، فإن الظاهر أنها لا تعدّ أموالاً عرفاً، كما اعترف به جامع المقاصد في شرح قول العلامة: ويجوز اقتناء الأعيان النجسه لفائده.

والظاهر ثبوت [١] حق الاختصاص في هذه الأمور الناشئ إما عن الحيازه، الشرح:

استعمالها كاستعمال الطاهر حتى مع البناء على تطهير ما أصابها من اليد والثياب للصلاه، ولا- يُعد في الالتزام بحرمه هذا الاستعمال تكليفاً في الأعيان النجسه، كما يظهر ذلك من روايه الوشاء، ويشير إليه قوله سبحانه: «وَالرُّجْزَ فَاهُجْرًا»، نعم لا بأس بمثل هذا الاستعمال في المنتجسات كاستعمال الدهن المنتجس بنحو يوجب تلويث الثوب والبدن.

[١] وحاصل ما ذكره رحمه الله في المقام أن من الأعيان النجسه ما ينتفع بها ولكن

و إما عن كون أصلها مالاً للمالك، كما لو مات حيوان له، أو فسد لحم اشتراه للأكل على وجه خرج عن المائيه.

والظاهر جواز المصالحة على هذا الحقّ بلا عوض، بناءً على صحّحه هذا الصّيح، بل ومع العوض، بناءً على أنّه لا يعدّ ثمنًا لنفس العين حتّى يكون سحتًا بمقتضى الأخبار.

الشرح:

باعتبار عدم كون ذلك الانتفاع مقصوداً للعقلاء أصلاً لا يوجب ماليتها، وفي هذا القسم يثبت حقّ الاختصاص، ومنشأ ثبوت هذا الحقّ كون العين فى السابق مالاً للمالك، كما فى الخلّ المنقلب إلى الخمر، أو حيازه تلك الأعيان وأخذها، كما فيما إذا جمع العذره حتّى صارت من الكثره بحيث ينتفع بها فى المزارع والبساتين. وكيف كان، فلا بأس بالمصالحة على ذلك الحقّ بعوض ولا- يعدّ ذلك العوض ثمنًا لعين النجس حتّى يكون سحتًا، وأولى منها أخذ المال لرفع يده عن تلك العين، وبعد الإعراض يحوزها باذل المال، ومن هذا النحو بذل المال لمن يسبق إلى الأمكنه المشتركه، كما إذا جلس فى مكان المسجد أو السوق، أو يسبق إلى غرقه فى المدرسه فلآخر بذل مال له؛ ليرفع يده عن المكان أو الغرقه حتّى يسبق إليهما الباذل. وأولى من ذلك ما إذا جمع العذره فى مكانه المملوك، وأخذ المال حتى يأذن للباذل بدخول ذلك المكان لأخذ العذره مجاناً.

ثم إنّه يعتبر فى ثبوت حقّ الاختصاص بالحيازه أن يكون قصد الحائز الانتفاع بتلك العين كما يعتبر فى ثبوت الحقّ بالسبق إلى المشتركات الانتفاع بذلك المكان بما يناسبه، ففى السوق الانتفاع به بالكسب فيه، وفى المدرسه الانتفاع بها بالسكنى، وفى المساجد والمشاهد الانتفاع بها للعباده ونحوها. وأمّا إذا كان قصده إشغال المكان فى المسجد أو السوق أو المدرسه حتّى يأخذ من الغير مالاً ليرفع يده عنه، فلا يوجب

ص: ١٢٤

قال في التذكرة: ويصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم، والزيت النجس لإشعاله تحت السماء، والزبل للانتفاع بإشعاله والتسميد به، وجلد الميتة إن سوغنا الانتفاع به والخمر المحترمه، لثبوت الاختصاص فيها، وانتقالها من يد إلى يد بالإرث وغيره، انتهى.

والظاهر أن مراده بغير الإرث: الصلح الناقل، وأما اليد الحادثة بعد إعراض اليد الأولى فليس انتقالاً.

الشرح:

سبقة حقاً، وعلى ذلك فإن لم يكن قصد من جمع العذرة الانتفاع بها بالبساتين مثلاً، فلا يثبت له حق الاختصاص، فالمتعين في حقه ما ذكر أخيراً من جمع العذرة في مكانه المملوك، وأخذ المال لإذنه في الدخول فيه.

أقول: يمكن أن يقال: إن النهي عن المعاملة على الشيء أو عدّ ثمنه سحناً مقتضاه سقوط ذلك الشيء عن المالك شرعاً، لا سقوطه عن كونه ملكاً أيضاً، والملك أعّم من المال، حيث يكون الملك من غير كونه مالاً، كما في الحبة والحبتين من الحنطة أو قليل من التراب ونحوه، فيترتب عليه آثار الملك من عدم جواز التصرف فيه بلا رضا مالكه، ولا يثبت مثل ضمان التلف في اليد أو الإتلاف فإنه من آثار كون الشيء مالاً.

والحاصل: أنه لم يعلم الفرق بين الحبة والحبات من مثل الحنطة وبين الخمر الممكن انقلابه إلى الخل في كون الأول ملكاً، والثابت في الثاني حقاً؛ ليقال: لا- دليل على حدوث هذا الحق بعد زوال الملك والمال، بل الظاهر ولا أقل من أن مقتضى الاستصحاب كون الموجود فعلاً هو ملك من كان له في السابق.

وعلى ذلك فلا- بأس في مثل الخمر المزبور بالمصالحة على عوض أو أخذ المال للإعراض عنها، حتى يملكها باذل المال بالحيازه، حيث إن المنهى عنه بيعها والسحت

لكنّ الإنصاف: أنّ الحكم مشكل، نعم، لو بذل مالاً على أن يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسناً، كما يبذل الرجل المال على أن يرفع اليد عمّا في تصرّفه من الأمكنه المشتركة، كمكانه من المسجد والمدرسه والسوق.

وذكر بعض الأساطين بعد إثبات حقّ الاختصاص: أنّ دفع شيء من المال لافتكاكه يشكّ في دخوله تحت الاكتساب المحظور، فيبقى على أصاله الجواز.

الشرح:

ثمنها والمصالحة والإعراض لا يكونان بيعاً، والعوض فيهما لا يكون ثمناً.

اللهم إلا أن يقال: مقتضى سقوط الشيء عن المائيه شرعاً كونه كسائر ما لا تكون له مائيه في اعتبار العقلاء، وأنّ أخذ المال ولو بعنوان المصالحة عليه أو الإعراض عنه أكل لذلك المال بالباطل، وأيضاً لا بأس بالالتزام بحدوث الملك بالحيازه في المباحات القابله للنقل أو المملوكه بعد إعراض مالكها عنها، وأنّ الأخذ في مثل ذلك يكون موجباً لدخولها في ملك آخذها. وعلى ذلك سيره العقلاء، بل ربّما يمكن أن يقال باستفاده ذلك من صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها ممّا لم يتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقه حتّى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا- سبيل له عليها، وإنّما هي مثل الشيء المباح»^(١)، ولكن مفادها التملك بالإحياء لا بمجرد الأخذ، وهذه الروايه نظير ماورد في الأراضى الميتة من كون إحيائها مملكاً كما لا يخفى.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ الاستيلاء على العذره وجمعها بقصد تملكها موجب لكونها ملكاً فيجوز المصالحة عليها أو الإعراض عنها بعوض، حتّى إذا كان الغرض من جمعها ذلك، وحتّى فيما إذا لم نقل بجواز بيعها. هذا إن لم نقل بما أشرنا

ص: ١٢٦

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٥٨، الباب ١٣ من كتاب اللقطه، الحديث ٢.

النوع الثاني مما يحرم الاكتساب به

ثم إنه يشترط في الاختصاص بالحيازه قصد الحائز للانتفاع، ولذا ذكروا: أنه لو علم كون حيازه الشخص للماء والكلاً لمجرد العبث، لم يحصل له حق، وحينئذٍ فيشكل الأمر في ما تعارف في بعض البلاد من جمع العذرات، حتى إذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها في البساتين والزرع يُبذل له مال فأخذت منه، فإن الظاهر بل المقطوع أنه لم يحزها للانتفاع بها، وإنما حازها لأخذ المال عليها. ومن المعلوم: أن حلّ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقّف على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه في المقام. وكذا لو سبق إلى مكان من الأمكنة المذكوره من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى.

نعم، لو جمعها في مكانه المملوك، فبذل له المال على أن يتصرّف في ذلك المكان بالدخول لأخذها، كان حسناً كما أنه لو قلنا بكفايه مجرد قصد الحيازه في الاختصاص وإن لم يقصد الانتفاع بعينه وقلنا بجواز المعاوضه على حق الاختصاص كان أسهل.

النوع الثاني: ممّا يحرم التّكسّب به ما يحرم [١] لتحريم ما يُقصد به وهو على أقسام:

الشرح:

إليه من أن مقتضى إلغاء الماليه عنها كون أكل المال ولو بعنوان المصالحه عليها أو الإعراض عنها من أكله بالباطل، كما في سائر ما لا يكون مالاً في اعتبار العقلاء كما لا يخفى.

[١] الكلام في النوع الأول كان في أن نجاسه الشيء بالأصالة أو بالعرض هل تكون موجه لعدم جواز الاكتساب به بحيث يكون الحكم بجواز البيع في مورد محتاجاً إلى قيام دليل عليه، كما هو منسوب إلى المشهور، بل نسب إليهم عدم جواز الانتفاع إلا مع نصّ خاصّ فيه كالإسراج بالأدهان المتنجّسه. أو أن مجرد نجاسه الشيء

القِسْمُ الأوَّل: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاصّ إلا الحرام وهي أمور:

منها: هياكل العبادة المبتدعه كالصّليب والصّينم بلا خلافٍ ظاهر، بل الظاهر الإجماع عليه. ويدلّ عليه مواضع من روايه تحف العقول المتقدّمه ، مثل قوله عليه السلام : «وكلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه».

وقوله عليه السلام : «أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد».

وقوله عليه السلام : «وكلّ منهى عنه ممّا يتقرّب به لغير الله».

الشرح:

أو تنجّسه في موارد ثبوت المنفعة المقصوده لا- يمنع عن الاكتساب به، بل يحتاج المنع إلى دليل خاصّ، والكلام في هذا النوع في أنّ ترتب المنفعة المحرّمه على شيء يكون موجباً لعدم جواز الاكتساب به، وهذا على أقسام أشار إليها:

منها أن لا- تكون المنفعة المترتبه عليه بما هو هو إلا- الحرام، ولا- يكون فيه بما هو غرض محلّل آخر، كما في هياكل العباده وآلات القمار وغيره، ولو لم يكن في هذا القسم للشئء مائيه بحسب مادّته أيضاً، كما في الصنم المصنوع من الجصّ أو الطين، حيث إنّ الطين والجصّ الميّت لا- قيمه لهما فلا- إشكال في بطلان معامله وعدم جواز أخذ المال بإزائه؛ لأنّ انحصار المنفعه المقصوده منه بالمحرّم يكون موجباً لدخول أخذ المال بإزائه في عنوان أكل المال بالباطل. وإذا كانت لمادّته مائيه، كما في الصنم المصنوع من الخشب، فالمعامله عليه بما هو صنم أيضاً باطله، وذلك فإنّ الهيئه المزبوره في نظر العرف مقومه للمبيع، وإن كانت بنظر العقل من أوصافه؛ ولذا لو باع الشئء بعنوان السرير فبان منبراً يحكم ببطلان البيع من غير أن يثبت للمشتري خيار تخلف الوصف، فالهيئه في المقام كسائر الأوصاف المقومه للمبيع داخله في معامله، وبما أنّه ليس لها في مورد الكلام مائيه شرعاً تكون معامله محكومها بالبطلان، باعتبار أنّ تملك العوض معه داخل في عنوان الأكل بالباطل.

وقوله عليه السلام: «إنما حَرَّمَ اللهُ الصناعه التي هي حرام كُلُّها ممَّا يجيء منها الفساد محضاً، نظير المزامير والبرابيط، وكلّ ملهوّ به، والصُّلبان والأصنام... إلى أن قال: فحرام تعليمه وتعلّمه، والعمل به، وأخذ الأجره عليه، وجميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات... الخ».

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّ أكلَ المال في مقابل هذه الأشياء أكلٌ له بالباطل. و إلى قوله صلى الله عليه وآله: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» بناءً على أنّ تحريم هذه الأمور تحريم لمنافعها الغالبه، بل الدائمه، فإنّ الصّليب من حيث إنّه خشب بهذه الهيئه لا ينتفع به إلاّ في الحرام، وليس بهذه الهيئه ممّا ينتفع به في المحلّل والمحرّم، ولو فرض ذلك كان منفعه نادره لا يقدر في تحريم العين بقول مطلق، الذي هو المناط في تحريم الثمن.

الشرح:

ثمّ إنّ المعامله المزبوره لا تكون منحلّه إلى معاملتين بالإضافه إلى المادّه والهيئه، بأن تكون المعامله عليه في نظر العرف نظير بيع شيئين بصفقه واحده حتى يحكم بفسادها بالإضافه إلى الهيئه وبصحتها بالإضافه إلى المادّه؛ ولذا لا تكون المادّه ملكاً لأحد والهيئه ملكاً لآخر. وإذا صنع خشب الغير سريراً فإن كان ذلك بإذن منه فيستحقّ عليه أجره المثل ولا يملك هيئه السرير، فإن لم يأذن فيه، بل صنعه من عنده، فلا يستحقّ عليه شيئاً ولا يملك هيئته، وهذا بخلاف موارد بيع شيئين بصفقه واحده، فإنّه يمكن كون أحدهما ملكاً لشخص والآخر ملكاً لآخر. نعم، في هذه الصوره تكون المعامله عليه بعنوان المادّه بلا دخل للهيئه في أخذ العوض محكوم به بالصحه، فإنّ كون المادّه مالاً - شرعاً وعرفاً يكون موجباً لدخول المعامله عليها تحت الإطلاقات المقتضيه لنفوذها، نظير ما إذا باع مقداراً من الحطب فظهر بعضه صنماً مصنوعاً من الخشب، أو مقداراً من النحاس فظهر بعضه آله قمار مصنوعه منه... وهكذا.

ص: ١٢٩

نعم، لو فرض هيئته خاصه مشتركة بين هيكل العباده وآله أخرى لعمل محلل بحيث لا تعدّ منفعه نادره فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعه المحلّله، كما اعترف به في المسالك، فما ذكره بعض الأساطين من أنّ ظاهر الإجماع والأخبار: أنّه لا فرق بين قصد الجهه المحلّله وغيرها، فلعلّه محمول على الجهه المحلّله التي لا دخل للهيئه فيها، أو النادره التي ممّا للهيئه دخل فيه.

نعم، ذكر أيضاً وفاقاً لظاهر غيره، بل الأكثر أنّه لا فرق بين قصد المادّه والهيئه.

الشرح:

وذكر السيد اليزدي رحمه الله في تعليقه وجهاً آخر لبطلان المعامله في صورته وقوعها على الصنم بما هو صنم، سواء كانت لمادته ماله أو لا، وهو قوله سبحانه: «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ»^(١)، فإنّ بيعها ينافي الاجتناب عنها^(٢). انتهى. لا يقال: ظاهر الاجتناب في الأوثان ترك عبادتها ولا- يعمّ ترك بيعها أو ترك إمساكها، مع أنّ الأمر بالاجتناب تكليف لا وضع، وغايه دلالة الآيه أنّه لو باع الوثن فعل حراماً، وأما فساد البيع فلا دلالة لها عليه.

فإنّه يقال: قد تقدّم سابقاً أنّ الأمر بالاجتناب عن الخمر يعمّ ترك بيعها وشرائها؛ لعدّهما من مقدّمات شربها، خصوصاً إذا كان الشراء بقصد شربها، وعليه فلا يبعد كون الأمر بالاجتناب عن الأوثان أيضاً كذلك، فيعمّ الأمر به ترك بيعها وشرائها، خصوصاً إذا كان الشراء بقصد عبادتها. ثم بما أنّ النهي عن المعامله ظاهر في فسادها يكون الأمر بالاجتناب بالإضافة إلى غير المعامله من سائر الأفعال تكليفاً، وبالإضافه إلى البيع وسائر المعامله وضعاً، ولا مانع من الجمع بين التكليف والوضع في استعمال واحد

ص: ١٣٠

١- (١) سورة الحج: الآيه ٣٠.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ١: ٤٦.

أقول: إن أراد بقصد المادّة كونها هي الباعثه على بذل المال بإزاء ذلك الشّيء وإن كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثّمن هو ذلك الشّيء، فما استظهره من الإجماع والأخبار حسن، لأنّ بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكّل بالشّكل الخاصّ من حيث كونه مالاً عرفاً بذل للمال على الباطل.

الشرح:

كما لا يخفى.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله (١) في وجه بطلان المعامله في موارد دخل الهيئه فيها أنّ الهيئه باعتبار كون المترتب عليها هو الحرام فقط، ليست بشيء عند الشارع، فتكون المعامله عليها من بيع المعدوم.

أقول: هذا منه طال بقاؤه التزام باعتبار المائيه في المبيع، وذلك فإنّه إن كان المراد بنفي الشّيء عن الهيئه عدم تحقّقها خارجاً فالمفروض أنّها موجوده، وإن كان المراد أنّه لا نفع محلّل في تلك الهيئه فلا يكون مالاً عند الشارع، فهذا التزام باعتبار المائيه حتى لا يكون أخذ المال بإزاء تلك الهيئه من أكله بالباطل.

هذا، ويمكن الاستدلال على بطلان بيع الصنم والصليب بفحوى صحيحه عمر بن أذينه قال: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب، فباعه ممّن يتّخذ به، فقال: لا بأس به. وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتّخذ به، قال: لا» (٢)، حيث إنّ ظهور النهي في المعامله فسادها. وإذا كان بيع الخشب للمشتري المزبور باطلاً فكيف يكون بيع الصنم أو الصليب منه صحيحاً؟ ونحوهما معتبره عمرو بن حريث (٣). ولكن سيأتي أنّ مقتضى مناسبه الحكم والموضوع هو كون النهي

ص: ١٣١

١- (١) مصباح الفقاهه ١ : ١٥١، محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ١٦٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٦، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث ٢.

وإن أراد بقصد المادّة كون المبيع هي المادّة، سواء تعلّق البيع بها بالخصوص كأن يقول: بعتك خشب هذا الصّينم أو في ضمن مجموع مرّكب كما لو وزن له وزنه حطب فقال: بعتك، فظهر فيه صنم أو صليب فالحكم ببطان البيع في الأوّل وفي مقدار الصّينم في الثاني مشكل، لمنع شمول الأدلّة لمثل هذا الفرد، لأنّ المتيقّن من الأدلّة المتقدّمه حرّمه المعاوضه على هذه الأمور نظير المعاوضه على غيره من الأموال العرفيّة، وهو ملاحظه مطلق ما يتقوّم به ماله الشئ من المادّة والهيئه والأوصاف.

الشرح:

عن بيع الخشب من المشتري المزبور تكليفاً، وبملاك دفع فساد الشرك وسدّ الطريق إليه كما لا يخفى.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه قد التزم المحقّق الإيراووني(1) بالصحة فيما إذا كانت لمادّة الصنم ماله حتى مع فرض بيعها بعنوان الصنم، وذكر في وجهها أنّ المنفعة المحرّمه لا- توجب بطلان البيع فيما إذا كان في المبيع منفعه محلله مقصوده أيضاً، ولا فرق بين أن يكون كلتا المنفعتين مترتبتين على الهيئه فقط، أو تترتب أحدهما على المادّة والأخرى على الهيئه كما في المقام، فإنّ لمثل الصنم المصنوع من الصفر أو الخشب منفعه محلله باعتبار مادّته ومحرّمه باعتبار هيئته.

ولا- يخفى ما فيه، فإنّه يصحّ البيع فيما إذا كانت المنفعتان مترتبتين على الهيئه، ولا يصحّ فيما إذا كان المترتب عليها هو المحرّم فقط، وذلك فإنّ مع ترتب المنفعتين على الهيئه تكون لها ماله شرعاً، فلا يكون أخذ المال بإزائها من أكله بالباطل، بخلاف ما إذا لم يكن المترتب عليها إلا- الحرام فقط، حيث لا يكون لها في هذا الفرض ماله، فأخذ المال بإزائها أكل له بالباطل. والثلث إن لم يقع بإزاء الهيئه فقط،

ص: ١٣٢

والحاصل: أنّ الملحوظ فى البيع قد يكون ماده الشئ من غير مدخلية الشكل، ألا ترى أنّه لو باعه وزنه نحاس فظهر فيها آنيه مكسوره، لم يكن له خيار العيب، لأنّ المبيع هى الماده. ودعوى أنّ المال هى الماده بشرط عدم الهيئه، مدفوعه بما صرح به من أنّه لو أتلّف الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها.

وحمله على الإلتلاف [١] تدريجاً تمحل، وفى محكى التذكرة أنّه إذا كان لمكسورها قيمه وباعها صحيحه لتكسر وكان المشتري ممّن يوثق بديانته، فإنّه يجوز بيعها على الأقوى. انتهى. واختار ذلك صاحب الكفايه وصاحب الحدائق وصاحب الرياض نافياً عنه الرّيب.

الشرح:

بل بإزاء مجموع الماده والهيئه، إلا أنّ عدم انحلال البيع بالإضافه إليهما يوجب بطلان البيع رأساً، نظير الثمن فى مثل الحيوان، فإنّه وإن وقع فى مقابل المجموع إلا أنّه لا يكون البيع بالإضافه إلى الأجزاء الخارجيه للحيوان انحلالياً.

ويمكن الاستدلال على البطلان فيما كان لماده الصنم بعد محو صورتها ماله بفحوى ما دلّ على بطلان بيع الجاربه المغنيه، حيث إنّ كون الجاربه مغنيه إذا أوجب بطلان بيعها باعتبار أنّ الوصف المزبور ماده ومنشأ فى الغالب للهو الذى فساده دون فساد الشرك، والوصف كما سيأتى لا يقابله الثمن، بل يكون داعياً إلى زيادته، فكيف يصحّ بيع الصنم الذى يقابل فيه الثمن الهيئه التى منشأ فساد عظيم. واستعماله بين قوم فى أمر مباح لا يخرجّه عن كونه إله المشركين ومعبودهم، فلا يجوز بيعه وشراؤه حتى فيما إذا عدّوه من الأشياء العتيقه وأدخروه فى مثل المتاحف لهذا الغرض، ولا يبعد باعتبار كونه ماده لهذا الفساد العظيم الالتزام بوجود محو صورته، كما يظهر من كلماتهم.

قوله قدس سره: [١] بأن يزيل الغاصب هيئتها أولاً ويتلف مادتها بعد ذلك، وهذا

ص: ١٣٣

ولعلّ التقييد في كلام العلامة [١] بكون المشتري مّمن يوثق بديانته لئلا يدخل في باب المساعدة على المحرّم، فإنّ دفع ما يقصد منه المعصية غالباً مع عدم وثوق بالمدفوع إليه تقويه لوجه من وجوه المعاصي، فيكون باطلاً، كما في روايه تحف العقول.

الشرح:

الحمل تمحل، أي تكلف بلا موجب.

قوله قدس سره: [١] وجه المصنّف رحمه الله تقييد جواز بيع المادّه قبل إزاله هيئتها في كلام العلامة بكون المشتري ثقّه في دينه بأنّ دفع هيكل العباده إلى المشتري مع عدم الوثوق بديانته تقويه لوجه من وجوه المعصيه، وظاهر حديث «تحف العقول» بطلان البيع معه.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ بيع المادّه ودفع الهيكل قبل إزاله هيئته إلى المشتري لا- يزيد على الإعانه على الإثم التي بمجردّها لا تكفي فيالحكم بطلان المعامله، فإنّ انطباق العنوان المحرّم على المعامله لا- يكون موجباً لبطلانها، مع أنّ الإعانه إنّما تكون بدفعه إلى المشتري قبل إزاله الهيئه لا- ببيع مادّته ولو قبل إزاله الهيئه، ثم يكسر ويدفع إلى المشتري. ولا- بأس أيضاً بالكسر المزبور بعد البيع وبعد فرض دخوله في ملك المشتري، فإنّ المشتري لا- يملك الهيئه ولا- تكون مالاً بل لا- يبعد أن يقال بوجوب إزاله الهيئه كفايئاً حسماً لمادّه الفساد، وإذا قام به المشتري سقط عن البائع، وإلاّ يباشر بها قبل الدفع مع عدم الثقه.

لا- يقال: لعلّ التقييد في كلام العلامة بكون المشتري موثقاً في ديانته باعتبار عدم جواز بيع المادّه قبل إزاله الهيئه تكليفاً لا وضعاً، فلا يرد عليه ما ذكره المصنّف رحمه الله .

فإنّه يقال: ظاهر قول العلامة: «يجوز بيعها من المشتري المزبور» هو صحته

ص: ١٣٤

لكن فيه مضافاً إلى التأمل في بطلان البيع لمجرد الإعانة على الإثم : أنه يمكن الاستغناء عن هذا القيد بكسره قبل أن يقبضه إياه، فإنَّ الهيئته غير محترمه في هذه الأمور، كما صرَّحوا به في باب الغصب.

بل قد يقال بوجوب إتلافها فوراً، ولا يبعد أن يثبت، لوجوب حسم مادّه الفساد.

وفي جامع المقاصد بعد حكمه بالمنع عن بيع هذه الأشياء و إن أمكن الانتفاع على حالها في غير محرّم منفعه لا تقصد منها قال: ولا أثر لكون رضاؤها الباقي بعد كسرها ممّا ينتفع به في المحلّ ويعدّ مالاً، لأنّ بذل المال في مقابلها وهي على هيئتها بذل له في المحرّم، الذي لا يعدّ مالاً عند الشارع. نعم، لو باع رضاؤها الباقي بعد كسرها قبل أن يكسرها وكان المشتري موثقاً به وأنه يكسرها أمكن القول بصحّه البيع. ومثله باقى الأمور المحرّمه كأوانى التّقددين والصّنم، انتهى.

ومنها: آلات القمار بأنواعه: بلا خلافٍ ظاهراً، ويدلّ عليه جميع ما تقدّم في هياكل العباده [١]

الشرح:

ونفوذ، فينتفى فيما إذا لم يكن المشتري موثقاً في دينه. وهذا ظاهر الجواز أو عدم الجواز المضاف إلى المعاملات، مع أنّ الحرمة تكليفاً في دفع الهيكل إلى المشتري قبل إزاله هيئته لا في نفس البيع.

أقول: لو تمّ الدليل على بطلان بيع الخشب فيما إذا أحرز بائعه أنّ المشتري يصنعه صنماً أو صليباً لكان مقتضاه بطلان بيع مادّه الصنم، مع العلم بأنّ المشتري لا يزيل الهيئته، ولكن سيأتى أنّ عدم جواز بيعه تكليف فقط.

[١] أقول: يأتى في آلات القمار بأنواعها فيما إذا بيعت بعنوان أنّها آله القمار

ويقوى هنا أيضاً جواز بيع المادّه قبل تغيير الهيئه.

الشرح:

ما تقدّم من كون آكل المال فى مقابلها من أكله بالباطل، فيكون بيعها فاسداً حتّى فيما إذا كانت لموادّها بعد إزاله هيئاتها ماليه، وذلك لما تقدّم من عدم انحلال البيع بالإضافه إلى المادّه والصوره إلى بيعين يحكم بصحه أحدهما وبفساد الآخر، وأمّا سائر الوجوه المتقدّمه فلا مجرى لها فى المقام.

نعم، لا- يبعد دعوى العلم فيها أيضاً بوجوب إزاله هيئتها حسماً لمادّه الفساد، وبما أنّ وجوب الإزاله فى آلات القمار مجرد تكليف فلا- يوجب عدم إزالتها فساد البيع حتى فيما إذا علم بأنّ مشتريها لا يزيل الهيئه، ولو باع قبل إزالتها ودفعها إلى المشتري المزبور كما هى فعل حراماً، بخلاف ما إذا أزالها قبل دفعها إليه أو دفع إلى المشتري الذى يثق بأنّه يزيلها؛ لأنّ وجوب الإزاله على تقديره واجب كفائى، يكون قيام المشتري به كافياً فى سقوط التكليف.

ثمّ إنّ هذا لا- يجرى فى مثل أوانى الذهب والفضه حتّى لو قيل بحرمة صنعهما وبفساد بيعهما، وأنّه لا تختص الحرمة بالأكل والشرب فيهما، ووجه عدم الجريان عدم الدليل على وجوب إزاله هيئتهما، ولو باع أحدهما بعنوان الذهب أو الفضة ودفعه إلى المشتري قبل إزاله الهيئه، فلا بأس حتّى مع علمه بأنّ مشتريه لا يزيلها. فما فى كلام جملته من الأصحاب من تسويه حكمهما مع حكم آلات القمار، بل مع حكم الصنم والصليب فيه ما لا- يخفى، بل الأظهر جواز بيعهما بما هى آنيه ذهب أو فضه، وجواز صنعهما وأخذ الأجره عليه؛ لأنّ المحرّم استعمالهما فى الأكل والشرب والطهاره لا الاقتناء والتزيين بهما، والحاصل: أنّ لهما منفعه مقصوده محلّله وباعتبارها تكونان من الأموال، ولتمام الكلام فيهما محلّ آخر.

ص: ١٣٦

وفى المسالك: أنه لو كان لمكسورها قيمه وباعها صحيحه لتكسر وكان المشتري ممن يوثق بديانته ففى جواز بيعها وجهان، وقوى فى التذكرة الجواز مع زوال الصفه [١] وهو حسن، والأكثر أطلقوا المنع، انتهى.

أقول: إن أراد بزوال الصفه: زوال الهيئه، فلا ينبغى الإشكال فى الجواز، ولا ينبغى جعله محلاً للخلاف بين العلامه والأكثر.

ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنه بعوض، فكل ما أعد لها بحيث لا يقصد منه على ما فيه من الخصوصيات غيرها حرمت المعاوضه عليه، وأما المراهنه بغير عوض فيجىء أنه ليس بقمار على الظاهر.

نعم، لو قلنا بحرمتها لحق الآله المعده لها حكم آلات القمار، مثل ما يعملونه شبه الكره [٢] يسمى عندنا «توپه» والصولجان.

الشرح:

[١] إن كان المراد بزوال الصفه زوالها عند البائع بأن يبيع الآلات بعد زوال هيئتها فالأمر كما يذكر المصنف رحمه الله من عدم قائل بعدم الجواز فى الفرض، ولا ينبغى جعله مورد الخلاف بين العلامه وغيره، وإن أراد زوالها عند المشتري بأن يكسرها المشتري فكسرها غير معتبر فى صحه بيعها بعنوان مكسورها كما تقدم، والظاهر مراده الكسر عند المشتري واستفاد ذلك من كلام العلامه بحمل الثقه فيه على الطريقيه.

[٢] الترهه اسم لما يعملونه شبه الكره، والصولجان هو العصا الذى يضربون به الترهه عند اللعب، وحيث لم يكن فى البين رهن لا يدخل اللعب فى القمار حتى يحكم بحرمته، فلا بأس ببيع ما كان من هذا القبيل مما يعد للعب فقط، كان هنا رهن أولاً، ولا يدخل ذلك فى المعامله على الآلات المعده للقمار كما لا يخفى.

ص: ١٣٧

ومنها: آلات اللهو على اختلاف أصنافها بلا خلاف، لجميع ما تقدّم في المسأله السّابقه والكلام فى بيع المادّه كما تقدّم، وحيث إنّ المراد بالآلات اللهو ما أعدّ له، توقّف على تعيين معنى اللهو وحرمة مطلق اللهو، إلا أنّ المتيقّن منه: ما كان من جنس المزامير وآلات الأغانى، ومن جنس الطبول. وسيأتى معنى اللهو و حكمه.

ومنها: أوانى الذهب والفضّه.

إذا قلنا بتحريم اقتنائها وقصد المعاوضه على مجموع الهيئه والمادّه، لا المادّه فقط.

ومنها: الدراهم الخارجه المعموله لأجل غشّ الناس إذا لم يفرض على هيئتها الخاصّه منفعه محلّله معتدّ بها، مثل التزيّن، أو الدّفْع إلى الظّالم الذى يريد مقداراً من المال كالعشّار ونحوه بناءً على جواز ذلك [١] وعدم وجوب إتلاف مثل هذه الشّرح:

[١] أى بناءً على جواز مثل التزيّن بها أو دفعها إلى الظّالم، بأن يجوز إبقاؤها ولا يجب إتلافها، ولا يخفى أنّ مثل الدّفْع إلى الظّالم لا يكون من المنفعه المقصوده الموجهه للماليه. نعم، فائده التزيّن ونحوه من المنفعه المقصوده، كما أشرنا إلى ذلك فى أوانى الذهب والفضّه.

ثمّ إنّ يقع الكلام فى الدراهم أو الدينير المغشوشه، كان غشّها من جهه مادّتها أو سكّتها، بأن كانت السكّه فيها غير التى تكون بها المعامله فى جهتين، الأولى: اقتناؤها، والثانيه: صحه المعامله بها، على تقديرى جواز الاقتناء وعدمه.

أمّا الجهه الأولى، فقد يقال بعدم جواز الاقتناء، ويستدلّ عليه بروايه الجعفى قال: «كنت عند أبى عبدالله عليه السلام، فألقى بين يديه دراهم، فألقى إلّى درهماً منها، فقال: أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: وما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضّه وطبقه من

الدراهم ولو بكسرها من باب دفع مادّة الفساد، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام في روايه الجعفي مشيراً إلى درهم: «إكسر هذا، فإنّه لا يحلّ بيعه ولا إنفاقه».

وفي روايه موسى بن بكير: «قَطَّعَهُ نَصْفَيْنِ ثُمَّ قَالَ: أَلْقَهُ فِي الْبَالُوْعَةِ حَتَّى لَا يَبَاعَ شَيْءٌ فِيهِ غَشٌّ».

الشرح:

نحاس وطبقه من فضّه، فقال: اكسرها فإنّه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه^(١)، وظاهر الأمر بالكسر إزاله عنوان الدرهم أو الدينار وإسقاطه عن كونه معرضاً للبيع والانفاق، ولكنّ الروايه في نفسها ضعيفه ومعارضه بما دلّ على جواز معامله بالمغشوش مع إعلام حاله. حيث إنّ مقتضى جواز بيع المغشوش كذلك جواز اقتنائه، ففي صحيحه محمد بن مسلم المرويّه في الباب المزبور قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره، ثم يبيعهها، قال: إذا بين (الناس) ذلك فلا بأس»^(٢)، ونحوها غيرها.

ويستدلّ على عدم جواز الاقتناء بروايه موسى بن بكر قال: «كنا عند أبي الحسن عليه السلام، وإذا دنانير مصبوبة بين يديه، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين، ثم قال لي: ألقه في البالوعه حتى لا يباع شيء فيه غشّ»^(٣)، والأمر بإلقائه في البالوعه ظاهر في وجوب إزالته، ويعمّ الوجوب كلّ ما فيه غشّ، ولو لم يكن درهماً كما هو مقتضى التعليل. هذا، ولكن لا بدّ من حملها على صوره عدم كون مادّته مالاً، وإلاّ يكون إلقاؤه في البالوعه، خصوصاً بعد كسره من تبذير المال، مع أنّها أيضاً باعتبار ضعف سندها غير قابله للاعتماد عليها في مقابل ما تقدّم من المعتبره الدالّه

ص: ١٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٨٦، الباب ١٠ من أبواب الصرف، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٨٥، الباب ١٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٨٠، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

وتمام الكلام فيه في باب الصرف إن شاء الله.

ولو وقعت المعاوضه عليها جهلاً- فتبين الحال لمن صار إليه. فإن وقع عنوان المعاوضه على الدرهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكّه السلطان بطل البيع [١]

وإن وقعت المعاوضه على شخصه من دون عنوان، فالظاهر صحه البيع مع خيار العيب إن كانت الماده مغشوشه، وإن كان مجرد تفاوت السكّه، فهو خيار التدليس، فتأمل.

وهذا بخلاف ما تقدم من الآلات [٢] فإن البيع الواقع عليها لا يمكن تصحيحه الشرح:

على جواز المعامله بالمغشوش مع بيان حاله.

[١] ظاهر كلامه صورته وقوع المعامله على الشخص لا الكلى، وإلا لكان للطرف الاستبدال لا بطلانها أو ثبوت الخيار، وإذا وقعت المعامله على الشخص، فإن وقعت بعنوان الدرهم المسكوك بالسكّه الرائجه وكان الغش في السكّه، يحكم ببطلان المعامله، فإن السكّه الرائجه من الأوصاف المقومه للمال، فيكون تخلفها موجبا لبطلانها، وكذا إذا كان الغش في الماده، بحيث يوجب انتفاء عنوان الدرهم عنه، وإلا- كان للآخر خيار العيب. وأمّا إذا وقعت عليه المعامله بعنوان الذهب أو الفضة، وكان الغش باعتبار السكّه، فلا- يوجب التخلف خياراً، لا- العيب ولا- التدليس، بل خيار التدليس غير خارج عن خيار العيب أو تخلف الوصف المشروط، فما يظهر من كلامه رحمه الله من ثبوت خيار التدليس في الفرض، أى في صورته وقوع المعامله على الماده وثبوت الخلاف في السكّه لا يمكن المساعده عليه.

[٢] لم يظهر لى وجه ربط هذا الكلام بما قبله، حيث إن الدرهم أيضاً إذا بيع بعنوان أنه درهم مسكوك بالسكّه الرائجه فظهر غيره يحكم ببطلان بيعه، ولا يصح

بإمضائه من جهة المادّة فقط واسترداد ما قابل الهيئه من الثمن المدفوع، كما لو جمع بين الخَلّ والخمر، لأنّ كلّ جزء من الخَلّ أو الخمر مالٌ لا بدّ أن يقابل في معاوضه بجزء من المال، ففساد المعامله باعتباره يوجب فساد مقابله من المال لا غير.

بخلاف المادّة والهيئه، فإنّ الهيئه من قبيل القيد للمادّة جزء عقليّ لا خارجي تقابل بمال على حده، ففساد المعامله باعتباره فساد لمعامله المادّة حقيقه. وهذا الكلام مطّرد في كلّ قيد فاسد بذل الثمن الخاصّ لداعى وجوده.

القِسْمُ الثَّانِي: ما يقصد منه المتعاملان [١] المنفعه المحرّمه.

الشرح:

البيع بالإضافه إلى مادّته من الذهب أو الفضة، والوجه في ذلك ما ذكرناه من كونه مسكوكاً بها كالهيئه في الآلات والصنم مقوم للمبيع، وبما أنّ المبيع يفترض بنظر العرف شيء واحد لا تعدّد فيه، وقد بيع بثمن، فإنّما يصحّ البيع مطلقاً أو يبطل مطلقاً. وإنّما يكون الانحلال في موارد تعدّد المبيع بنظر العرف، بحيث ينحلّ البيع إلى بيع كلّ واحد من ذلك المتعدّد، كما أنّه إذا لم يكن الوصف عنواناً مقوماً للمبيع، بل كان من الأوصاف التي تكون داعيه إلى زياده قيمه، فإنّ ظهر التخلف فيها يثبت خيار الفسخ ولو كان الوصف أمراً فاسداً، فبطلان البيع مع اشتراطه مبنى على كون الشرط الفاسد مفسداً. نعم، لا كلام في البطلان في مورد قيام دليل خاصّ عليه، كما في بيع الجاربه المغنّيه على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

[١] وحاصله أنّ في المقام مسائل ثلاث:

الأولى: ما إذا كان توافقهما على خصوص المنفعه المحرّمه.

الثانيه: ما إذا كان الملحوظ كلتا المنفعتين المحلّله والمحرّمه، كما هو الحال في بذل الثمن للجاربه المغنّيه.

وهو: تاره على وجه يرجع إلى بذل المال في مقابل المنفعة المحرّمه، كالمعاوضه على العنب مع التزامهما أن لا يتصرّف فيه إلا بالتخمير.

وأخرى على وجه يكون الحرام هو الدّاعى إلى المعاوضه لا- غير، كالمعاوضه على العنب مع قصدهما تخميره. والأوّل إمّا أن يكون الحرام مقصوداً لا غير، كبيع العنب على أن يعمله خمراً، ونحو ذلك.

الشرح:

الثالثة: ما إذا كانت المنفعة المحرّمه واستعمال الشىء في الحرام داعياً لهما إلى المعامله، كما إذا اشترى العنب وكان قصدهما تخميره، ولكن بلا التزام منهما خارجاً أو اشتراطه في المعامله.

ثمّ إنّه لا- إشكال في فساد المعامله وحرمتها في الأولى، حيث إنّ المعامله مع الالتزام والإلزام بالمنفعة المحرّمه تكون إعانه على الإثم، وأخذ العوض أكلاً له بالباطل، سواء ذكرا هذا الإلزام والالتزام في العقد بعنوان الشرط أم لا.

أقول: إثبات الحرمة للمعامله المزبوره تكليفاً ووضعاً موقوف على حرمة مجرد الإعانه على الإثم، وكون أكل الثمن فيها أكلاً له بالباطل، ولكنّ المحرّم هو التعاون على المعصيه والعدوان، بأن يجتمع اثنان أو أكثر على تحقيق الحرام وإيجاده، وصدور الحرام عن شخص وتحقيق مقدّمه من مقدّماته من شخص آخر المعبر عن تحقيق المقدّمه بالإعانه على الإثم لا يكون من التعاون على ذلك الحرام، ولو كان مجرد الإعانه على الإثم محرّماً لكان بيع العنب ممّن يعمله خمراً حراماً تكليفاً، حتّى مع عدم اشتراط التخمير وعدم قصد البائع ذلك. وكذا لا يمكن الالتزام بالفساد، فإنّ الثمن في المعامله لا يقع بإزاء الشرط أو المنفعه، بل إنّما يقع بإزاء نفس المبيع، وبما أنّ للمبيع منفعه محلّله وماليّه شرعاً يكون الحكم بالفساد مع اشتراط المنفعه المحرّمه مبيّناً على كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، هذا كلّه بالإضافة إلى البيع.

ص: ١٤٢

و إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْحَرَامَ مَقْصُودًا مَعَ الْحَالِلِ، بَحِيثٍ يَكُونُ بِذَلِكَ الْمَالُ يَازِئَهُمَا، كَبَيْعِ الْجَارِيَةِ الْمَغْنِيَةِ بِشَمَنِ لَوْحَظَ فِيهِ وَقُوعُ بَعْضِهِ يَازِئًا صِفَةَ التَّغْنَى فَهِنَا مَسَائِلُ ثَلَاثٌ.

المَسْأَلَةُ الْأُولَى: بَيْعُ الْعَنْبِ عَلَى أَنْ يُعْمَلَ خَمْرًا، وَالْخَشْبِ عَلَى أَنْ يُعْمَلَ صِنْمًا، أَوْ آلَهُ لَهْوًا أَوْ قِمَارًا، وَاجَارَهُ الْمَسَاكِنَ لِبَيْعِ أَوْ يَحْرُزُ فِيهَا الْخَمْرَ، وَكَذَا اجَارَهُ الشُّفْنُ وَالْحَمُولَةُ لِحَمْلِهَا. وَلَا إِشْكَالَ فِي فِسَادِ الْمَعَامَلَةِ فَضْلًا عَنْ حَرَمَتِهِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِضَافًا إِلَى كَوْنِهَا إِعَانَةً عَلَى الْإِثْمِ، وَ إِلَى أَنَّ الْإِثْمَ وَالْإِلْتِمَامَ بِصَرْفِ الْمَبِيعِ فِي الْمَنْفَعَةِ الْمَحْرَمَةِ السَّاقِطَةُ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ أَكْلًا وَ إِيْكَالًا لِلْمَالِ بِالْبَاطِلِ خَبَرُ جَابِرٍ، قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يُوَاجِرُ بَيْتَهُ فِي بَيْعِ الْخَمْرِ؟ قَالَ: حَرَامٌ أَجْرَتُهُ». فَإِنَّهُ إِذَا مَقْتَدٌ بِمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِذَلِكَ، أَوْ يَدُلُّ عَلَيْهِ بِالْفَحْوَى، بِنَاءً عَلَى مَا سَيَجِيءُ مِنْ حَرَمِهِ الْعَقْدُ مَعَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَصْرِفُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْحَرَامِ.

الشرح:

وَأَمَّا بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْإِجَارَةِ، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ رَاجِعًا إِلَى تَضْيِيقِ مَوْرَدِ الْإِجَارَةِ وَتَقْيِيدِهَا بِالْمَنْفَعَةِ الْمَحْرَمَةِ تَكُونُ بَاطِلَةً، بِاعْتِبَارِ أَنَّ أَخْذَ الْأَجْرِ يَازِئًا تِلْكَ الْمَنْفَعَةَ مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الشَّرْطُ إِلَى التَّزَامِ زَائِدًا عَلَى أَصْلِ الْإِجَارَةِ بِحَيْثُ يَكُونُ التَّخَلُّفُ مِنَ الْمَسْتَأْجِرِ فِي مِثْلِ الشَّرْطِ مُوجِبًا لِثُبُوتِ خِيَارِ الْفَسْخِ لِلْمُؤْجِرِ، لَا الْمَطَالِبَةَ بِأَجْرِهِ الْمِثْلَ عَمَّا أَتْلَفَهَا عَلَيْهِ مِنَ الْمَنْفَعَةِ، فَإِنَّ مَعَ عَدَمِ تَقْيِيدِ مَوْرَدِ الْإِجَارَةِ تَكُونُ بَطْلَانُهَا بِاشْتِرَاطِ الْحَرَامِ مَبْتَنِيًّا عَلَى مَسْأَلَةِ فِسَادِ الْعَقْدِ بِفِسَادِ الشَّرْطِ. نَعَمْ، فِي رَوَايَةِ جَابِرِ (صَابِرٍ) قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يُوَاجِرُ بَيْتَهُ فِي بَيْعِ الْخَمْرِ، قَالَ: حَرَامٌ أَجْرُهُ» (١)، وَلَكِنَّهَا لَوْ حَمَلَتْ عَلَى صُورِهِ تَقْيِيدَ الْمَنْفَعَةِ فَهِيَ، وَإِلَّا

ص: ١٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٤، الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

نعم، في مصححه ابن أذينة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنزير، قال: لا بأس».

لكنها محموله على ما إذا اتفق الحمل من دون أن يؤخذ ركناً أو شرطاً في العقد، بناءً على أن خبر جابر نص في ما نحن فيه وظاهر في هذا، عكس الصحيحه، فيطرح ظاهر كل بنص الآخر، فتأمل، مع أنه لو سلم التعارض كفى العمومات المتقدمه.

الشرح:

فلا يمكن الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً، ومعارضتها بحسنه ابن أذينة، قال: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنزير، قال: لا بأس»^(١).

هذا، مع أن الروايتين غير ناظرتين إلى صورته الاشتراط، وما ذكره رحمه الله في الجمع بين الروايتين، من حمل الثانيه على صورته اتفاق حمل الخمر أو الخنزير من غير أن يؤخذ ركناً أو شرطاً في العقد لا يمكن المساعده عليه، فإن كون الحرمة متيقنه من روايه بالإضافه إلى أمر، والجواز من روايه أخرى بالإضافه إلى أمر آخر لا يوجب كون كل منهما قرينه عرفيه على التصرف في الأخرى، كما تقدم ذلك في علاج المعارضه بين ماورد من أن ثمن العذره سحت، وما ورد من عدم البأس به. ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله في آخر كلامه بقوله: فتأمل.

والحاصل: أنه لو تم الحكم بالبطلان في المسأله الثالثه الآتيه ثبت في هذه المسأله أيضاً بالفحوى، وإلا فلا موجب للالتزام في المسأله بالفساد، بل ولا لحرمة المعامله تكليفاً، نعم شراء المشتري العنب للتخمير داخل في التجزى، وإلزام البائع داخل في ترغيب الناس للحرام، وهذا لا يوجب حرمة نفس المعامله كما لا يخفى.

ص: ١٤٤

وقد يستدل أيضاً في ما نحن فيه بالأخبار المسؤول فيها عن جواز بيع الخشب ممن يتخذه صلباناً أو صنماً.

مثل مكاتبه ابن أذينة: «عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلباناً؟ قال: لا».

الشرح:

نعم، لا بأس بالالتزام بالحرمة تكليفاً في بيع العنب حتى فيما إذا كان التخمير مما التزم به المتعاقدان خارجاً بلا اشتراطه في البيع بفحوى اللعن الوارد على غارس الخمر، ولكن الحرمة لا تقتضى فساده، كما هو المقرّر في محله.

وربما يقال في وجه بطلان المعاملة في مثل بيع العنب بشرط أن يصنعه خمراً: إنّ هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، ووجه منافاته له أنّه كما أنّ بيع الشيء مع اشتراط عدم الانتفاع به أصلاً مساوق لاشتراط عدم ملك المبيع للمشتري وعدم كونه مالاً له، كذلك اشتراط عدم الانتفاع به انتفاعاً حلالاً، حيث إنّ هذا الشرط مع انضمام منع الشارع عن التخمير مثلاً إسقاط للعنب عن كونه ملكاً ومالاً للمشتري من جهة التخمير ومن جهة سائر المنافع، فلا يتم البيع الذي حقيقته جعل المبيع ملكاً ومالاً للمشتري بإزاء الثمن. وهذا الفساد لا يرتبط بالقول بكون الشرط الفاسد مفسداً، فإنّ تلك المسألة فيما إذا لم يكن الشرط موجباً لفقد شرط أو ركن من أصل المعاملة، وإلا كان أصل العقد باطلاً حتى مع الالتزام فيها بعدم الإفساد.

أقول: الموجب لبطلان الشرط، بل بطلان المعاملة معه فيما إذا كان الشرط منافياً لمقتضى العقد هو عدم قصد إنشاء المعاملة مع الشرط المزبور، مثلاً في قول البائع: بعتك هذه العين بكذا بشرط أن لا تدخل في ملكك، كان الشرط باطلاً ومبطلاً للبيع؛ لرجوعه إلى عدم قصده تمليكها للمشتري، مع أنّ البيع هو تمليك العين بعوض.

وأما إذا كان الشرط ملائماً لجعل الملك واعتبار دخول المبيع في ملك

وروايه عمرو بن الحريث: «عن التوت أبيعهُ مَمَّن يصنع الصليب أو الصنم؟ قال: لا».

الشرح:

المشترى، كما إذا قال: بعتك هذا المال على أن يخرج عن ملكك، فيدخل في مسأله كون الشرط الفاسد مفسداً أم لا، وهذا في المورد الّذى يكون الخروج عن الملك محتاجاً إلى سبب، وإلا فلا بأس بالشرط في مثل بيع العبد من ابنه الحرّ بشرط خروجه عن ملكه. واشتراط عدم الانتفاع بالمبيع أصلاً لا يلزم عدم دخول العين في ملك المشتري، بل يصحّ البيع والشرط معاً فيما إذا كان في الاشتراط غرض عقلائيّ، كما إذا باعه قطعه من الذهب واشترط أن لا ينتفع بها أصلاً، وكان غرضه بقاؤها حتى تصل إلى ورثه المشتري. وأمّا إذا لم يكن فيه غرض عقلائيّ كان الشرط باطلاً، كما إذا باع العنب واشترط عدم الانتفاع به أصلاً، حيث إنّ الشرط لكونه سفهائياً والعمل به تذكيراً للمال باطل، ولكن لا ينافي هذا الاشتراط قصد دخول العنب في ملك المشتري.

لا يقال: العنب مع الشرط المزبور لا يكون مالاً، فيكون أكل الثمن بإزائه من أكل المال بالباطل.

فإنّه يقال: إنّما لا يكون العنب مالاً فيما إذا كان الشرط نافذاً، وأمّا مع إلغائه، كما هو مقتضى كون الشرط سفهائياً، فلا يدخل تملك الثمن بإزاء العنب في العنوان المزبور.

والحاصل: أنّ اعتبار الملك للمشتري لا ينافي اشتراط عدم انتفاعه بالمبيع، بل الشرط المزبور ينافي كونه مالاً مع نفوذه ولزومه، والمفروض أنّه غير لازم وغير نافذ حتّى في اعتبار العقلاء، فيكون المبيع ملكاً ومالاً للمشتري، كما هو مقتضى إطلاق دليل حلّ البيع، وهذا فيما إذا اشترط في البيع عدم الانتفاع بالمبيع أصلاً بأيّ انتفاع،

ص: ١٤٦

وفيه: أنّ حمل تلك الأخبار على صورته اشتراط البائع المسلم على المشتري أو تواطئهما على التزام صرف المبيع في الصنم والصليب، بعيد في الغاية. والفرق الشرح:

وأما إذا كان الشرط عدم الانتفاع المحلل أو الانتفاع به بالمحرّم فلا ينافى الشرط الملك، ولا كون المبيع مالاً؛ وذلك فإنّ اعتبار شيء ملكاً للمشتري ومالاً له في اعتبار المتعاقدين لا يتوقّف على ثبوت المنفعة المحلّله له؛ ولذا يتعاملون فيما بينهم على الخمر وغيرها مما لا منفعة محلّله له. وعلى ذلك فيبيع العنب مع اشتراط تخميره بيع في اعتبار العقلاء، وبما أنّ دليل إضاء الشروط لا يعمّ اشتراط تخميره فالشرط المزبور ملغى، وبعد إغائه لا- مانع من شمول: أحلّ الله البيع، لبيع العنب واعتبار كونه ملكاً ومالاً للمشتري؛ لأنّ المفروض أنّ العنب مال حتّى شرعاً؛ لثبوت المنفعة المحلّله له ولو كانت تلك المنفعة ملغاه عند المتعاقدين باشتراط التخمير.

وذكر السيّد الخوئي رحمه الله أنّ المعاملة مع اشتراط المنفعة المحرّمه وإن كانت صحيحة، إلّا- أنّها محرّمه تكليفاً، وذكر في وجه ذلك أنّ إلزام الغير بالمحرّم كإكراهه عليه حرام، فالمعاملة المشتملة على الشرط الحرام بما أنّها إلزام للغير بالمحرّم تكون محرّمه، ولكن حرمتها بهذا العنوان كحرمتها بسائر العناوين الطارئة عليها لا تكون موجه لفسادها.

ولا- يخفى ما فيه، فإنّ الشرط في مثل التخمير من الأعمال ليس بنفسه إلزاماً للغير، بل هو التزام على نفسه للغير، وإذا تمّ هذا الالتزام يكون للغير حقّ إلزامه، فيكون الإلزام من آثار صحه الشرط لا نفس الشرط الذي لا حرمة فيه إلّا وضعاً، نعم هو قسم من التجزّي.

والحاصل: أنّ الإلزام في شرط الأعمال فعل للمشروط له وخارج عن أصل المعاملة وشرطها وأثر لتام الشرط فيها، فلا يترتب فيما إذا لم يتمّ الشرط، كما إذا

بين مؤاجره البيت [١] لبيع الخمر فيه، وبيع الخشب على أن يُعمل صليياً أو صنماً لا- يكاد يخفى، فإنَّ بيع الخمر في مكانٍ وصيرورته دُكاناً لذلك منفعه عرفته يقع الإجاره عليها من المسلم كثيراً كما يؤجرون البيوت لسائر المحرّمات بخلاف جعل العنب خمراً والخشب صليياً، فإنّه لا غرض للمسلم في ذلك غالباً يقصده في بيع عنبه أو خشبه، فلا يحمل عليه موارد السؤال.

نعم، لو قيل في المسأله الآتيه بحرمة بيع الخشب ممّن يعلم أنّه يعمله صنماً لظاهر هذه الأخبار صحّ الاستدلال بفحواها على ما نحن فيه، لكنّ ظاهر هذه الأخبار معارض بمثله أو بأصرح منه، كما سيّجىء.

ثمّ إنّّه يلحق بما ذكر من بيع العنب والخشب على أن يعملوا- خمراً وصليياً بيع كلّ ذى منفعه محلّله على أن يصرف في الحرام، لأنّ حصر الانتفاع بالمبيع في الحرام يوجب كون أكل الثمن بإزائه أكلاً للمال بالباطل.

الشرح:

كان المشروط عملاً محرّماً.

[١] كأنّه رحمه الله يريد دفع ما يمكن أن يقال من أنّه قد ورد المنع في روايه جابر المتقدمه عن إجار البيت لبيع فيه الخمر، وقد حمل رحمه الله تلك الروايه على صوره الاشتراط، بأن يشترط في إجارها استيفاء منفعه البيت ببيع الخمر فيها، أو أن يجعل تلك المنفعه ركناً، بأن يكون متعلّق التمليك في الإجاره خصوص قابليته البيت لبيع الخمر فيه، ولا يرضى رحمه الله أن يحمل على الاشتراط ما ورد في بيع الخشب ممن يصنعه صنماً أو صليياً، فما الفرق بينهما؟

وأجاب بالفرق بينهما، وأنّ الاشتراط في مثل بيع الخشب بعيد عن المسلم، بخلاف إجاره البيت لبيع الخمر أو إحرازها فيه. بأن يجعل بيعها فيه أو إحرازها ركناً في عقد الإجاره أو شرطاً فيه. فإنّ صدور هذا النحو من الإجار من المسلم غير بعيد،

ص: ١٤٨

ثم إنه لا فرق بين ذكر الشرط المذكور في متن العقد، وبين التواطؤ عليه خارج العقد ووقوع العقد عليه، ولو كان فرقاً فإنما هو في لزوم الشرط وعدمه لا فيما هو مناط الحكم هنا، ومن ذلك يظهر أنه لا يبنى فساد هذا العقد على كون الشرط الفاسد مفسداً، بل الأظهر فساده، وإن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد، لما عرفت من رجوعه في الحقيقة إلى أكل المال في مقابل المنفعة المحرّمة.

وقد تقدّم الحكم بفساد المعاوضة على آليات المحرّم مع كون موادّها أموالاً- مشتملة على منافع محلّله مع أنّ الجزء أقبل للتفكيك بينه وبين الجزء الآخر[١]

الشرح:

كما إذا كانت الأجره في مقابل تلك المنفعة زائده على أجره سائر منافعها، وبما أنّ السائل يحتمل حرمة هذا الإيجار وفساده فسأل الإمام عليه السلام عن حكمه.

[١] كأنه رحمه الله يريد بيان وجه بطلان المعاملة رأساً في مورد اشتراط صرف المبيع في الحرام، مع أنّ المفروض أنّ للمبيع منفعة محلّله مقصوده. وحاصل الوجه أنّه قد تقدّم في بيع آلات القمار ونحوها بطلان المعاملة رأساً وعدم انحلالها إلى المعاملة على الهيئته والمعاملة على المادّه، حتى تبطل الأولى وتصحّ الثانيه، مع أنّ كلّاً من الهيئته والمادّه جزء الشئ. وانحلال المعاملة على الكلّ إلى المعاملة على الأجزاء أولى مما نحن فيه، ممّا تكون المعاملة جاريه على الشرط والمشروط، والمراد بالشرط المنفعة المحرّمة وبالمشروط نفس الشئ.

وبعبارة أخرى: لا يكون مع بذل الثمن على الشئ بلحاظ منفعتة المحرّمة انحلال في المعاملة لتبطل بالإضافة إلى الشرط، وتصحّ بالإضافة إلى أصل المشروط.

أقول: هذا الكلام باطل، والسّر في ذلك أنّ الثمن في البيع لا يقع بإزاء الشرط أو المنفعة من غير فرق بين المحلّل منهما أو المحرّم؛ ولذا لا يثبت مع تخلف الشرط أو

من الشرط والمشروط وسيجيء أيضاً في المسأله الآتيه ما يؤيد هذا أيضاً إن شاء الله. وهذا النوع وإن كان أفراده هي جميع الأعمال المحرّمه القابله لمقابلته المال بها في الإجاره والجُعالة وغيرهما، إلا أنه جرت عاده الأصحاب بذكر كثيرٍ ممّا من شأنه الاكتساب به من المحرّمات، بل ولغير ذلك ممّا لم يتعارف الاكتساب به، كالغيبه والكذب ونحوهما، وكيف كان فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبه بترتيب حروف أوائل عنواناتها إن شاء الله تعالى فنقول:

المسأله الثانيه: يحرم المعاوضه على الجاريه المغنيه [١] وكلّ عين مشتمله الشرح:

المنفعه إلا الخيار لا تبعض الثمن.

وعلى ذلك ففي مورد بطلان الشرط الذي في نفسه التزام آخر غير أصل البيع لا موجب لبطلان نفس البيع، وهذا بخلاف صورته كون الهيئه مما لا يتموّل شرعاً، كآلات القمار، فإنه لا يمكن فيها تصحيح البيع بالإضافة إلى المادّه بعد بطلانه بالإضافة إلى الهيئه؛ لما تقدّم من أنّ الثمن في بيعها يقع بإزاء الهيئه والمادّه بما هما شيء واحد، فلا يصحّ البيع بالإضافة إلى أحدهما بعد بطلانه بالإضافة إلى الآخر، فلاحظ وتدبّر.

[١] حاصل ما أفاده رحمه الله أنه إذا كانت في العين صفه يقصد منها الحرام، ككون الجاريه مغنيه والعبد ماهراً في القمار أو السرقة، فلبيع صور ثلاث:

الأولى: ما إذا جرت المعامله على تلك العين ولو حظ فيها الوصف المزبور، بأن زيد الثمن باعتباره ويجعل ذلك الوصف شرطاً في تلك المعامله، ففي هذه الصوره يحكم ببطلانها، باعتبار أنّ تقسيط الثمن على الوصف غير متعارف، وإنّما يكون الوصف داعياً إلى زياده الثمن، فيكون أخذ ذلك الثمن بإزاء تلك العين المشروط فيها الوصف المزبور من تملكه بالباطل.

على صفه يُقصد منها الحرام إذا قُصد منها ذلك، وقصد اعتبارها في البيع على وجه يكون دخلياً في زياده الثمن كالعبد الماهر في القمار أو اللهو والسرقه، إذا لوحظ فيه هذه الصفه، وبُذل يازائها شيء من الثمن لا ما كان على وجه الداعى.

ويدل عليه أنّ بذل شيء من الثمن بملاحظه الصفه المحرّمه أكل للمال بالباطل.

والتفكيك بين القيد والمقيد بصحّه العقد في المقيد وبطلانه في القيد بما قابله من الثمن غير معروف عرفاً، لأنّ القيد أمرٌ معنوي لا يوزّع عليه شيء من المال وإن كان يبذل المال بملاحظه وجوده. وغير واقع شرعاً، على ما اشتهر من أنّ الثمن لا يوزّع على الشّروط، فتعتن بطلان العقد رأساً.

وقد ورد النصّ بأنّ: «ثمن الجاربه المغنّيه سحت» وأنّه: «قد يكون للرجل الجاربه تلهيه، وما ثمنها إلاّ كثمن الكلب».

الشرح:

الثانيه: ما إذا اشترى الجاربه المغنّيه بما هي جاربه، أى لم يشترط في بيعها كونها مغنّيه، بحيث لو فرض عدم ثبوت الوصف فيها واقعاً لم يثبت في اعتبار المتعاملين للمشتري خيار تخلف الوصف، ففي هذه الصوره يصحّ البيع حتى فيما إذا كان الوصف داعياً إلى شرائها، بل وبذل ثمن زائد عليها، حيث إنّ مع عدم اشتراط وصف كونها مغنّيه لا يكون أخذ الثمن يازائها من أكله بالباطل.

الثالثه: ما إذا جعل كونها مغنّيه شرطاً في المعامله وزيد ثمنها باعتبار الوصف، إلاّ أنّه لم يقصد الحرام من ذلك الوصف، بل جعله شرطاً باعتبار أنّه وصف كمال قد يصرف في المحلل، بأن يكون منشأ للحلال، كالغناء في الأعراس، ففي هذه الصوره مع كون المنفعه المحلله المترتبه على الوصف مقصوده للعقلاء ولم تكن نادره فلا بأس بالبيع المزبور.

ص: ١٥١

نعم، لو لم تلاحظ الصِّفه أصلاً في كميّهِ الثَّمَنِ، فلا إشكال في الصِّحِّهِ. ولو لوحظت من حيث إنّها صفة كمال قد تصرف إلى المحلِّل فيزيد لأجلها الثَّمَنِ، فإن كانت المنفعة المحلَّله لتلك الصِّفه ممَّا يعتدُّ بها، فلا إشكال في الجواز.

وإن كانت نادره بالنسبه إلى المنفعة المحرّمه، ففي إلحاقها بالعين في عدم جواز بذل المال إلاّ لما اشتمل على منفعة محلَّله غير نادره بالنسبه إلى المحرّمه، وعدمه لأنّ المقابل بالمبذول هو الموصوف، ولا ضير في زياده ثمنه بملاحظه منفعة نادره وجهان: أقواهما: الثَّاني، إذ لا يُعدُّ أكلاً للمال بالباطل، والنصُّ بأنّ «ثمن المغنيّ سحت» مبنيّ على الغالب.

الشرح:

وأما إذا كانت نادره فهل يكون الوصف المشروط المترتب عليه المنفعة الغالبه المحرّمه مع المنفعة النادره المحلَّله على الفرض، كالعين التي لها منفعة غالبه محرّمه ومنفعة نادره محلَّله، بأن لا يجوز البيع بمجرد تلك المنفعة النادره أو أنّه لا بأس باشتراط الوصف المزبور، ولا يقاس الوصف بالعين؟

ذكر رحمه الله أنّ الأقوى عدم الإلحاق والحكم بصحة بيع الجاربه المغنيّ مع شرط كونها مغنيّ بلحاظ أنّها صفة كمال تصرف في الحلال ولو نادراً، وما ورد من أنّ ثمن الجاربه المغنيّ سحت منصرف إلى الغالب، يعني إلى البيع في الصورة الأولى. ووجه القوّه أنّ الجاربه لها منفعة مقصوده محلَّله كالاستمتاع بها، واشتراط كونها مغنيّ إنّما يوجب كون المأخوذ في مقابلها أكلاً للمال بالباطل، فيما إذا كان المقصود من الصِّفه هو الحرام، ومع عدم قصد الحرام لا توجب ذلك، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن في العين إلاّ المنفعة المحلَّله النادره غير الملحوظه عند العقلاء، حيث يكون أكل الثمن بإزائها من أكله بالباطل.

أقول: إذا لم يكن الوصف من الأوصاف المقومه للمبيع يكون الثمن في

ص: ١٥٢

المسألة الثالثة: يحرم بيع العنب ممن يعمله خمراً [١] بقصد أن يعمله، وكذا بيع الخشب بقصد أن يعمله صنماً أو صليباً، لأن فيه إعانته على الإثم والعدوان. ولا إشكال ولا خلاف في ذلك.

أما لو لم يقصد ذلك، فالأكثر على عدم التحريم، للأخبار المستفيضة:

الشرح:

المعامله بإزاء نفس العين، حتى في صورته اشتراطه في المعامله، وليس شرط الوصف قيماً للمبيع، بل كما هو المقرّر في محله التزام آخر غير أصل المعامله، وحقيقه اشتراط الوصف هو جعل المشتري الخيار لنفسه في صورته تخلف ذلك الوصف، ولو فرض بطلان هذا الجعل فلا بأس بشمول: «أَحْرِلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» لأصل المبادله، وكيف يكون أخذ الثمن بإزاء الجاربه من أكله بالباطل، مع أنّ الجاربه المفروض وقوع تمام الثمن بإزائها في نفسها من الأموال.

والحاصل: أنّ الحكم بالبطلان في المقام على خلاف القاعده؛ وللنصّ الوارد في أنّ ثمن الجاربه سحت. والنصّ المزبور يعم الصوره الثالثه أيضاً، ودعوى انصرافه إلى الصوره الأولى فقط بلا وجه. نعم، لا يعمّ الصوره الثانيه؛ لظهوره في بيع الجاربه المغنّيه بما هي مغنّيه، وفي تلك الصوره يكون بيعها بما هي جاربه كما لا يخفى. وعلى ذلك، فإن أمكن الاطمئنان بعدم الفرق في الحكم بين بيع الجاربه المغنّيه وبين مثل بيع العبد الماهر في القمار يتعدّى عن مورد النصّ، وإلا فيقتصر على مورد.

[١] تعرّض رحمه الله أولاً لما إذا باع مثلاً العنب ممن يعمله خمراً ويكون داعيه إلى بيعه منه تخميره، ونفى في هذه الصوره الإشكال والخلاف في حرمة البيع، وظاهر الحرمة عند إضافتها إلى البيع، وإن كان هو الفساد، إلا أنّ تعليلها بكون البيع إعانته على الإثم قرينه على كون المراد هو التكليف.

ثم تعرّض لما إذا باع العنب مثلاً ممن يعمله خمراً من غير أن يكون داعيه

منها: خبر ابن أذينة، قال: «كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رجل له كرمٌ يبيع العنب ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً أو مسكراً؟ فقال عليه السلام: إنّما باعه حلالاً في الإبان الذي يحلّ شربه أو أكله، فلا بأس ببيعه».

ورواه أبي كهمس، قال: «سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام إلى أن قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً». إلى غير ذلك ممّا هو دونهما في الظهور.

وقد يعارض ذلك بمكاتبه ابن أذينة: «عن رجل له خشب فباعه ممّن يتّخذهُ صلباناً، قال: لا».

الشرح:

إلى بيعه منه تخميره، بحيث يبيعه منه حتّى لو لم يعملهُ خمراً، وذكر أنّ الأ-كثر في هذا الفرض على الجواز؛ لبعض الأخبار، كصحيحه عمر بن أذينة: قال: «كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب والتمر ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً أو مسكراً؟ فقال: إنّما باعه حلالاً في الإبان الذي يحلّ شربه أو أكله فلا بأس ببيعه»^(١).

ورواه أبي كهمس، قال: «سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام عن العصير، فقال: «لى كرم وأنا أعصره كلّ سنه وأجعله في الدنان، إلى أن قال عليه السلام: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً»^(٢)، ونحوهما غيرهما. وفي مقابلهما صحيحه ابن أذينة ومعتبره عمرو بن حريث، وفي الأولى: «كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام عن رجل له خشب، فباعه ممّن يتّخذهُ صلباناً، قال: لا»^(٣). وفي ثانيهما، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن التوت أبيعهُ للصليب والصنم؟ قال: لا»^(٤).

ص: ١٥٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٣٠، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٣٠، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٣- (٣) المصدر السابق: ١٧٦، الباب ٤١، الحديث الأول.

٤- (٤) المصدر السابق: الحديث ٢.

وروايه عمرو بن حريث: «عن التّوت أبيعه مّمّن يصنع الصّليب أو الصّنم؟ قال: لا».

وقد يجمع بينهما وبين الأخبار المجوّزه، بحمل المانع على صورته اشتراط جعل الخشب صليباً أو صنماً، أو تواطؤهما عليه.

وفيه: أنّ هذا في غايه البعد، إذ لا داعى للمسلم على اشتراط صناعه الخشب صنماً في متن بيعه أو في خارجه، ثمّ يجىء ويسأل الإمام عليه السلام عن جواز فعل هذا في المستقبل وحرمة!

وهل يحتمل أن يريد الزّاوى بقوله: «أبيع التّوت مّمّن يصنع الصّنم والصّليب» أبيعه مشروطاً عليه وملزماً في متن العقد أو قبله أن لا يتصرّف فيه إلاّ بجعله صنماً؟!!

الشرح:

وعن بعض الجمع بين الطائفتين بحمل الناهيه على صورته اشتراط المنفعه المحرّمه على المشتري والمجوّزه على غير صورته الاشتراط. وأورد رحمه الله على ذلك بأنّه بعيد، فإنّه لا يكون للمسلم داع فيما إذا باع شيئاً إلى أن يشترط على مشتريه استعماله في الحرام ثمّ يسأل الإمام عليه السلام عن ذلك، فلا يمكن حمل صحيحه ابن أذينه ونحوها على ذلك. وذكر رحمه الله وجهين آخرين في الجمع بينهما:

الأول: حمل الناهيه على الكراهه بشهاده صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه «سئل عن بيع العصير مّمّن يصنعه خمراً؟ فقال: بعه مّمّن يطبخه أو يصنعه خللاً أحبّ إليّ، ولا أرى بالأول بأساً»^(١)، حيث إنّ التعبير عن ترك البيع بالأحَبّ ونفى البأس بعده قرينه على الكراهه.

والثاني: الالتزام بالمنع والتحريم في بيع الخشب مّمّن يصنعه صليباً أو صنماً، كما هو مفاد الطائفة الثانيه، وبالجواز في غيرهما. وقال: إنّ هذا الجمع قول فصل

ص: ١٥٥

١- (١) المصدر السابق: ٢٣١، الباب ٥٩، الحديث ٩.

فالأولى: حمل الأخبار المانعه على الكراهه، لشهاده غير واحد من الأخبار على الكراهه كما أفتى به جماعه ويشهد له روايه الحلبي: «عن بيع العصير ممن يصنعه خمراً، قال: يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلاً أحب إليّ، ولا أرى به بأساً». وغيرها. أو التزام الحرمة في بيع الخشب ممن يعمله صليماً أو صنماً لظاهر تلك الأخبار، والعمل في مسأله بيع العنب وشبهها على الأخبار المجوزه. وهذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل .

وكيف كان، فقد يستدل على حرمة البيع [١] ممن يعلم أنه يصرف المبيع في الشرح:

لو لم يكن قولاً بالفصل، يعنى تفصيل في المسأله لولم يكن خرقاً للإجماع المركب.

أقول: المتعين هذا الوجه، وحمل الجواز على كونه بنحو الكراهه غير ممكن، وذلك فإنه قد ورد في صحيحه رفاعه قوله عليه السلام: «ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شراباً خبيثاً» (١)، حيث لا يمكن الالتزام باستمراره عليه السلام على ارتكاب المكروه، بل لا يمكن ذلك حتى في صحيحه عمر بن أذينة، فإنه ذكر عليه السلام فيها جواز بيع الخشب ممن يصنعه برابط ثم منع عن بيعه ممن يعمله صنماً أو صليماً.

والحاصل: أن المتعين هو الوجه الأخير، يعنى أن بيع الشيء ممن يجعله هيكل عباده صنماً أو صليماً لا- يجوز تكليفاً كما مرّ، بخلاف البيع في غير ذلك فإنه جائز بلا كراهه، نعم يستحب اختيار المشتري الذي يصرف الشيء في الحلال، كما هو مقتضى التعبير بصيغته التفضيل في صحيحه الحلبي المتقدمه التي جعلها رحمه الله شاهده الجمع بين الطائفتين .

[١] قد يقال: إن الأخبار المجوزه لا- يمكن الأخذ بها، بل لابد من إرجاع علمها إلى الأئمة عليهم السلام ، فإن جواز بيع مثل العنب ممن يعلم أنه يصنعه خمراً مخالف لحكم

ص: ١٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٣١، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨ .

الحرام بعموم النهى عن التعاون على الإثم والعدوان.

وقد يستشكل فى صدق الإعانة، بل يمنع، حيث لم يقع القصد إلى وقوع الفعل من المعان، بناءً على أنّ الإعانة هى فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه لا مطلقاً. وأول من أشار إلى هذا، المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد فى هذه المسألة، حيث إنّه بعد حكاية القول بالمنع مستنداً إلى الأخبار المانعة - قال: ويؤيده قوله تعالى: «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ» ويشكل بلزوم عدم جواز بيع شىء مما يعلم عادة التوصل به إلى محرّم، لو تمّ هذا الاستدلال، فيمنع معامله أكثر الناس. والجواب عن الآية: المنع من كون محلّ النزاع معاونه، مع أنّ الأصل الإباحه، وإنّما يظهر المعاونه مع بيعه لذلك، انتهى.

الشرح:

العقل القطعيّ وللكتاب المجيد.

أمّا العقل، فإنّه يستقلّ بقبح إعانة الغير فى جرمه وتهيئه المقدمه له، وإن شئت قلت: إنّ تهيئه المقدمه للجرم الصادر عن الغير بنفسه جرم؛ ولذا يؤخذ الشخص بها فى المحاكم الدوليه وفى القوانين الدارجه عند العقلاء، حتّى فيما لو فرض عدم صدق التعاون على ذلك الجرم، ألا ترى أنّ من أعان السارق وهياً له الأسباب يحكم عليه فى تلك المحاكم بالجزاء.

وقد ورد فى الشرع أيضاً فيما لو أمسك أحد شخصاً وقتله الآخر ورآهما ثالث أنّ القاتل يقتل، والممسك يحبس، والناظر تسمل عيناه. والظاهر عدم الفرق بين ما كانت تهيئه المقدمات بداعى توصل الغير إلى الجرم والحرام أو غيره. مثلاً تسليم السلم إلى السارق وبيعه منه قبيح، حتّى وإن لم يكن التسليم بداعى وصول السارق إلى جرمه، نعم القبح فى صورته كون داعيه وصوله إليه أوضح.

ص: ١٥٧

وواقفه في اعتبار القصد في مفهوم الإعانة جماعه من متأخري المتأخرين، كصاحب الكفايه وغيره.

هذا، وربما زاد بعض المعاصرين على اعتبار القصد اعتبار وقوع المعان عليه في تحقق مفهوم الإعانة في الخارج، وتخيل أنه لو فعل فعلاً بقصد تحقق الإثم الفلاني من الغير فلم يتحقق منه، لم يحرم من جهة صدق الإعانة، بل من جهة قصدتها، بناءً على ما حرّره من حرمه الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه، وأنه لو تحقق الفعل كان حراماً من جهة القصد إلى المحرّم ومن جهة الإعانة.

الشرح:

والحاصل: أن حكم العقل بقبح تهيئه مقدمه الحرام الصادر عن الغير كاف في كشف عدم جوازه شرعاً.

أقول: الظاهر أنه اشتبه على هذا القائل الجليل مسأله منع الغير عن المنكر الذي يريد فعله، ومسأله إعانة الغير على الحرام، يعنى فعل المكلف ما هو مقدمه للحرام الصادر عن الغير، حيث إنّ منع الغير عن المنكر مع التمكن منه واجب.

ويمكن الاستدلال على وجوبه بحكم العقل باستحقاق الذمّ فيما إذا ترك المنع مع التمكن منه، ولزوم منعه عن جرمه مع التمكن منه هو المراعى في تلك القوانين الدارجه عند العقلاء، كما إذا باع السارق سلماً مع علمه بأنّ السارق يستعمله في سرقة الأموال، فلا يؤخذ على بيعه فيما إذا ثبت أنه لم يكن يترتب على ترك بيعه ترك سرقتها، كما إذا كان السارق في بلد يباع في جميع أطرافه السلم، بحيث لو لم يبع هذا السلم منه لأخذ السلم من غيره، ولو ممن لا يعرفه بأنه سارق. وفي مثل ذلك لا يؤخذ البائع ببيعته، بل يقبل اعتذاره عن البيع بما ذكر، مع ثبوته، وما ذكر من الروايه ناظر إلى هذه الجهه، وإلا لم يكن وجه لتسميل عيني الناظر، فإنه لم يكن يرتكب الجرم ولم يساعد عليه، بل إنّما لم يمنع عن القتل، ولا بعد في كون الجزاء لعدم المنع مختلفاً

ص: ١٥٨

وفيه تأمل، فإن حقيقة الإعانه على الشيء هو الفعل بقصد حصول الشيء، سواء حصل أم لا، ومن اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل إليه، فهو داخل في الإعانه على الإثم، ولو تحقق الحرام لم يتعدّد العقاب.

وما أبعد ما بين ما ذكره المعاصر وبين ما يظهر من الأكثر من عدم اعتبار القصد! فعن المبسوط: الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله صلى الله عليه وآله: «من أعان على قتل مسلم ولو بشرط كلمه جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمه الله».

وقد استدلل في التذكرة على حرمة بيع السلاح من أعداء الدين بأن فيه إعانه على الظلم.

الشرح:

بأنحاء عدم المنع.

وعلى الجملة حكم العقل والمراعى في بناء العقلاء هو التمكن من منع الغير عما يريد من الجرم، ونلتزم بذلك أيضاً ونقول بعدم جواز بيع الخشب أو العنب فيما لو لم يبيعهما من المشتري المزبور؛ لما يكون في الخارج خمراً أو آله قمار. وأما إذا أحرز أنه لو لم يبيعه لاشترى من غيره، فمثل ذلك يدخل في مسأله إعانه الغير على الحرام. ولا دليل على قبح هذه الإعانه ولا على حرمتها إلا في مورد الإعانه على الظلم، فإنها غير جائزه شرعاً كما سيأتى.

ويظهر أيضاً جوازها في غير ذلك المورد من بعض الروايات، كما وثقه ابن فضال قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أسأله عن قوم عندنا يصلون ولا يصومون شهر رمضان، وربما احتجت إليهم يحصدون لى، فإذا دعوتهم إلى الحصاد لم يجيبونى حتى أطعمهم. وهم يجدون من يطعمهم فيذهبون إليهم ويدعونى، وأنا أضيق من إطعامهم

واستدلَّ المحقِّق الثاني على حرمة بيع العصير المتنجِّس ممَّن يستحلُّه بأنَّ فيه إعانه على الإثم.

وقد استدلَّ المحقِّق الأردبيلي على ما حكى عنه من القول بالحرمة في مسألتنا: بأنَّ فيه إعانه على الإثم.

وقد قرَّره على ذلك في الحدائق، فقال: إنَّه جيِّد في حدِّ ذاته لو سلم من المعارضه بأخبار الجواز.

وفى الرِّياض بعد ذكر الأخبار السَّابِقة الدالَّة على الجواز قال: وهذه النَّصوص وإن كثرت واشتهرت وظهرت دلالته بل ربَّما كان بعضها صريحاً، لكن في مقابلتها للأصول والنَّصوص المعتضده بالعقول إشكال، انتهى.

الشَّرْح:

فى شهر رمضان، فكتب بخطِّه أعرفه: أطمعهم» (١)، وحملها على صورته الاضطراب إلى الإطعام لا تساعده قرينه، فإنَّ المذكور فى الروايه احتياج المعطى إلى عملهم، والحاجه غير الاضطراب الراجع للتكليف، كما أنَّ حملها على صورته كونهم معذورين فى الإفطار يدفعه إطلاق الجواب وعدم الاستفصال فيه عن ذلك.

وأما مخالفه تلك الأخبار للكتاب المجيد، فقد قيل إنَّها تخالف قوله سبحانه: «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (٢)، وهذا الوجه على تقدير تماميته لا- يقتضى إلَّا حرمة البيع المزبور تكليفاً لا فساداً وضعاً، حيث إنَّ انطباق عنوان محرِّم على المعامله مساوق لتعلُّق النهى بها، ولكنَّ النهى عن المعامله لا يقتضى فسادها.

وأورد على الوجه المزبور بأمور:

الأوَّل: أنَّ النهى فى الآيه لا يكون تحريماً، بل يناسب التنزيه، وقد ذكر فى

ص: ١٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٠: ٣٦٣، الباب ٣٦ من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث الأوَّل.

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ٢.

والظاهر، أن مراده بالأصول: قاعده حرمة الإعانة على الإثم، ومن العقول: حكم العقل بوجوب التوضيل إلى دفع المنكر مهما أمكن.

الشرح:

مقابل الأمر بالتعاون على البر والتقوى، ولا ريب في أن البر والتقوى غير واجبين بإطلاقهما فضلاً عن التعاون عليهما.

أقول: هذا الإيراد ضعيف، غايته لما ذكرنا في الأصول من أن قيام قرينه على رفع اليد عن ظهور بعض الخطاب لا يوجب رفع اليد عن ظهور بعضه الآخر، وفي المقام أيضاً الأمر ظاهر في الوجوب والنهي ظاهر في التحريم، ولكن قد علم أن متعلق الأمر في الآيه غير واجب، وباعتبار القرينه نرفع اليد عن ظهوره. وأما رفع اليد عن ظهور النهي في التحريم فهو بلا وجه.

الأمر الثاني: وهو الصحيح، كما ذكرنا سابقاً أن التعاون على الإثم غير الإعانة عليه، والمستفاد من الآيه حرمة الأول لا الثاني، والتعاون على الإثم عباره عن اجتماع اثنين أو أكثر على إيجاد الحرام، كما إذا اجتمع جماعة على هدم مسجد أو قتل شخص أو غير ذلك مما يكون فيه كل بعض معيناً للبعض الآخر في تحقيق ذلك العمل. وأما إذا كان الحرام صادراً عن الغير فقط، والذى يفعله هذا الشخص دخيل ومقدمه للحرام الصادر عن ذلك الغير، كما إذا أعطى الخشب لمن يريد صنع آله القمار أو الغناء، فهذه إعانة على الإثم ولا دلالة في الآيه المباركه على حرمتها.

نعم، لا شبهه في حرمة إعانة الظالم على ظلمه، فإن ذلك مقتضى غير واحد من الروايات، ففي صحيحه أبي حمزه عن علي بن الحسين: «إياكم وصحبه العاصين ومعونه الظالمين»^(١)، وفي روايه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام قال: «ألا ومن علق سوطاً بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعباناً من النار طوله

ص: ١٦١

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٧، الباب ٤٢ من أبواب ما يكسب به، الحديث الأول.

ويؤيد ما ذكره من صدق الإعانه بدون القصد إطلاقها في غير واحد من الأخبار: ففي النبوي المروي في الكافي، عن أبي عبدالله عليه السلام: «من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه».

وفي العلوي الوارد في الطين المروي أيضاً في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام: «فإن أكلته ومُتَّ فقد أعنت على نفسك».

الشرح:

سبعون ذراعاً»(١).

الأمر الثالث: ما أشار إليه المصنّف رحمه الله بقوله: «وقد يستشكل في صدق الإعانه»، وحاصله أنّه يعتبر في صدق الإعانه على الإثم على فعل المكلف قصده الحرام، بأن يكون داعيه إلى ذلك الفعل توصل الغير ووصوله إلى الحرام. والمفروض في مثل مسأله بيع العنب ممّن يعلم أنّه يعمله خمراً عدم قصد البايح ذلك، بل قصده وداعيه إلى البيع هو حصول ملك العنب للمشتري، سواء صرفه في الحلال أو الحرام. وربّما يضاف إلى اعتبار قصد الحرام اعتبار تحقّق ذلك الحرام من الغير، وإلا فلا يكون فعل الشخص إعانه للغير على الحرام، بل القصد إلى الإعانه، وهو من التجزّي كما لا يخفى.

وناقش المصنّف رحمه الله في هذا الأمر:

أولاً: بأنّه لا يعتبر في صدق عنوان الإعانه على الحرام على فعل الشخص تحقّق الحرام من الغير، ولو حصل الحرام منه لم يتعدّد عقاب الشخص من جهه التجزّي ومن جهه إعانه الغير على الحرام. والحاصل: أنّ الفعل من الشخص بقصد حصول الحرام من الغير إعانه لذلك الغير على الحرام، حصل ذلك الحرام أم لا.

وثانياً: بأنّه يظهر من كلام الأكثر عدم اعتبار القصد المزبور أيضاً في صدق

ص: ١٦٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨٠، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

ويدل عليه غير واحد مما ورد في أعوان الظلمه، وسيأتي.

وحكى أنه سئل بعض الأكابر، وقيل له: «إني رجل خياط أخط للسلطان ثيابه فهل تراني داخلاً بذلك في أعوان الظلمه؟ فقال له: المعين لهم من يبيعك الإبر والخيوط، وأما أنت فمن الظلمه أنفسهم».

الشرح:

عنوان الإعانه على الحرام، مثلاً ذكر الشيخ رحمه الله في «المبسوط» في الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه قوله صلى الله عليه وآله: «من أعان على قتل مسلم ولو بشرط كلمه جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه هذا آيس من رحمه الله»^(١)، حيث أن الممسك لطعامه لا يكون داعيه إلى الإمساك قتل الآخر، وأيضاً استدلل في «التذكرة» على حرمه بيع السلاح من أعداء الدين، بأن في البيع إعانه على الظلم، أي على ظلمهم على أهل الدين، مع أن البائع لم يقصد من بيعه ذلك. واستدل المحقق الثاني على حرمه بيع العصير المتنجس ممن يستحلّه بأن يبيعه منه إعانه على الإثم، مع أن غرض البائع من بيعه منه ليس شرب المشتري، ويظهر عدم اعتبار القصد أيضاً من بعض الأخبار، كما ورد في أكل الطين: «من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه»^(٢)، مع أن داعي الإنسان إلى أكله لا يكون موته، ومن هذا القبيل بعض الأخبار الواردة في أعوان الظلمه.

أقول: لا ينبغي الارتباب في أنه يعتبر في صدق عنوان الإعانه على الحرام على عمل المكلف وإتيانه بالمقدمه صدور الحرام من الغير، وإلا فيكون الإتيان بها مع اعتقاده حصول الحرام تجزياً، وكيف يكون إعانه للغير على الحرام مع أن الغير لم يفعل الحرام على الفرض، نعم في كون التجزى موجباً لاستحقاق العقاب كالعصيان كلام

ص: ١٦٣

١- (١) المبسوط ٦ : ٢٨٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ : ٢٢٢، الباب ٥٨ من أبواب الأطمه المحرمه، الحديث ٧.

وقال المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه [١] في الكلام على الآية:

الظاهر أنّ المراد الإعانة على المعاصي مع القصد، أو على الوجه الذي يصدق أنّها إعانة مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إيّاها، أو يطلب القلم لكتابه ظلم فيعطيه إيّاه، ونحو ذلك ممّا يعدّ معونه عرفاً فلا يصدق على التاجر الذي يتّجر لتحصيل غرضه أنّه معاون للظالم العاشر في أخذ العشور، ولا على الحاجّ الذي يؤخذ منه المال ظلماً، وغير ذلك ممّا لا يحصى، فلا يعلم صدقها على بيع العنب ممّن يعمله خمراً، أو الخشب ممّن يعمله صنماً، ولذا ورد في الروايات الصحيحة جوازه، وعليه الأكثر ونحو ذلك ممّا لا يخفى، انتهى كلامه رفع مقامه.

الشرح:

آخر. وأمّا اعتبار القصد في صدق الإعانة على الحرام على فعل المقدمه، فإن أريد الإتيان بالمقدمه لتوصّل الغير بها إلى الحرام فهذا غير معتبر قطعاً، بل يكفي في صدقها إحراز أنّ الغير يتوصل بها إلى الحرام.

والحاصل: أنّ عنوان الإعانة على الإثم لا يزيد على سائر الأفعال التي يعتبر في صدقها أو تعلق الحكم بها التعمّد، كما إذا علم المكلف في نهار شهر رمضان أنّه لو ذهب إلى المكان الفلاني يصبّ الماء في حلقه، وأنّه لو ألقى نفسه من الشاهق لارتمس في الماء، يكون أكله أو ارتماسه تعمّدياً ومفطراً للصوم.

[١] ذكر المحقق الأردبيلي في كتابه «آيات الأحكام» أنّه لا يعتبر في صدق الإعانة على الحرام على فعل شخص خصوص القصد، أي كون داعيه إلى ذلك الفعل وصول الغير إلى الحرام، بل ربّما تصدق عرفاً بدون ذلك القصد، كما في إعطاء العصا للظالم فيما إذا أراد ضرب المظلوم، ولكن لا يصدق العنوان المزبور على تجاره التاجر فيما إذا علم بأنّ العشار سوف يأخذ منه العشور، ولا على الحاجّ فيما إذا علم أنّه يأخذ منه

ص: ١٦٤

ولقد دقق النظر حيث لم يعلّق صدق الإعانة على القصد، ولا أطلق القول بصدقه بدونه، بل علّقه بالقصد، أو بالصدق العرفي و إن لم يكن قصد.

لكن أقول: لا شك في أنه إذا لم يكن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغير إلى مقصده ولا إلى مقدّمه من مقدّماته بل يترتب عليه الوصول من دون قصد الفاعل فلا يسمّى إعانه، كما في تجاره التاجر بالنسبة إلى أخذ العشور، ومسير الحاج بالنسبة إلى أخذ المال ظلماً. وكذلك لا إشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله ودعاه إليه وصول الغير إلى مطلبه الخاصّ، فإنّه يقال: إنّه أعانه على ذلك المطلب، فإن كان عدواناً مع علم المعين به، صدّق الإعانه على العدوان.

وإنما الإشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير إلى مقدّمه مشتركة بين المعصيه وغيرها مع العلم بصرف الغير إيّاها إلى المعصيه، كما إذا باعه العنب، فإنّ مقصود البائع تملك المشتري له وانتفاعه به، فهي إعانه له بالنسبة إلى أصل تملك العنب. ولذا لو فرض ورود النهي عن معاونه هذا المشتري الخاصّ في جميع أمورّه، أو في خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقاً.

الشرح:

الظالم المال في الطريق ونحو ذلك. كما لا يصدق على بيع العنب ممّن يعلم أنّه يصنعه خمراً أو الخشب ممّن يصنعه آله قمار، ولذا ورد في الروايات الصحيحه جواز ذلك.

وأورد عليه المصنّف رحمه الله بأنّه لا فرق في صدق الإعانه على الحرام بين إعطاء العصا للظالم مع إرادته ضرب المظلوم، وبين بيع العنب ممّن يعلم أنّه يعمله خمراً أو بيع الخشب ممّن يصنعه آله القمار، حيث إنّ في كل منهما يحصل بفعل المكلف أمر يمكن للغير صرفه في الحرام أو الحلال، مع علم المكلف بصرف ذلك الغير في خصوص الحرام، فدعوى الفرق بين إعطاء العصا في الفرض وبين بيع الخشب أو العنب ممنوعه.

ص: ١٦٥

فمسأله بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمراً نظير إعطاء السيف أو العصا لمن يريد قتلاً أو ضرباً، حيث إن الغرض من الإعطاء هو ثبوته بيده والتمكّن منه، كما أن الغرض من بيع العنب تملكه له. فكل من البيع والإعطاء بالنسبه إلى أصل تملك الشخص واستقراره في يده إعانه. إلا أن الإشكال في أن العلم بصرف ما حصل بإعانه البائع والمعطى في الحرام هل يوجب صدق الإعانه على الحرام أم لا؟

فحاصل محلّ الكلام: هو أن الإعانه على شرط الحرام مع العلم بصرفه في الحرام هل هي إعانه على الحرام أم لا؟ فظهر الفرق بين بيع العنب وبين تجاره التاجر ومسير الحاج، وأن الفرق بين إعطاء السوط للظالم وبين بيع العنب لا وجه له، وأن إعطاء السوط إذا كان إعانه كما اعترف به فيما تقدّم من آيات الأحكام كان بيع العنب كذلك، كما اعترف به في شرح الإرشاد. فإذا بنينا على أن شرط الحرام حرام مع فعله توصلاً إلى الحرام [١] كما جزم به بعض دخل ما نحن فيه الشرح:

نعم، فرق بينهما وبين مسأله تجاره التاجر أو مسير الحاج في صدق الإعانه على الأولين دون الأخيره، وذلك فإنّ داعي المكلف في الأولين إلى فعله هو تمكين الغير والإتيان بأمره، بخلاف تجاره التاجر، فإنّ داعيه إلى تجارته كسب المال لنفسه لا للعشار. نعم، يعلم بأنّه يأخذ من ذلك المال ظلماً.

وبعبارة أخرى: لا يكون في مثال التجاره أو السفر للحجّ غرض المكلف إلى الفعل وصول الغير إلى الحرام، ولا وصول الغير إلى ما هو مقدّمه لذلك الحرام، بخلاف الأولين فإنّ الداعي فيهما، أي الغايه، وصول ذلك الغير إلى مقدّمه الحرام كما لا يخفى.

[١] غرضه من هذا الكلام توجيه صدق الإعانه على الحرام على فعل البائع وبيعه المبيع ممن يصرفه في الحرام، حتّى فيما لو قيل في صدق الإعانه على بيعه باعتبار

فى الإعانه على المحرّم، فىكون بىع العنب إعانه على تملك العنب المحرّم مع قصد التوصل به إلى التخمير، وإن لم يكن إعانه على نفس التخمير أو على شرب الخمر.

وإن شئت قلت: إن شراء العنب للتخمير حرام، كغرس العنب لأجل ذلك، فالبايع إنما يعين على الشراء المحرّم.

نعم، لو لم يعلم أنّ الشراء لأجل التخمير لم يحرم وإن علم أنّه سىخمر العنب بإرادته جديده منه.

وكذا الكلام فى بايع الطعام على من يرتكب المعاصى، فإنّه لو علم إرادته من الطعام المبيع التقوى به عند التملك على المعصيه، حرم البيع منه.

وأما العلم بأنّه يحصل من هذا الطعام قوه على المعصيه يتوصل بها إليها فلا يوجب التحريم هذا.

الشرح:

القصد، أى كون الداعى إلى بىعه وصول المشتري إلى الحرام.

وحاصل التوجيه: أنّ تملك المشتري العنب مثلاً بقصد تخميره فى نفسه حرام، كما أنّ تخميره حرام آخر، وكذا شربه، فىكون بىع البائع لغرض تملك المشتري العنب إعانه للمشتري على شرائه المحرّم. نعم، لو لم يكن المشتري حال الشراء قاصداً تخميره ولكن علم البائع بأنّه يبدو له ذلك، وأنّه سوف يريد تخميره، لا يكون بىع العنب منه إعانه على الشراء المحرّم؛ لعدم حرمة الشراء فى الفرض. ومن هذا القبيل شراء الفساق الطعام، فإنهم لا يريدون حين شرائه التقوى به على الحرام والفسق، بل يريدون الفسق والفجور بعد تملكهم أو تناولهم ذلك الطعام، فلا يكون بىعه منهم إعانه على الشراء المحرّم.

ولكن ىرد على هذا التوجيه أنّه لا يصحّ إلاّ فيما إذا دلّ دليل خاصّ على حرمة الشراء بقصد التوصل إلى الحرام، ولا يبعد قيامه فى تملك العنب بقصد تخميره، حيث

ولكنّ الحكم بحرمه الإتيان بشرط الحرام توَصِيَةً لا إليه قد يمنع، إلاّ من حيث صدق التجزّي، والبيع ليس إعانه عليه، وإن كان إعانه على الشراء، إلاّ أنّه في نفسه ليس تجزياً، فإنّ التجزّي يحصل بالفعل المتلبس بالقصد. وتوهم أنّ الفعل مقدّمه له فيحرم الإعانه، مدفوع بأنّه لم يوجد قصد إلى التجزّي حتّى يحرم و إلاّ لزم التسلسل، فافهم [١]

الشرح:

تقتضيه فحوى لعن غارس الخمر. وأما في غيره كشراء الخشب بقصد صنعه آله القمار مثلاً فليس في الشراء إلاّ التجزّي، والتجزّي يكون بقصد صنع آله القمار، ومن الظاهر أنّ بيع البائع ليست إعانه للمشتري على تجزّيه، أي قصده صنع آله القمار.

لا يقال: نفس الشراء وإن لم يكن تجزياً إلاّ أنّه مقدّمه للتجزي فيكون محرّماً باعتبار كونه مقدّمه له، ويكون بيع البائع إعانه على ذلك الشراء المحرّم المفروض كونه للتجزي.

فإنّه يقال: إنّما تكون مقدّمه الحرام محرّمه فيما إذا قصد الفاعل التوصل بها إلى الحرام، وفيما نحن فيه لا يمكن للمشتري قصد التوصل بالشراء إلى تجزّيه، حيث إنّ لازم ذلك أن يكون تجزّيه، أي قصده صنع آله القمار مثلاً، ناشئاً عن قصد آخر، وهذا يستلزم التسلسل، كما هو المقرّر في محلّه.

[١] لعلّه إشاره إلى أنّه لو كان التجزّي بإرادته فرضاً لما كان نفس الشراء محرّماً أيضاً؛ لأنّ متعلّق الحرمة على الفرض هو الشراء مقيداً بقصد التوصل إلى التجزّي، لا نفس الشراء مطلقاً. والتجزّي ليس بمحرّم شرعاً حتى تكون مقدّمته محرّمه، بل غاية الأمر كونه موجباً لاستحقاق الذمّ والعقاب كما لا يخفى.

ص: ١٦٨

نعم، لو ورد النهى بالخصوص عن بعض شروط الحرام كالغرس للخمر دخل الإعانة عليه في الإعانة على الإثم، كما أنه لو استدلنا بفحوى ما دل على لعن الغارس على حرمه التملك للتخمير، حرم الإعانة عليه أيضاً بالبيع.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّ قصد الغير لفعل الحرام معتبر قطعاً في حرمه فعل المُعين، وأنّ محلّ الكلام هي الإعانة على شرط الحرام بقصد تحقّق الشرط دون المشروط، وأنها هل تعدّ إعانة على المشروط، فتحرم، أم لا؟ فلا تحرم ما لم تثبت حرمه الشرط من غير جهه التجزّي، وأنّ مجرد بيع العنب ممّن يعلم أنّه سيجعله خمرًا من دون العلم بقصده ذلك من الشراء ليس محرّمًا أصلاً، لا من جهه الشرط ولا من جهه المشروط. ومن ذلك يعلم ما فيما تقدّم عن حاشيه الإرشاد من أنّه لو كان بيع العنب ممّن يعمله خمرًا إعانة، لزم المنع عن معاملة أكثر الناس.

ثمّ إنّ محلّ الكلام في ما يعدّ شرطاً للمعصية الصادره عن الغير، فما تقدّم من المبسوط: من حرمه ترك بذل الطّعام لخائف التلف مستنداً إلى قوله عليه السلام: «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ... الخ» محلّ تأمّل، إلّا أن يريد الفحوى [١] ولذا استدلّ في المختلف بعد حكاية ذلك عن الشيخ بوجوب حفظ النفس مع قدره وعدم الضّرر.

ثمّ إنّهُ يمكن التفصيل [٢] في شروط الحرام المعان عليها:

الشرح:

[١] لم يظهر وجه الفحوى، فإنّ حرمه الإعانة على قتل مسلم أو الإضرار به لا يلازم وجوب إنقاذ حياته أو دفع الضرر عنه، وبذل الطعام في المثال إنقاذ للحياه، فتركه يكون تركاً للإنقاذ لا إعانة على الهلاك.

[٢] وهذا بيان ضابط آخر لصدق عنوان الإعانة على الحرام، وحاصله أنّه إذا لم يكن داعي المكلف إلى فعله بيعاً كان أو غيره توصل الغير به إلى الحرام، بل كان داعيه إلى فعله تحقيق نفس ما هو مقدّمه للحرام الذي يعلم بإرادته الغير إياه، كما إذا كان

بين ما ينحصر فائدته ومنفعته عرفاً في المشروط المحرّم، كحصول العصا في يد الظالم المستعير لها من غيره لضرب أحد، فإن ملكه للانتفاع بها في هذا الزّمان ينحصر فائدته عرفاً في الضرب، وكذا من استعار كأساً ليشرب الخمر فيه. وبين ما لم يكن كذلك، كتمليك الخمّار للعنب، فإنّ منفعة التمليك وفائدته غير منحصره عرفاً في الخمر حتّى عند الخمّار. فيعدّ الأوّل عرفاً إعانه على المشروط المحرّم، بخلاف الثّاني. ولعلّ من جعل بيع السلاح من أعداء الدّين حال قيام الحرب من المساعدة على المحرّم، وجوّز بيع العنب ممّن يعمله خمراً كالفاضلين في الشّرائع والتّذكّره وغيرهما نظر إلى ذلك. وكذلك المحقّق الثّاني، حيث منع من بيع العصير المتنجّس على مستحلّه، مستنداً إلى كونه من الإعانه على الإثم، ومنع من كون بيع العنب ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً من الإعانه فإنّ تملك المستحلّ للعصير منحصر فائدته عرفاً عنده في الانتفاع به حال النجاسه، بخلاف تملك العنب.

الشرح:

غرضه من بيعه تملكك المشتري الخشب أو العنب. ولكن مع علمه بأنّه سوف يعمل أو يصنع خمراً أو آله القمار، ففي مثل هذا المورد مع عدّ الفائدة المترتّبه على تلك المقدّمه الأمر المحرّم فقط، أي المحرّم الذي يريده الغير، كما في إعطاء السوط أو السيف للظالم الذي يريد ضرب الآخر أو قتله يكون الإتيان بالمقدّمه إعانه للغير على المحرّم، فلا يجوز. وأمّا إذا لم تكن الفائدة المترتّبه على تلك المقدّمه منحصره بالحرام عرفاً حتى حال الإتيان بها، فلا يكون مجرّد الإتيان بها حتّى مع العلم بأنّ الغير يستفيد منها الحرام داخلياً. في عنوان الإعانه على الإثم. نعم، لو كان داعيه إليها توصل الغير بها إلى المحرّم لدخل في العنوان المزبور بلا كلام.

والحاصل: أنّه لو أحرز في مورد أنّ الفائدة المترتّبه على المقدّمه منحصره

ص: ١٧٠

وكيف كان، فلو ثبت تميّز موارد الإعانة من العرف فهو، وإلا فالظاهر مدخلية قصد المُعين.

الشرح:

بالحرام عرفاً كان الإتيان بها محرّماً باعتبار كونها إعانة على الإثم، وكذا ما إذا كان داعي الفاعل توصلّ الغير بها إلى المحرّم، وإلا فلا موجب للحكم بحرمة المقدّمه؛ لعدم إحراز كونها إعانة على الإثم.

أقول: لعلّ هذا الكلام عين ما تقدّم عن الأردبيلي قدس سره، فلا وجه لعدّه تفصيلاً آخر كما لا يخفى. والصحيح في المقام أن يقال: إنّ إعانة الغير على عمله عباره عن تقليل الكلفه عنه في ذلك العمل بتهيئه مقدّمته، فلا يكون الإتيان بالشىء إعانه له على ذلك العمل فيما إذا لم يكن تقليل الكلفه عنه، كما في تجاره التاجر أو مسير الحاج، فإنّ هذا لا يكون تقليل كلفه الظلم الصادر من العشار أو الظالم، بل فيهما تكثير لكلفته كما لا يخفى. وكذا لا تحصل الإعانه فيما إذا كان العمل الصادر عن الغير متوقّفاً عليه عقلاً، ولكن لا يحسب ذلك الشىء مقدّمه لذلك العمل، كما في بيع الطعام ونحوه لأهل المعاصى، فإنّ المعصيه الصادره عن الفاسق تتوقّف عقلاً على قوّه جسمه وسلامه بدنه، إلا أنّ بيع الطعام منه أو إعطاءه له مجاناً لا يحسب عرفاً مقدّمه لفسقه؛ ولذا يكون الفاسق بصدد تحصيل مثل الطعام حتى فيما إذا ندم وبنى على ترك فسقه. وهذا بخلاف ما إذا عدّ الشىء عرفاً من مقدّمات العمل الصادر عن الغير بحيث يكون في تحقيقها تقليل لكلفه ذلك العمل عنه، كما في إعطاء العنب للخمّار مجاناً أو بعوض، حيث إنّ التخمير يتوقّف عرفاً على تحصيل العنب، وفي بيعه منه تقليل لكلفه طلبه، وكما إعطاء السيف أو السوط للظالم مجاناً أو بعوض، فإنّ فيه تقليلاً لكلفه تحصيلهما عنه.

ثمّ إنّ لا يكون صدق الإعانه على الإثم على فعل المقدّمه موقوفاً على كون

نعم، يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشيء ممن يعلم أنه يصرف المبيع في الحرام، بأن دفع المنكر كرفعه واجب [١] ولا يتم إلا بترك البيع، فيجب.

الشرح:

الداعي إلى فعلها توصيل الغير بها إلى ذلك الإثم، بل لا يعتبر العلم أيضاً بتوصل الغير بها إليه، ولو احتمل توصيله فمع تحقق الحرام من الغير يحصل عنوان الإعانة بفعل المقدمه. نعم، ما دام لم يحرز هذا التوصل بوجه معتبر يكون المكلف معذوراً في تحقيق تلك المقدمه كسائر الموارد التي لا يحرز فيها عنوان الحرام بالشبهه الخارجيه.

ومما ذكرنا ظهر أنّ بيع البائع العنب ممن يعمله خمراً أو الخشب ممن يصنعه آله القمار إعانه للتخمير أو صنعه الحرام، ولو فرض الدليل على حرمة الإعانة على الإثم والعدوان تكون دلالتة على حرمة الإعانة فيما إذا لم يكن الإثم ظلماً على الغير نفساً أو عرضاً أو مالاً. بالإطلاق، فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بمثل الأخبار المتقدمه الظاهره في عدم البأس بالإعانة في مثل بيع العنب مما لم يكن الفعل الصادر عن الغير ظلماً على الغير، حيث إنّ الخطاب المزبور لا- يزيد على سائر المطلقات التي يرفع اليد عنها بالمقيدات.

[١] حاصل الاستدلال أنّ دفع المنكر، أي الفعل الحرام الصادر عن الغير كرفعه واجب على المكلفين، والمراد برفعه قطع استمراره فيما كان له استمرار، كما إذا جعل حمام بيته بحيث تصبّ غسلته في ملك الغير، والمراد بالدفع الممانعه عن أصل صدوره.

والحاصل: أنّه إذا كان الصادر عن الغير عملاً محرماً يجب على الآخرين منعه بقطع استمراره أو الممانعه عن صدوره، وبما أنّ هذا التكليف كسائر التكاليف لا يتعلّق بغير المقدور، فيكون الواجب هو المنع المقدور. وعلى ذلك، فلو كان المشتري المرید

وإليه أشار المحقق الأردبيلي رحمه الله حيث استدلّ على حرمه بيع العنب في المسألة بعد عموم النهى عن الإعانه بأدله النهى عن المنكر.

ويشهد لهذا ما ورد من أنّه «لولا أنّ بنى أميّه وجدوا من يجبي لهم الصّدقات ويشهد جماعتهم ما سلبونا حقنا» دلّ على مذمّه الناس في فعل ما لو تركوه، لم يتحقّق المعصيه من بنى أميّه، فدلّ على ثبوت الذمّ لكلّ ما لو ترك، لم يتحقّق المعصيه من الغير. وهذا وإن دلّ بظاهره على حرمه بيع العنب ولو ممّن يعلم أنّه سيجعله خمرأ مع عدم قصد ذلك حين الشراء إلاّ أنّه لم يقدّم دليل على وجوب تعجيز من يعلم أنّه سيهمّ بالمعصيه، وإنّما الثّابت من النقل والعقل القاضى بوجوب اللّطف وجوب ردع من همّ بها وأشرف عليها بحيث لولا الردع لفعلها أو استمرّ عليها.

الشرح:

وأما تخمير العنب حال شرائه بحيث لا يجد العنب على تقدير عدم بيع هذا البائع، ففي الفرض يكون البائع المزبور متمكناً على منعه عن التخمير بترك بيعه منه، فيجب.

لو كان بحيث لو لم يبع منه العنب لحصله من مصدر آخر ويحصل منه التخمير لا - محاله، فلا - يكون ترك البائع البيع منه منعاً للمشتري عن التخمير حتى يجب.

لا يقال: إنّ لا فرق على ذلك في عدم جواز بيع العنب من المشتري بين كونه مريداً للتخمير حال الشراء أو بدا له التخمير بعد شرائه، وكما لا يجوز البيع في الأوّل كذلك في الثاني.

فإنّه يقال: لا يجب المنع عن المنكر في الثاني، بل إنّما يجب فيما إذا كان الغير مريداً له حال المنع. وأما الذي سيهمّ بالمنكر بعد ذلك فلا دليل على وجوب تعجيزه فعلاً، حتى لا يقصد المعصيه بعد ذلك، حيث إنّ الدليل النقلى على وجوب منع الغير

ثم إن الاستدلال المذكور إنما يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبيعه لم يحصل المعصية، لأنه حينئذٍ قادر على الردع، أما لو لم يعلم ذلك، أو علم بأنه يحصل منه المعصية بفعل الغير، فلا- يتحقق الارتداع بترك البيع، كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيه عن المنكر.

وتوهم أن البيع حرام على كل أحد فلا- يسوغ لهذا الشخص فعله معتذراً بأنه لو تركه لفعله غيره مدفوع بأن ذلك في ما كان محرماً على كل واحد على سبيل الاستقلال، فلا يجوز لواحد منهم الاعتذار بأن هذا الفعل واقع لا محاله ولو من غيري، فلا ينفع تركي له.

الشرح:

عن المنكر لا يدل على أزيد من ذلك، والعقل القاضى بوجوب اللطف يحكم بلزوم فعل ما يوجب قرب العباد إلى الله سبحانه، ومما يوجب قربهم امتناعهم عن المنكر ولا يستقل على أزيد مما ذكر.

لا- يقال: كما يحرم على البائع بيع العنب من المشتري المزبور كذلك يحرم بيعه منه على سائر الباعه، فلا يصح في حكم العقل ارتكاب البائع المزبور الحرام وبيعه العنب منه معتذراً بأنه لو لم يبيعه لباعه الآخر.

فإنه يقال: إن هذا الكلام، أى عدم صحه الاعتذار، إنما يجرى فيما إذا كان العمل الواحد حراماً على كل واحد من المكلفين مستقلاً، والمراد بالعمل الواحد إخراج طبعي الفعل عن العدم المعبر عنه بصرف الوجود. مثلاً لا يصح لمكلف هدم مسجد اعتذاراً بأنه لو لم يهدمه لهدمه الآخرون.

وأما إذا كان التكليف وجوبياً ومتعلقاً بإخراج الفعل إلى الوجود، وكان الفعل بحيث لا يحصل خارجاً بفعل مكلف واحد أو تركه، بل يحصل باجتماعهم جميعاً على الفعل أو الترك، كما إذا وجب حمل ثقيل من مكان إلى آخر، وكان الحمل موقوفاً

أما إذا وجب على جماعه شيء واحد كحمل ثقیل مثلاً بحيث يراد منهم الاجتماع علیه، فإذا علم واحد من حال الباقي عدم القيام به والاتفاق معه في إيجاد الفعل كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغواً، فلا يجب.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ عدم تحقّق المعصيه من مشتري العنب موقوف على تحقّق ترك البيع من كلّ بائع، فترك المجموع للبيع سبب واحد لترك المعصيه، كما أنّ بيع واحد منهم على البدل شرط لتحققها، فإذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقي معه في تحصيل السبب والمفروض أنّ قيامه منفرداً لغو سقط وجوبه.

الشرح:

على اجتماع اثنين أو أكثر على رفعه، ففي هذه الصورة لا- يجب على المكلّف إلا- الرفع المقدور، والرفع المقدور له هو الرفع الضمني لا- الاستقلاليّ. وإذا فرض عدم شركه آخر في رفعه لما وجب عليه رفعه؛ لأنّ رفعه في هذا الفرض غير مقدور له، والوجوب لا- يتعلّق بغير المقدور، والأمر في المقام كذلك فإنّ التكليف وهو وجوب منع الخميّار عن المنكر يحصل باجتماع جميع باعه العنب على ترك بيعه منه.

وبعبارة أخرى: المقدور من المنع لهذا البائع هو ترك بيع العنب منه عند ترك الآخرين بيعه منه، وعلى ذلك فيجوز له البيع مع إحرازه أنّه لو لم يبعه لباعه الآخر، والوجه في الجواز عدم كون بيعه في الفرض مخالفه لوجوب المنع عن المنكر. ولو شكّ في قيام سائر المكلّفين بالمنع بتركهم البيع منه كان مرجع الشكّ إلى الشكّ كونه متمكناً فعلاً على منع ذلك المشتري عن المنكر أولاً، فإن قلنا بأنّ مورد الشكّ في القدره على الواجب كما ادّعى داخل في قاعده الاحتياط، فلا يجوز للمكلّف البيع منه.

وأما لو قلنا بأنّه من موارد الشكّ في التكليف، وأنّه تجرى فيه أدلّه البراءه «إلا مع

وأما ما تقدّم من الخبر في أتباع بنى أمية، فالذمّ فيه إنّما هو على إعانتهم بالأمر المذكور في الرواية، وسيأتي تحريم كون الرّجل من أعوان الظلمه، حتّى في المباحات التي لا دخل لها برئاستهم، فضلاً عن مثل جبايه الصّدقات وحضور الجماعات وشبههما ممّا هو من أعظم المحرّمات.

الشرح:

إحراز القدره بوجه معتبر ولو كان ذلك الوجه المعتبر هو الاستصحاب» كان المورد من موارد البراءه. والظاهر من أوّل كلام المصنّف رحمه الله جعله من موارد الرجوع إلى البراءه، حيث قال: «ثم إنّ هذا الاستدلال يحسن مع علم البائع أنّه لو لم يبعه لم يحصل المنكر»، كما أنّ ظاهر آخر كلامه جعله من موارد الاحتياط، حيث قال: «فإن علم أو ظنّ أو احتمال قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضاً».

أقول: لا بأس بالالتزام بدلاله الكتاب المجيد على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوه إلى فعل الخير، أي فعل المعروف وترك المنكر كفايه، قال عز من قائل: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ . . .» (١)، حيث إنّ ظاهر الأمر الوجوب والتعبير عن القائمين بالعمل بعدّه من المسلمين لا يناسب الوجوب العيني، بل ظاهره الوجوب الكفائي. ويشمل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوه إلى الخير صورته علم المدعويين بالحكم الشرعي وعدم قيامهم بالعمل، فلا تختص الآيه بوجوب تبليغ الأحكام الشرعيّه إلى الجاهلين بها، بل تعمّ المسأله المعروفه بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

والحاصل: أنّ وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوه إلى الخير كوجوب تبليغ أحكام الشريعة إلى الجاهلين بها كفائي. ويكون المقدار الواجب في الأمر والنهي هو المقدار المتعارف الواجب في تبليغ الأحكام، فلا يجب الفحص عن

ص: ١٧٦

وقد تلخص مِمَّا ذكرنا أنّ فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقق المعصية من الغير من دون قصد توصل الغير به إلى المعصية غير محرم، لعدم كونها في العرف إعانه مطلقاً، أو على التفصيل الذي احتملناه أخيراً. وأمّا ترك هذا الفعل، فإن كان سبباً يعني علّه تأمته لعدم المعصية من الغير كما إذا انحصر العنب عنده وجب، لوجوب الردع عن المعصية عقلاً ونقلاً، وأمّا لو لم يكن سبباً، بل كان السبب تركه منضمّاً إلى ترك غيره، فإن علم أو ظنّ أو احتمل قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضاً، وإن علم أو ظنّ عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك، لأنّ تركه بنفسه ليس برادع حتى يجب.

الشرح:

تعيين الفاسق وتارك الخير حتى يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر بخصوصه.

ويدلّ على وجوب ما ذكرنا الروايات، نعم بعضها باعتبار ضعفها سنداً أو دلالة لا تصلح للاستدلال بها، ولا تصحّ دعوى استقلال العقل بوجوب النهي. وما ذكره المصنّف رحمه الله من حكمه بلزوم اللطف لا- نفهمه، فإنّه يكفي في إتمام الحجّة على العباد تبليغ الأحكام إليهم وإعلامهم بما أوعد الله به الطغاه والعصاه.

هذا بالنسبة إلى المنع القولي، وأمّا المنع الخارجي في مقابل المنع الإنشائي والقولي، فلا دليل على وجوبه لا عقلاً ولا نقلاً، إلّا أنّه ربّما يقال باستفاده وجوبه من فحوى دليل النهي عن المنكر، بدعوى كون ملاك وجوب النهي عنه سدّ طريق الفساد والمنع عن حصوله خارجاً.

وفيه: أنّه لا يمكننا استفاده وجوبه فيما إذا كان المنع المزبور ملازماً أو موقوفاً على ارتكاب عمل لا يجوز ذلك العمل بمقتضى سائر الأدلّة الشرعيّة، كما إذا كان منع شخص عن الإفطار في نهار شهر رمضان موقوفاً على دخول بيته بدون إذنه ورضاه. أو موقوفاً على ترك بعض الصناعات الواجبه ولو بنحو الكفايه، كما إذا كان المنع المزبور

ص: ١٧٧

نعم، هو جزء للرداع المركب من مجموع تروك أرباب العنب، لكن يسقط وجوب الجزء إذا علم بعدم تحقق الكل في الخارج. فعلم مما ذكرناه في هذا المقام أنّ فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير يقع على وجوه:

أحدها أن يقع من الفاعل قصداً منه لتوصّل الغير به إلى الحرام، وهذا لا إشكال في حرمة، لكونه إعانه.

الشرح:

موقوفاً على ترك بيع الطعام من جميع الناس أو غير ذلك، بل يمكن أن يقال بعدم وجوب المنع مطلقاً، حيث لم يظهر من أدلّه النهي عن المنكر أنّ تمام ملاك وجوبه دفع الفساد حتى يمكن التعدي، كما يقال بأنّه لم يظهر من دليل اعتبار خبر العدل أنّ تمام اعتباره هو الظنّ الحاصل منه حتى يوجب ذلك الالتزام باعتبار سائر الظنون.

نعم، بعض الأمور الفاسده والمنكرات التي نعلم بعدم رضا الشارع بحصولها خارجاً بأيّ حال حتى فيما إذا حصل الفساد من غير المكلف، كرواج القمار وشرب الخمر علناً وقتل النفوس ونهب الأموال وسائر أنواع الفساد مما يختلّ به نظام اجتماع المسلمين، فيجب منعها قولاً وعملاً. وفيما إذا كان منعها موقوفاً على ارتكاب أمر لا يجوز ذلك الأمر بمقتضى الأدلّه الشرعيّه يكون المقام من المتزاحمين، فيجب فيهما رعايه الأهم أو محتمل الأهميه.

ثمّ إنّ على القول بوجوب النهي عن المنكر فيما إذا لم يتوقّف على ارتكاب الحرام، لا فرق في وجوبه بين من يهّم بالمعصيه حال المنع، وبين من يهّم بها بعد ذلك، حيث إنّ مقتضى الآيه المباركه وجوب النهي عن المنكر في كلتا صورتين، ويستفاد وجوب المنع عنه فيهما من فحواها.

نعم، الروايه التي أشار إليها المصنّف رحمه الله من قوله عليه السلام: «لولا أنّ بنى أميه وجدوا

الثانى: أن يقع منه من دون قصد لحصول الحرام، ولا لحصول ما هو مقدّمه له مثل تجاره التاجر بالنسبه إلى معصيه العاشر، فإنه لم يقصد بها تسلط العاشر عليه الذى هو شرط لأخذ العشر، وهذا لا إشكال فى عدم حرمة.

الثالث: أن يقع منه بقصد حصول ما هو من مقدّمات حصول الحرام من الغير، لا لحصول نفس الحرام منه. وهذا قد يكون من دون قصد الغير التوصل بذلك الشرط إلى الحرام، كبيع العنب من الخمار المقصود منه تملكه للعنب الذى هو شرط لتخميره لا نفس التخمير مع عدم قصد الغير أيضاً التخمير حال الشراء، وهذا أيضاً لا إشكال فى عدم حرمة. وقد يكون مع قصد الغير التوصل به إلى الحرام أعنى التخمير حال شراء العنب، وهذا أيضاً على وجهين:

أحدهما: أن يكون ترك هذا الفعل من الفاعل عله تامه لعدم تحقّق الحرام من الغير، والأقوى هنا وجوب التّرك وحرمة الفعل.
والثانى: أن لا يكون كذلك، بل يعلم عاده أو يظنّ بحصول الحرام من الغير من غير تأثير لترك ذلك الفعل، والظاهر عدم وجوب التّرك حينئذٍ، بناءً على ما ذكرنا من اعتبار قصد الحرام فى صدق الإعانة عليه مطلقاً، أو على ما احتملناه من التفصيل.

الشرح:

لهم من يكتب ويجبى لهم الفىء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا»(١) لا-دلالة فيها على ذلك، حيث إنّ كون الشخص من أعوان الظلمه فى نفسه من المحرّمات حتّى فيما إذا لم يعدّ من أعوانه فى ظلمه، بل فى سائر أموره، فهى ناظره إلى ذلك لا إلى عدم جواز العمل فيما يكون سبباً لإرادته الغير المعصيه بعد ذلك.

ص: ١٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٩٩، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، وفيه حديث واحد.

ثم كل مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسه، فالظاهر عدم فساد البيع، لتعلق النهى بما هو خارج عن المعامله [١] أعنى الإعانه على الإثم أو المسامحه فى الردع عنه، ويحتمل الفساد لإشعار قوله عليه السلام فى روايه التحف [٢]

الشرح:

[١] لا يخفى أنّ النهى عن معاملة، بمعنى تحريمها تكليفاً، لا يقتضى فسادها حتى فيما إذا تعلق النهى بنفس المعامله، كما ذكرنا ذلك فى شراء العنب بقصد تخميره أو بيعه بداعى تخمير المشتري، ولا يختصّ بما كان بعنوان آخر، كعنوان الإعانه على الإثم أو عنوان المسامحه فى المنع عن المنكر. والوجه فى عدم اقتضائه مطلقاً هو أنّ النهى عن المعامله منع عن إيجادها وصحتها بعد إيجادها، أى إمضاؤها، أمر آخر لا ينافى النهى عن الإيجاد.

[٢] لعلّ مراده أنّ المذكور فى حديث «تحف العقول» من ملاك فساد البيع وإن لم يعمّ المقام، إلاّ أنّه لا يخلو عن الأشعار إليه.

بيان ذلك: أنّ المراد بحرمة البيع فى الحديث المزبور فساد، كما هو ظاهر تحريم المعامله، والمذكور فيه من ملاك فساد كون المبيع منهياً عنه فى خطاب الشرع، كتحريم الميتة والدم ونحوهما.

وبعبارة أخرى: لا- تتعلّق الحرمة ثبوتاً بغير الفعل، ولكنّ الملاك فى فساد بيع الشىء ليس مجرد حرمة الفعل والانتفاع، بل تتعلّق الحرمة فى الخطاب بنفس ذلك الشىء حتى يفيد حرمة جميع منافعه أو خصوص المقصوده منه، ووجه دلالة الحديث على هذا الملاك هو أنّ المراد بالضمير فى قوله: فهو حرام محرّم بيعه وشراؤه، هى العين؛ إذ البيع لا- يتعلّق بغيرها، ويكون رجوعه إلى (كل منهى عنه) فى قوله: «وكلّ منهى عنه مما يتقرّب به لغير الله، أو يقوى به الشرك أو الكفر من جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق» قرينه على المراد من المرجع.

المتقدمه بعد قوله: «وكلّ بيع ملهوّ به وكلّ منهي عنه ممّا يتقرّب به لغير الله أو يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحقّ»، «فهو حرام محرّم بيعه وشراؤه وإمساكه الخ»، بناءً على أنّ التحريم مسوق لبيان الفساد في تلك الزوايه كما لا يخفى. لكن في الدّلاله تأمل، ولو تمّت لثبت الفساد مع قصد المشتري خاصه للحرام لأنّ الفساد لا يتبعّض.

الشرح:

والحاصل: أنّ هذا الملاك لا ينطبق على العنب، حيث لم يتعلّق به النهي في خطاب، بل المنهي عنه بيعه أو شراؤه بقصد تخميره. نعم، الحديث لا يخلو عن إشعار إلى كون النهي عن الشيء موجّباً لفساد بيعه لحرمة الانتفاع معه، وهذا الأمر موجود في المقام أيضاً، حيث إنّ الانتفاع من العنب بالتخمير أو شراؤه أو بيعه بداعيه حرام، بل يجري في مورد قصد المشتري التخمير. وكأنّ بيع البائع منه لجهله بالحال وعدم علمه بأنّ المشتري يعمله خمراً، حيث إنّ شراء المشتري، باعتبار كونه انتفاعاً محرّماً من العنب حرام، فيفسد، وبما أنّ البيع لا يتبعّض بأن يصح من طرف البائع ويبطل من طرف المشتري فيحكم بفساده من الطرفين.

وممّا ذكر يظهر أنّ المذكور في الحديث من ملاك فساد البيع لا يعمّ المقام حتّى لو قيل بوجود فقره أخرى في الحديث، كما في النسخه المطبوعه من «تحف العقول» الموجوده في أيدينا، وهي قوله: «أو باب من الأبواب يقوى به باب من الضلاله أو باب من أبواب الباطل» ووجه الظهور أنّه سلّمنا كون المراد بالباطل مطلق الانتفاع المحرّم فرضاً، إلّا أنّه ليس مجرد حرمة الانتفاع ملاكاً لفساد البيع، بل الملاك تعلّق النهي بنفس العين، والعنب لم يتعلّق به النهي في خطاب.

هذا، مع أنّ وجود فقره في مثل «تحف العقول» المطبوع لا- يوجب الاعتماد عليها، بل لابد من إحراز وجود تلك الجملة في روايه حسن بن شعبه الواصله إلينا

ص: ١٨١

القِسْمُ الثَّالِثُ: ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا [١] بمعنى أنّ من شأنه أن الشرح:

بطريق معتبر كما لا يخفى.

لا- يقال: لا يمكن الحكم فيالمقام بصحة البيع حتى مع فرض كونه محرّمًا بعنوان الإعانة على الإثم أو المسامحة في دفع المنكر. والوجه في ذلك أنّ عنوان الإعانة إنّما يتمّ بتسليم العنب مثلاً إلى المشتري، وإذا كان التسليم محرّمًا فلا يتمّ البيع، حيث لا يعمّه قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بل ولا قوله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» باعتبار أن من شرط البيع التمكّن من تسليم المبيع.

فإنّه يقال: غايه الأمر أن لا يعمّه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» قبل الإقباض، وأما بعده ولو عصيًّا فلا مانع من شمولهما له، فتكون النتيجة أنّ إقباض المبيع شرط لتمام البيع، نظير تمام بيع السلم بقبض الثمن.

وبعبارة أخرى: البيع قبل الإقباض أو مع الإقباض محرّم بعنوان الإعانة على الإثم أو المسامحة في دفع المنكر، وبهذا الاعتبار لا تعمّه أدله الإمضاء ودليل وجوب الوفاء بالعقود، ولكن تعمّه بعد ذلك.

وإن شئت قلت: إنّ المقام نظير ما خرج عن العامّ أو المطلق فرد من الأوّل، ودار أمره بين الخروج إلى الأبد أو في الزمان الأوّل فقط، حيث يرجع فيه إلى العامّ والمطلق بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان، كما يذكر مثل ذلك فيما إذا باع الراهن الرهن ثمّ فكّه.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا مانع من صحة البيع من الأوّل فيما إذا كان البيع بالمعاطاه، أي بإقباض المبيع، ووجه الظهور هو أنّ النهي عن إيجاد ذلك الإقباض لا ينافي إمضاءه بعد حصوله.

[١] أي يحرم الاكتساب بالعين وبيعها باعتبار أنّ تلك العين قابله لاستعمالها

يقصد منه الحرام وتحريم هذا مقصور على النص، إذ لا يدخل ذلك تحت الإعانة، خصوصاً مع عدم العلم بصرف الغير له في الحرام، كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم، بل وعدم العلم باستعمالهم لهذا المبيع الخاص في حرب المسلمين، إلا أن المعروف بين الأصحاب حرمة، بل لا خلاف فيها والأخبار بها مستفيضة:

منها: روايه الحضرمي، قال: «دخلنا على أبي عبدالله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما ترى في من يحمل إلى الشام من السروج وأداتها؟ قال: لا بأس، أتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله، أتم في هدنه، فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السلاح والسروج».

الشرح:

في الحرام، ومن الظاهر أن مجرد قابليته المبيع لاستعماله في الحرام لا يوجب عدم جواز بيعه تكليفاً أو وضعاً؛ لأن غالب الأموال يمكن استفادته الحرام منها، بل لا بد في الالتزام بعدم جواز البيع فيما يكون من هذا القبيل من إقامه دليل على المنع، كما في بيع السلاح من أعداء الدين، حيث يكون عدم الجواز فيه باعتبار الدليل عليه.

ويقع الكلام في أن المحرم هل هو البيع حال حربهم مع المسلمين فقط أو مطلقاً المشهور على الأول، والمحكي عن الشهيد في حواشيه على «القواعد» هو الثاني، وهذا هو الأظهر، كما يظهر وجهه فيما بعد.

ثم إن ما ذكرنا من أن مجرد قابليته المبيع للانتفاع المحرم لا يوجب عدم جواز بيعه فيما إذا لم يعلم البائع باستعمال المشتري العين المزبوره فيالحرام، ولم يكن قصده وداعيه إلى بيعها استعمال المشتري وانتفاعه المحرم، وإلا لدخل البيع في عنوان الإعانة على الإثم، أو يكون قسماً من التجري كما لا يخفى.

ص: ١٨٣

ومنها: روايه هند السراج، قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: أصلحك الله! إنني كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم، فلتما عرفتني الله هذا الأمر ضقت بذلك وقلت: لا- أحمل إلى أعداء الله، فقال: احمل إليهم وبعهم، فإن الله يدفع بهم عدونا وعدوكم يعنى الروم فإذا كان الحرب بيننا فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك» وصریح الروايتين اختصاص الحكم بصورة قيام الحرب [١] بينهم وبين المسلمين بمعنى وجود المباينه فى مقابل الهدنه، وبهما يقيد الشرح:

[١] لا- يخفى أنه ليس بيع السلاح ونحوه من الكفار من مدلول الروايتين، بل مدلولهما البيع من المخالفين، وقد حكم فيهما بالجواز باعتبار الهدنه فى البين، كزمان رسول الله صلى الله عليه وآله؛ ولأن الله يدفع بالمتربيعين على كراسى الحكم والمسليطين على رقاب المسلمين شر الكفار عن المؤمنين. وأمّا الروايه الناظره إلى بيع السلاح ونحوه من الكفار، فمقتضى إطلاقها عدم الجواز، حتى فى حال غير الحرب، كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجاره؟ قال: إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس» (١)، فإن مفهومها عدم جواز حمل السلاح إليهم حتى فى غير حال الحرب، بل لا- يبعد كونها ناظره إلى خصوص هذا الحال، فإن تقويتهم حال حربهم مع المسلمين ولو بإرسال مثل الطعام إليهم غير جائز، لا يظنّ بمثل على بن جعفر السؤال عنه.

وأما مكاتبه أبى القاسم الصيقل، قال: «كتبت إليه: إنى رجل صيقل اشترى السيوف وأبيعه من السلطان، أجاز لي بيعها؟ فكتب لا بأس به» (٢)، فالمراد فيها البيع من السلطان المخالف، فلا يكون مورد الكلام، مع أنه لإضمارها وجهاله حال كاتبها

ص: ١٨٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ١٠٣، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٥.

المطلقات جوازاً ومنعاً مع إمكان دعوى ظهور بعضها في ذلك [١] مثل مكاتبه الصّيقل [٢] «أشترى السيوف وأبيعها من السلطان أجائز لى بيعها؟ فكتب: لا بأس به».

وروايه عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التّجاره، قال: إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس» ومثله ما في وصيّته النبيّ صلى الله عليه وآله لعليّ عليه السلام: «يا عليّ، كفر باللّهِ العظيم من هذه الأُمّة عشره أصناف وعدّ منها بائع السّلاح من أهل الحرب».

فما عن حواشى الشّهيد من أنّ المنقول: أنّ بيع السّلاح حرام مطلقاً في حال الحرب والصّيلم والهدنه، لأنّ فيه تقويه الكافر على المسلم، فلا يجوز على كلّ حال شبه الاجتهاد في مقابل النّص، مع ضعف دليله، كما لا يخفى.

الشرح:

لا- يمكن الاعتماد عليها، فالأظهر في المقام ما ذكره الشّهيد رحمه الله في حواشيه، ولا يكون ذلك من قبيل الاجتهاد في مقابل النّص. ومراده من تقويتهم إعلاء شوكتهم وتأييد قدره القتاليه فيهم، ولا يعمّ مثل بيع الطعام منهم، فإنّ بيع مثله لا يوجب شوكة وعزّه لهم ولا- تقويه لهم في جهه قتالهم المحتمل مع المسلمين. نعم، في حاله الحرب لا- يجوز بيع الطعام أيضاً، وقد ذكرنا انصراف الصحیحه إلى غير حال الحرب، فلا- يكون عدم تقييد نفى البأس عن حمل غير السّلاح منافياً لحرمه تأييدهم حال الحرب.

[١] أى مع إمكان دعوى ظهور بعض تلك المطلقات في الاختصاص.

[٢] مثال للمطلقات جوازاً ومنعاً.

ثم إن ظاهر الروايات شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونه والمساعده أصلاً، بل صريح مورد السؤال في روايتي الحكم وهند هو صورته عدم قصد ذلك، فالقول باختصاص حرمة البيع بصوره قصد المساعده كما يظهر من بعض العباثر ضعيف جداً. وكذلك ظاهرها الشمول لما إذا لم يعلم باستعمال أهل الحرب للمبيع في الحرب، بل يكفي مظنه ذلك بحسب غلبه ذلك مع قيام الحرب، بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع.

وحينئذٍ فالحكم مخالف للأصول، صير إليه للأخبار المذكوره، وعموم روايه تحف العقول المتقدمه فيقتصر فيه على مورد الدليل، وهو السلاح، دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجن [١] والدرع والمغفر وسائر ما يكنّ وفاقاً للنهائه وظاهر السيرائر وأكثر كتب العلامه والشهيدين والمحقق الثاني، للأصل. وما استدلل به في التذكرة من روايه محمد بن قيس، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفئتين من أهل الباطل تلتقيان، أبيعهما السلاح؟ قال: بعهما ما يكتنهما: الدرع والخفين ونحوهما».

ولكن يمكن أن يقال: إن ظاهر روايه تحف العقول إناطه الحكم على تقوى الكفر ووهن الحق، وظاهر قوله عليه السلام في روايه هند: «من حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا» أن الحكم منوط بالاستعانه، والكل موجود فيما يكنّ أيضاً، كما لا يخفى.

الشرح:

[١] بكسر الميم، صفحه من فولاذ يتحفظ بها عن الإصابه في القتال، ويعبر عنه في لغة الفرس ب(سپر)، والدرع منسوج مثل القميص ويتحفظ بلبسه في القتال على الجسد، والمغفر ينسج للتحفظ بلبسه في القتال على الرأس، وسائر ما يكنّ، أي سائر ما يستتر به عند القتال.

ثم إن المنع عن بيع السلاح من الكفار كما ذكرنا، باعتبار عدم إعلاء كلمتهم

مضافاً إلى فحوى روايه الحَكَم المانعه عن بيع السِّروج، وحملها على السِّيوف السريحيه لا يناسبه صدر الرّوايه، مع كون الرّواي سراجاً.

وأما روايه محمد بن قيس، فلا دلالة لها على المطلوب، لأنّ مدلولها بمقتضى أنّ التفصيل قاطع للشّركه : الجواز في ما يَكُنّ، والتّحريم في غيره، مع كون الفئتين من أهل الباطل، فلا بدّ من حملها على فريقين محقونى الدّماء، إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السّلاح على صاحبه.

فالمقصود من بيع ما يَكُنّ منهما [١] تحفّظ كلّ منهما عن صاحبه وتترسه بما يَكُنّ، وهذا غير مقصود في ما نحن فيه، بل تحفّظ أعداء الدّين عن بأس المسلمين خلاف مقصود الشّارع. فالتعدّي عن مورد الرّوايه إلى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق، ولعلّه لما ذكر قيّد الشّهيد فيما حكى عن حواشيه على القواعد إطلاق العلامه جواز بيع ما يَكُنّ بصوره الهدنه وعدم قيام الحرب.

الشرح:

وزياده شوكتهم وتأييد قدره القتاليه فيهم يعمّ بيع مثل الدرع مما لا يكون سلاحاً، ولكن يستعمل في القتال كالسّلاح، كما أنّه لا ينافي ما ذكر جواز بيع السّلاح من الكفّار، بل وجوبه فيما إذا طرأ عنوان آخر، كما إذا توقّف الدفع عن حوزه الإسلام على ذلك البيع، فيما إذا هاجم عدوّ مشترك بلاد المسلمين، وأعطى المسلمون السّلاح للكفّار؛ ليشاركوا المسلمين في دفع ذلك العدو.

وبعبارة أخرى: بيع السّلاح في الفرض مقدّمه لواجب أهمّ وهو الدفاع عن حوزه الإسلام وبلاد المسلمين، ومثل صحيحه على بن جعفر المتقدّمه غير ناظره إلى ذلك، فلاحظ.

[١] يعنى المقصود من بيع ما يَكُنّ للفئتين تحفّظ كل من الفئتين عن صاحبه

ثم إن مقتضى الاقتصار على مورد النص: عدم التعدّي إلى غير أعداء الدّين كقطع الطّريق، إلا أن الاستفادة من روايه تحف العقول: إناطه الحكم بتقوى الباطل ووهن الحقّ، فلعله يشمل ذلك، وفيه تأمل.

ثم إن النهى فى هذه الأخبار [١] لا يدلّ على الفساد فلا مستند له سوى ظاهر الشّرح:

وتترسه، أى تحفّظه بما يتحفّظ به.

[١] بيان ذلك أن النهى عن حمل السلاح إلى المشركين، أو مثل أهل الشام عند مباينتهم لأهل الإيمان بمناسبه الحكم والموضوع، نظير النهى عن البيع عند النداء حكم تكليفيّ، حيث إنّه كما أن المفهوم من النهى عن البيع عند النداء هو التحفّظ على صلاه الجمعه وإقامتها، فكذلك النهى عن حمل السلاح وبيعه منهم باعتبار أن لا تكون كلمتهم العليا وشوكتهم قصوى، أو يفكروا فى الهجوم على المسلمين أو محو شوكة المؤمنين؛ ولذا لا حرمه فيما إذا لم يكن الأمر كذلك، كما إذا كانت طائفتان من الكفار متحاربتين وأعطاهما المسلمون سلاحاً ليبيد كلّ منهما الآخر، حتّى تبقى العزّه والشوكة للمسلمين.

لا يقال: قد ورد فى صحيحه محمد بن قيس عدم جواز ذلك، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل نبيعهما السلاح؟ فقال: بعهما ما يكتنهما؛ الدرع والخفين ونحو هذا» (١).

فإنه يقال: المنع فى الصورة التى ذكرناها غير محتمل؛ لعدم الحرمة للطرفين، وهذه الصحيحه لا بدّ من حملها كما ذكر المصنّف رحمه الله على طائفتين يكون كلّ منهما باعتبار كونهما من أهل الجزية ونحوها محقونه الدم. وبيع السلاح منهما مع كونهما فى حاله حرب إعانه على ظلم كلّ منهما الآخر فلا يجوز، بخلاف بيع مثل الدرع مما

ص: ١٨٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٠٢، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

خير تحف العقول الوارد في بيان المكاسب الصحيحه والفايده والله العالم.

النوع الثالث: مما يحرم الاكساب به ما لا منفعه فيه محلله معتداً بها عند العقلاء، والتحرير في هذا القسم ليس إلا من حيث فساد المعامله وعدم تملك الثمن، وليس كالاكساب بالخمير والخنزير [١]

الشرح:

يتحفظ به كل منهما على نفسه من جور الآخر.

والحاصل: أن النهي عن حمل السلاح إلى المشركين أو المخالفين في مورد ثبوته تكليفي ملاكه تقويه الكفر والشرك والباطل، وهذا القسم من النهي عن المعامله لا يقتضى فسادها؛ لما تقدم من أنه لا منافاه بين المنع عن إيجادها وإمضاءها على تقدير حصولها حتى لو قيل بأن التقويه تحصل بتسليم المبيع إلى المشركين أو سائر أهل الباطل، فإن غايه ذلك أن لا يكون البيع المزبور من الأول مشمولاً لأدله الإمضاء، ولكن تشمله بعد حصول التسليم خارجاً، نظير ما ذكرنا في بيع العنب ممن يعلم أنه يعمله خمراً.

هذا كله في بيع السلاح من الكفار أو أهل الباطل من المخالفين، وأمياً يبعه من مثل قطاع الطريق فمع إحراز البائع استعمال المشتري ذلك السلاح في الاعتداء على الغير فلا يجوز، باعتبار كون البيع إعانه على ظلمه، ومع عدم الإحراز فلا بأس. وكذا الحال في غير السلاح مما يستعمل في الاعتداء على الناس.

[١] أى أن المنع عن الاكساب بهذا النوع وضعي فقط، بخلاف الخمير والخنزير، حيث إن الاكساب بهما ممنوع تكليفاً ووضعاً.

أقول: المنع التكليفي بالإضافة إلى الخمير صحيح، كما هو مقتضى لعن بائعها ومشتريها، وأمياً الخنزير فلا موجب للالتزام فيه بالتكليف.

وكيف كان، فيقع الكلام في المقام في اعتبار المائيه ولكن لا ينبغي الريب فيه،

والدليل على الفساد في هذا القسم على ما صرح به في الإيضاح كون أكل المال بإزائه أكلاً بالباطل.

وفيه تأمل، لأن منافع كثير من الأشياء التي ذكروها في المقام تقابل عرفاً بمالٍ ولو قليلاً بحيث لا يكون بذل مقدار قليل من المال بإزائه سفهاً. فالعمده ما يستفاد من الفتاوى والنصوص من عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة وكونها في نظره كالمعدومه.

الشرح:

فإن تملكك العوض بإزائه مع عدم مالتيته من أكله بالباطل. وقد تقدم أن عنوان أكل المال بالباطل في الآية المباركة بنفسه موضوع للحكم ومتعلق للنهي الوضعي، لا- أنه أخذ عنواناً مشيراً إلى ما كان متعارفاً في زمان الجاهلية من أنحاء التملك بالقهر والقمار والمنابذة وغيرها، وأن كلها فاسده، إلا التجاره عن تراض.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله (١) أنه لا- تعتبر المائيه في المبيع، ومنع عن كون أخذ الثمن بإزاء ما لا- يكون بمال داخلاً في عنوان الأكل بالباطل، واستشهد لعدم اعتبارها بموارد قد استعمل فيها لفظ الشراء مع عدم المائيه، كقوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ...» (٢)، «وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» (٣)... إلى غير ذلك.

والحاصل: أن المبادله حتى مع عدم المائيه فيها للمبيع داخله في التجاره عن تراض وفي العقود المحكوم عليها بوجوب الوفاء بها.

وفيه ما لا- يخفى، فإن إطلاق الشراء أو البيع في مثل تلك الموارد يكون بالادعاء والعنايه، كيف؟ وليس فيها تملك اعتباري، كما هو مقتضى حقيقه البيع والشراء،

ص: ١٩٠

١- (١) مصباح الفقاهه ١: ١٩٣، محاضرات في الفقه الجعفري ١: ٢١٣.

٢- (٢) سوره التوبه: الآيه ١١١.

٣- (٣) سوره البقره: الآيه ١٠٢.

قال في المبسوط: إنّ الحيوان الطاهر على ضربين: ضرب ينتفع به، والآخر لا ينتفع به إلى أن قال: وإن كان ممّا لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا- خلاف، مثل الأسد والذئب، وسائر الحشرات، مثل: الحيات، والعقارب، والفأر، والخنافس، والجعلان، والجذّاء، والرّخمه، والنّسر، وبُعّاث الطّير، وكذلك الغربان، انتهى.

وظاهر الغنيه الإجماع على ذلك أيضاً. ويشعر به عبارته التذكرة، حيث استدلّ على ذلك بخسّه تلك الأشياء، وعدم نظر الشارع إلى مثلها في التّقويم، ولا يثبت يد لأحدٍ عليها، قال: ولا اعتبار بما ورد في الخواصّ من منافعها، لأنّها لا تُعدّ مع ذلك مالاً، وكذا عند الشافعي، انتهى.

الشرح:

فالاستشهاد بمثل الآيتين على عدم اعتبار المائيه في العوضين في موارد التمليك والتملك الاعتباريين، كما هو المطلوب في المقام عجيب. وآية النهي عن أكل المال بالباطل تكون مانعه عن التمسك بـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، كما أنّ قوله عزّ من قائل: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(٢) لا يشمل موارد الأكل بالباطل؛ لأنّ التجاره هي البيع والشراء بقصد الربح، وقد ذكرت في الآيه في مقابل أكل المال بالباطل، فكيف يعمّ مواردّه؟

وأما الكلام فيما يذكر مثلاً لعدم المائيه له من السباع والحشرات، فلا ينبغي الريب في أنّ لبعضها مالیه عند العقلاء، ولا يكون غير الأكل في جميع الحيوانات من المنفعة النادرة، حتّى لا- يكون موجباً لمائيتها، ويؤيّد ذلك ما ورد في جواز بيع الهزّه. نعم، ورد في القرده المنع عن بيعها^(٣)، ولكن باعتبار ضعف سنده لا يصلح لرفع اليد

ص: ١٩١

١- (١) سورة المائدة: الآيه ١.

٢- (٢) سورة النساء: الآيه ٢٩.

٣- (٣) الوسائل ١٧: ١١٩ و ١٧١، الباب ١٤ و ٣٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ و ٤.

وظاهره اتفاقنا عليه. وما ذكره من عدم جواز بيع ما لا يُعدّ مالاً ممّا لا إشكال فيه، وإنّما الكلام فيما عدّوه من هذا، قال فى محكّي إيضاح النّافع ونعم ما قال : جرت عادة الأصحاب بعنوان هذا الباب وذكر أشياء معيّنه على سبيل المثال، فإن كان ذلك لأنّ عدم النّفع مفروض فيها، فلا نزاع، وإن كان لأنّ ما مثّل به لا يصحّ بيعه لأنّه محكومٌ بعدم الانتفاع فالمنع متوجّه فى أشياء كثيرة، انتهى.

وبالجملة، فكون الحيوان من المسوخ أو السّباع أو الحشرات لا- دليل على كونه كالتّجاسه مانعاً. فالمتعيّن فيما اشتمل منها على منفعه مقصوده للعقلاء جواز البيع. فكلّ ما جاز الوصيه به لكونه مقصوداً بالانتفاع للعقلاء فينبغى جواز بيعه إلّا ما دلّ الدليل على المنع فيه تعديداً. وقد صرّح فى التذكرة بجواز الوصيه بمثل الفيل والأسد وغيرهما من المسوخ والمؤذيات، وإن منعنا عن بيعها. وظاهر هذا الكلام أنّ المنع من بيعها على القول به، للتعبّد، لا لعدم المالىه.

الشرح:

به عن الإطلاق أو العموم فى مثل قوله سبحانه: «أحلّ الله البيع» (١)، و«أوفوا بالعقود».

وذكر المصنّف رحمه الله عدم المنفعة المقصوده فى القرد، ويدفعه أنّ القرد أولى بالمنفعة المقصوده من الهرة، فإنّه لا تنحصر فائدها بحفظ المتاع، بل الاستمتاع برؤيتها والتفرج بحركاتها كاف فى ثبوت المالىه لها كما لا يخفى، بل عن السيّد الخوئى رحمه الله (٢) عكس ما ذكره، حيث قال بعدم المنفعة المقصوده للهرة حتى تكون لها مالىه، والروايه الدالّة على جواز بيعها شاهده لعدم اعتبار المالىه فى المبيع، بخلاف القرد فإنّ له منفعه مقصوده محلّله، وأى منفعه تكون أرقى وأهم من التحفّظ على

ص: ١٩٢

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١: ١٩٥، محاضرات فى الفقه الجعفرى ١: ٢١٦.

ثم إن ما تقدم منه قدس سره : من أنه لا اعتبار بما ورد في الخواص من منافعها، لأنها لا تعدّ مالاً، مع ذلك يشكّل بأنه إذا اطّلع العرف على خاصيه في إحدى الحشرات معلومه بالتجربه أو غيرها فأى فرق بينها وبين نبات من الأدوية علم فيه تلك الخاصيه؟ وحينئذٍ فعدم جواز بيعه وأخذ المال في مقابله بملاحظه تلك الخاصيه يحتاج إلى دليل، لأنه حينئذٍ ليس أكلاً للمال بالباطل. ويؤيد ذلك ما تقدم في روايه التحف من أن «كلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات فذلك حلال بيعه . . . الخ».

وقد أجاد في الدروس، حيث قال: ما لا نفع فيه مقصوداً للعقلاء، كالحشائر وفضلات الانسان، وعن التّنقيح: ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه، كالخنافس والديدان، وممّا ذكرنا يظهر النّظر في ما ذكره في التّذكره من الإشكال في جواز بيع العلق الذى ينتفع به لامتصاص الدم، وديدان القزّ التى يصاد بها السّمك. ثم استقرب المنع، قال: لندور الانتفاع، فيشبهه ما لا منفعه فيه، إذ كلّ شيء فله نفع ما، انتهى.

الشرح:

متاع الإنسان وماله.

وفيه: أنّ الهزّه القسم الهراش منها كما ذكره من أنه لا منفعه لها، والمعامله على هذا القسم محكوم به بالفساد، فإنّها نظير بيع كلب الهراش من أوضح أفراد أكل المال بالباطل. والروايه المزبوره منصرفه عن ذلك، وما هو محكوم بصحه بيعها هي الهزّه التى تؤخذ للتحقّظ بها عن الفأر، أو للتفرّج برؤيتها، وهذا القسم باعتبار ثبوت المنفعه المقصوده فيه يكون مالاً.

روى الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن فضاله عن أبان عن محمد بن مسلم وعبدالرحمن بن أبى عبدالله عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «ثمن الكلب الذى

أقول: ولا مانع من التزام جواز بيع كل ما له نفع ما، ولو فرض الشك في صدق المال على مثل هذه الأشياء المستلزم للشك في صدق البيع أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها لعمومات التجاره [١] والصلح والعقود والهبة المعوضة وغيرها، وعدم المانع، لأنه ليس إلا- أكل المال بالباطل والمفروض عدم تحققه هنا. فالعمده في المسأله: الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادره، وهو الظاهر من التأمل في الأخبار أيضاً، مثل ما دل على تحريم بيع ما يحرم منفعتة الغالبه مع اشتماله على منفعة نادره محلله مثل قوله عليه السلام: «لعن الله اليهود حُرِّمَتْ عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها»، بناءً على أن للشحوم منفعة نادره محلله على اليهود، لأن ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها، أو سائر منافعها المتعارفه. فلولا أن النادر في نظر الشارع كالمعدوم لم يكن وجه للمنع عن البيع، كما لم يمنع الشارع عن بيع ما له منفعة محلله مساويه للمحرّمه في التعارف والاعتداد إلا أن يقال: المنع فيها تعييد، للنجاسه، لا من حيث عدم المنفعة المتعارفه، فتأمل.

الشرح:

لا يصيد سحت، ولا بأس بثمان الهرّ (١)، والروايه صحيحه. وروى الكليني رحمه الله عن عدّه من أصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون عن الأصمّ عن مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن القرد أن يشتري وأن يباع» (٢)، وضعفها باعتبار سهل ومحمد بن الحسن والأصمّ.

[١] لا يخفى أنّ التجاره هو البيع والشراء بداعي تحصيل الربح، وصدقها مع عدم إحراز المائتة للشئ عند العقلاء مشكوك فيه، فلا يمكن فيه التمسك بما دل على حليتها، أو على حلّ أكل المال بها. نعم، لا بأس بالتمسك ب«أوفوا بالعقود» وما هو

ص: ١٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١١٩، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٧١، الباب ٣٧، الحديث ٤.

وأوضح من ذلك قوله عليه السلام في روايه تحف العقول في ضابط ما يكتسب به: «وكلّ شئٍ يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات فذلك كله حلال بيعه وشراؤه . . . الخ» إذ لا يراد منه مجرد المنفعه و إلاّ لعمّ الأشياء كلّها، وقوله في آخره: «إنّما حرّم الله الصّناعه التي يجيء منها الفساد محضاً» نظير كذا وكذا إلى آخر ما ذكره فإنّ كثيراً من الأمثله المذكوره هناك لها منافع محلّله، فإنّ الأشربه المحرّمه كثيراً ما ينتفع بها في معالجه الدوابّ، بل المرضي، فجعلها ممّا يجيء منه الفساد محضاً باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح، لندرتهها. إلاّ أنّ الإشكال في تعيين المنفعه النادره وتمييزها عن غيرها، فالواجب الرجوع في مقام الشكّ إلى أدلّه التّجاره ونحوها ممّا ذكرنا.

ومنّه يظهر أنّ الأقوى جواز بيع السّباع بناءً على وقوع التذكيه عليها للائتنافع البين بجلودها، وقد نصّ في الرّوايه على بعضها وكذا شحومها وعظامها. وأمّا لحومها: فالمصرّح به في التذكره عدم الجواز معللاً بندور المنفعه المحلّله المقصوده منه، كإطعام الكلاب المحترمه وجوارح الطير. ويظهر أيضاً جواز بيع الهرّه، وهو المنصوص في غير واحد من الرّوايات ونسبه في موضع من التذكره إلى علمائنا، بخلاف القرد، لأنّ المصلحه المقصوده منه وهو حفظ المتاع نادر.

ثمّ اعلم أنّ عدم المنفعه المعتدّ بها يستند تاره إلى خيسه الشئء كما ذكر من الأمثله في عباره المبسوط وأخرى إلى قلته [١] كجزء يسير من المال لا يبذل في مقابله مال كحبّه حنطه.

الشرح:

من قبيله، كما أنّه لا بأس بإعطاء المال لرفع الآخر يده عن ذلك الشئء حتّى يتملكه المعطى.

[١] وثالثه إلى كثرته، كالماء في شاطئ الفرات والتراب في بعض البلاد.

ص: ١٩٥

والفرق أن الأول لا يملك، ولا يدخل تحت اليد كما عرفت من التذكرة بخلاف الثاني فإنه يملك. ولو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثلياً [١] خلافاً للشرح:

[١] الوجه في تقييده بالمثل هو أن غير المثلّي يكون ضمانه بالقيمه، فيختصّ الضمان بمورد يكون للشيء قيمه. وألحق في «التذكرة» المثلّي بغيره في عدم الضمان مع قلته، وأورد بعض على هذا الإلحاق بأنّ لازمه عدم الضمان فيما لو غصب صبره تدريجاً، ولكن الإيراد ضعيف، فإنه يمكن أن يلتزم في المثلّي المغصوب تدريجاً بما يلتزم به في القيمي المتلف تدريجاً، وأنه كما يكون تلف القيمي المزبور أو إتلافه موجباً للضمان بشرط الانضمام إليه من سائر الأجزاء ما يكون مجموع التالف مالا، بخلاف ما إذا لم ينضم، فكذلك المثلّي المتلف تدريجاً، وهذا لا يقتضى الضمان مع عدم الانضمام كما لا يخفى.

وعن السيد الخوئي رحمه الله (١) ثبوت الضمان، بلا فرق بين كون الشيء مثلياً أو قيميّاً، غاية الأمر يكون فراغ الذمه بأداء المثل فيما كان مثليّاً، وفي القيمي يكون الاشتغال باقياً إلى يوم القيمة إلا بالتراضى مع المالك، وذكر في وجهه أنّ عموم «على اليد» يقتضى كون الشيء في عهده المكلف بمجرد الاستيلاء عليه، فإنه لم يؤخذ في حديثه عنوان المال، فيعمّ كلا القسمين. ويكون أداء المثلّي بأداء المثل، فتفرغ به العهده، بخلاف القيمي المفروض أنّه لقلته لا قيمه له، فيبقى في عهده إلى أن يرضى مالكة، وهذا بالإضافة إلى ضمان التلف في اليد، وأما ضمان الإتلاف فالأمر فيه أيضاً كذلك؛ لأنّ ضمان الإتلاف يستفاد من حديث «على اليد» بالفحوى.

أقول: الصحيح عدم الضمان في المقام، فإن حديث «على اليد» ضعيف، وحديث من أتلف بإطلاقه موهوم، نعم الضمان في مورد التلف في اليد والإتلاف مستفاد من

ص: ١٩٦

للتذكّره، فلم يوجب شيئاً كغير المثلى.

وضَعفه بعضُ بأنّ اللازم حينئذٍ عدم الغرامه فيما لو غصب صبره تدريجاً ويمكن أن يلتزم فيه بما يلتزم في غير المثلى فافهم.

ثم إنَّ منع حقِّ الاختصاص في القسم الأول مشكل مع عموم قوله صلى الله عليه وآله: «من سبق الى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحقُّ به» مع عدِّ أخذه قهراً ظلماً عرفاً.

النُّوعُ الرَّابِعُ: ما يحرم الاكتساب به [١] لكونه عملاً محرماً في نفسه وهذا النوع وإن كان أفرادُه هي جميع الأعمال المحرَّمة القابله لمقابله المال بها في الإجاره والجُعالة وغيرهما، إلّا- أنّه جرت عادته الأصحاب بذكر كثيرٍ ممّا من شأنه الاكتساب به من المحرّمات، بل ولغير ذلك ممّا لم يتعارفوا الاكتساب به، كالغيبه الشَّرح:

سيره العقلاء، والنصّ في بعض مواردهما، ولم تحرز سيرتهم عليه فيما إذا لم يكن الشيء لقلته مالاً إلّا في مورد الانضمام إلى سائر الأجزاء، من غير فرق بين المثلى والقيميّ.

ثمَّ إنّه لا ينبغي الريب في عدم جواز التصرّف في ملك الغير بلا رضاه حتى فيما إذا لم يكن مالاً لقلته، ويكفي في ذلك ما دلّ على تحريم الظلم والتعدى. وأمّا إذا لم يكن مالاً- لخصّيته، فهل يجوز التصرف فيما يكون عليه يد الغير بلا- رضاه؟ أشار إليه المصنّف رحمه الله بقوله: «ثمَّ إنَّ منع حقِّ الاختصاص . . .»، ولكنّ الحديث المزبور ضعيف. والسيره على كون السابق أحقّ، بمعنى ثبوت حقِّ الاختصاص في الشيء غير القابل للملك باعتبار عدم المنفعه له وإن كانت نادره ممنوعه، ومع فرض المنفعه له وإن كانت نادره غير مقصوده للعقلاء يدخل في الملك، كما تقدّم سابقاً.

[١] حرمة الاكتساب في الأعيان تكليفاً لا تلازم فساد المعامله عليها، بل ربّما

والكذب ونحوهما. وكيف كان، فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبه بترتيب حروف أوائل عنواناتها، إن شاء الله تعالى، فنقول:

المسألة الأولى: تدليس الماشطه المرأه التي يراد تزويجها أو الأمه التي يراد بيعها حرام بلا خلاف، كما عن الرّياض. وعن مجمع الفائده: الإجماع عليه، وكذا فعل المرأه ذلك بنفسها. ويحصل بوشم الخدود كما في المقنعه والسّرائر والنّهايّه، وعن جماعه.

قال في المقنعه: وكسب المواشط حلال إذا لم يغششّن ولم يدلّسن في عملهن، فيصلن شعور النّساء بشعور غيرهن من النّاس ويشمن الخدود ويستعملن ما لا يجوز في شريعته الإسلام، فإن وصلن شعرهنّ بشعر غير النّاس لم يكن بذلك بأس، انتهى.

ونحوه بعينه عبارته النّهايّه.

وقال في السّرائر في عداد المحرمات: وعمل المواشط بالتدليس، بأن يشمن الخدود ويحمرنها، وينقشن بالأيدى والأرجل، ويصلن شعر النّساء بشعر غيرهن، وما جرى مجرى ذلك، انتهى.

الشرح:

كانت المعامله على العين محرّمه تكليفاً مع صحتها وضعاً، كما في موارد انطباق العنوان المحرّم عليها، ولكن الاكتساب بالأعمال لا- يكون كذلك، فإنّ حرمة فعل تلازم الحكم بفساد المعامله عليه. وذلك فإنّ مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لا يمكن أن يعم المعامله المزبوره، حيث إنّ الوفاء بها يكون بتسليم العمل، أى الفعل، والمفروض منع الشارع عنه. ومع عدم شمول مثله لها، لا يمكن إثبات صحتها، بل يكون أخذ الأجره على ذلك العمل من أكل المال بالباطل.

ص: ١٩٨

وحكى نحوه عن الدروس وحاشيه الإرشاد. وفي عدّ وشم الخدود من جمله التدليس تأمّل، لأنّ الوشم فى نفسه زينه. وكذا التأمل فى التفصيل بين وصل الشّعر بشعر الإنسان، ووصله بشعر غيره، فإنّ ذلك لا مدخل له فى التدليس وعدمه. إلا أن يوجّه الأوّل بأنّه قد يكون الغرض من الوشم أن يحدث فى البدن نقطه خضراء حتّى يتراءى بياض سائر البدن وصفاءه أكثر ممّا كان يرى لولا هذه النقطه. ويوجّه الثّانى بأنّ شعر غير المرأه لا يلتبس على الشّعر الأصلي للمرأه، فلا يحصل التدليس به، بخلاف شعر المرأه.

وكيف كان، يظهر من بعض الأخبار المنع [١] عن الوشم ووصل الشّعر بشعر الغير.

الشرح:

[١] لا- يخفى أنّ الأخبار الوارده فى المنع كلها ضعيفه سنداً، غير صالحه للاعتماد، ومع الغرض عن ذلك فالممنوع عنه فيها من فعل الماشطه أمور: مسح الوجه بالخرقه، والوصل، والنمص، والوشم، والوشر، ومقتضى إطلاق المنع عنها عدم الفرق بين صورتى التدليس وعدمه، مع أنّ التدليس لا يكون بفعل الماشطه. وسنذكر أنّ مجرد فعل يوجب ظهور حسن أو خفاء عيب فى المرأه لا يكون حراماً، بل الحرام هو الغشّ فى المعامله والتستر على الواقع فيها، وهذا فعل المالك أو وليّ الجاربه، فلا يرتبط بالماشطه. نعم، إذا علمت الماشطه أنّ المالك أو الولي يتستر بما تفعله على الواقع ولا- يبيّن الحال للطرف، يكون فعلها من الإعانه على الإثم، نظير ما تقدّم فى بيع العنب ممّن يعمله خمراً، وذكرنا أنّه لا دليل على حرمتها فى غير مورد الإعانه على الظلم.

والحاصل: أنّ التدليس محكوم بالحرمة باعتبار كونه غشّاً فى المعامله، ويحصل مع اعتقاد الطرف بصفه كمال أو فقد عيب فى الشىء باعتبار فعل الغاشّ. وأمّا مجرد كون الشىء موهماً لوجود صفه فيه مع علم الطرف بالحال، وأنّه ليس للوهم حقيقه،

وظاهرها المنع ولو في غير مقام التدليس. ففي مرسله ابن أبي عمير، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «دخلت ماشطه على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها: هل تركت عملك أو أقمت عليه؟ قالت: يا رسول الله أنا أعمله إلا أن تنهاني عنه فأنتهى عنه، قال: افعلى، فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقه، فإنها تذهب بماء الوجه، ولا تصلى شعر المرأة بشعر امرأه غيرها، وأما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة». وفي مرسله الفقيه: «لا بأس بكسب الماشطه إذا لم تشارط وقبلت ما تُعطى، ولا تصلى شعر المرأة بشعر امرأه غيرها. وأما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة». وعن معاني الأخبار بسنده عن علي بن غراب، عن جعفر بن محمد عليهما السلام، قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله التامصه والمنتمصه، والواشتره والموتشتره، والواصله والمستوصله، والواشيمه والمستوشيمه».

الشرح:

فلا يكون من الغش ليحكم بحرمته. وعدم تحقق الغش غالباً في تمشيط الماشطه لا- يكون موجباً لتعميم التدليس في المقام، وذلك فإنّ الدليل على حرمه فعلها هي الأدلة العامه الداله على حرمه غش المسلم في المعامله أو غيرها، لا روايات الباب، فإنه لم يتعلق فيها نهى بتدليس الماشطه، بل تعلق بالأفعال الخمسه المتقدمه، ولا بدّ من الالتزام بكراهه مسح الوجه بالخرقه، ولا تختص كراهته بالمرأه ولا- بفعل الماشطه، بل هو في نفسه عمل مكروه كما يدلّ عليه ما ورد في آداب الحمام من النهى عنه معللاً بأنّه يذهب ماء الوجه (١). وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لأم عطيه: إذا أنت قنيت الجاريه فلا تغسلي وجهها بالخرقه، فإنّ الخرقه تشرب ماء الوجه» (٢)، ولا ينبغي الريب في أنّ التعليل يناسب الكراهه ولا ربط له

ص: ٢٠٠

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢: ٤٥، الباب ١٣ من أبواب آداب الحمام، الحديث ٣.
٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ١٣١، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

قال الصدوق: «قال علي بن غراب: التامصه التي تنتف الشعر، والمنتمصه: التي يفعل ذلك بها، والواشتره: التي تشر أسنان المرأة، والموتشره: التي يفعل ذلك بها، والواصله: التي تصل شعر المرأة بشعر امرأه غيرها، والمستوصله: التي يفعل ذلك بها، والواشمه: التي تشم وشماً في يد المرأة أو في شيء من بدنها، وهو أن تغرز بدنها أو ظهر كفها بإبره حتى تؤثر فيه، ثم تحشوها بالكحل أو شيء من النوره فتخضّر، والمستوشمه: التي يفعل بها ذلك».

وظاهر بعض الأخبار كراهه الوصل ولو بشعر غير المرأة، مثل ما عن عبد الله بن الحسن، قال: «سألته عن القراميل، قال: وما القراميل؟ قلت: صوف تجعله النساء في رؤوسهن. قال: إن كان صوفاً فلا بأس، وإن كان شعراً فلا خير فيه من الواصله والمستوصله».

الشرح:

بالتدليس، ولا يختص بالأمه التي يراد بيعها ولا بالجارية التي يراد تزويجها. وأمّا النمص، أى نتف شعر الوجه، فالأظهر أنه لا بأس به، بل لا يكون مكروهاً أصلاً، وفي رواية علي بن جعفر أنه «سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن المرأة تحف الشعر من وجهها؟ قال: «لا بأس» (١). نعم، في روايه «معانى الأخبار» عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله التامصه والمنتمصه والواشتره والموتشره والواصله والمستوصله والواشمه والمستوشمه» (٢).

وربما يقال: إن مقتضى الجمع بينها وبين روايه علي بن جعفر هو الالتزام بكراهه التتف.

وفيه: أن روايه «معانى الأخبار» غير قابله للحمل على الكراهه، فإنّ اللعن الوارد

ص: ٢٠١

١- (١) المصدر السابق: ١٣٣، الحديث ٨.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٧.

وظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقاً، ففي رواية سعد الإسكاف، قال: «سئل أبو جعفر عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلن شعورهن، قال: لا- بأس على المرأه بما تزینت به لزوجها. قلت له: بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لعن الواصمه والمستوصمه، فقال: ليس هناك، إنّما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله الواصمه التي تزني في شبابها فإذا كبرت قادت النساء إلى الرجال، فتلك الواصمه».

ويمكن الجمع بين الأخبار بالحكم بکراهه وصل مطلق الشعر كما في روايه عبد الله بن الحسن ، وشده الكراهه في الوصل بشعر المرأه. وعن الخلاف والمنتهى: الإجماع على أنه يكره وصل شعرها بشعر غيرها رجلاً كان أو امرأه.

الشرح:

فيها لا يناسبها، فلا بدّ من طرحها أو تأويلها بما في روايه سعد الإسكاف قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلن شعورهن؟ فقال: لا بأس على المرأه بما تزینت به لزوجها، قال: فقلت: بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لعن الواصمه والمستوصمه، فقال: ليس هناك، إنّما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله الواصمه التي تزني في شبابها فلما كبرت قادت النساء إلى الرجال، فتلك الواصمه والمستوصمه»^(١).

وأما وصل الشعر بالشعر فقد ورد النهي عنه في مرسله ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: «دخلت ماشطه على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها: هل تركت عملك أو أقمت عليه؟ إلى أن قال ولا تصلى الشعر بالشعر»^(٢)، وفي مرسله الصدوق في ذلك الباب قال: قال عليه السلام : «لا بأس بكسب الماشطه مالم تشارط و قبلت ما تعطى، وتصل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها، وأما شعر المعز فلا بأس أن توصله بشعر المرأه»^(٣). وعلى ذلك فالمتعين الالتزام بکراهه وصل شعر امرأه بشعر مثلها

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٣٢، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٣١، الحديث ٢.

٣- (٣) المصدر السابق: ١٣٣، الحديث ٦.

وأما ما عدا الوصل ممّا ذكر في روايه معانى الأخبار فيمكن حملها أيضاً على الكراهه، لثبوت الرّخصه من روايه سعد في مطلق الزّينه، خصوصاً مع صرف الإمام للنبويّ الوارده في الواصله عن ظاهره، المتّحد سياقاً مع سائر ما ذكر في النبويّ. ولعلّه أولى من تخصيص عموم الرّخصه بهذه الأمور. مع أنّه لولا الصّيرف لكان الواجب إمّا تخصيص الشّعر بشعر المرأه، أو تقييده بما إذا كان هو أو أحد أخواته في مقام التّديس، فلا دليل على تحريمها في غير مقام التّديس كفعل المرأه المزوّجه ذلك لزوجه خصوصاً بملاحظه ما في روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «عن المرأه تحفّ الشّعر عن وجهها قال: لا بأس» وهذه أيضاً قرينه على صرف إطلاق لعن التّامصه في النبويّ عن ظاهره، بإرادته التّديس، أو الحمل على الكراهه.

الشرح:

بتقييد المرسله الأولى بالثانيه، وحمل النهي في الأولى على الكراهه بقرينه روايه سعد الإسكاف الوارده في حكم القرامل، حيث إنّ ظهورها في عدم البأس بما يكون من زينه المرأه لزوجه حتى إذا كان من وصل الشعر بالشعر غير قابل للإنكار.

وأما الوشم والوشر، والمراد بالأوّل ما يعبر عنه فيلغه الفرس ب«خال كوبي»، وبالثاني ترقيق الأسنان وجعلها حادّه، فقد ورد النهي عنهما في روايه «معانى الأخبار» التي ذكرنا أنّها لا تناسب الحمل على الكراهه، فالمتعيّن طرحها أو تأويلها بقرينه روايه الإسكاف المتقدّمه. وعلى ذلك فلا كراهه إلّا في مسح الوجه بالخرقه وفي وصل شعر المرأه بشعر امرأه أخرى. وكراهه الثاني مبنيّه على الإغماض عن أمر السند، وإلّا فلا تصلح روايتا «معانى الأخبار» وعبدالله بن الحسن ومرسلتا ابن أبي عمير والصدوق للاعتماد عليها.

لا يقال: لا بأس بالاعتماد على مرسله ابن أبي عمير في الحكم بكراهه وصل

نعم قد يشكل الأمر في وشم الأطفال [١]. من حيث إنه إيذاء لهم بغير مصلحه، بناءً على أن لا مصلحه فيه [٢]. لغير المرأه المزوجه إلا التدليس بإظهار شدّه بياض البدن وصفائه، بملاحظه النقطة الخضراء الكدره في البدن.

الشرح:

شعرها بشعر امرأه أخرى، وتأبيدها بغيرها ممّا ورد النهى فيه عن ذلك. ووجه الاعتماد شهاده الشيخ رحمه الله بأن ابن أبي عمير لا يروى ولا يرسل إلا عن ثقّه، وهذا منه رحمه الله توثيق عامّ لمشايع ابن أبي عمير.

فإنّه يقال: وإن ذكرنا سابقاً احتمال الاعتماد على مراسيله لتلك الشهاده، إلا أنّه أشرنا إلى ضعف الاعتماد، وذلك فإنّ في مشايخ ابن أبي عمير من ضعّفه الشيخ وغيره، وهذا التضعيف يكون كالاستثناء من التوثيق العامّ، كما أنّ في مشايخه من ضعّفه غير الشيخ رحمه الله مع سكوت الشيخ رحمه الله عن تضعيفه. ويكون التوثيق العامّ فيه معارضاً بتضعيف غيره كالنجاشي مثلاً، فيسقط التوثيق العامّ في ذلك الراوى عن الاعتبار للمعارضه، وعليه فيحتمل أن يكون الراوى الذى أرسل ابن أبي عمير هذه الروايه عنه هو ذلك الشخص الذى سقط فيه التوثيق العامّ عن الاعتبار للمعارضه أو الاستثناء، فلاحظ وتدبّر.

[١] لا- يخفى ما فيه، فإنّه إذا فرض أنّ ذلك دخيل في ظهور جمال الطفل خصوصاً في الأُنثى، فللولى فعل ذلك لما فيه المصلحه، كما في تزيين شعر الطفل، فإنّه ربّما يوجب إيذاء الطفل وبكائه، ومع ذلك لوليه فعل ذلك، لما فيه صلاحه من نظافته أو ظهور جماله.

[٢] أى إذا كانت المرأه متزوجه، ففي الوشم لها صلاح، ويكون الوشم في غيرها تدليساً، أى موهماً لما ليس في البدن واقعاً من البياض والصفاء.

أقول: التدليس بهذا المعنى لا دليل على حرّمته، بل ولا على كراهته كما مرّ آنفاً.

لكنّ الإنصاف، أنّ كون ذلك تدليساً مشكلاً، بل ممنوع، بل هو تزيين للمرأة من حيث خلط البياض بالخضرة، فهو تزيين، لا موهب لما ليس في البدن واقعاً من البياض والصفاء.

نعم، مثل نقش الأيدي والأرجل بالسواد يمكن أن يكون الغالب فيه إرادته إيهاً بياض البدن وصفائه. ومثله الخطّ الأسود فوق الحاجبين، أو وصل الحاجبين بالسواد لتوهّم طولهما وتقوّسهما. ثمّ إنّ التّديس بما ذكرنا إنّما يحصل بمجرد رغبته الخاطب أو المشتري، وإنّ علماً أنّ هذا البياض والصفاء ليس واقعياً، بل حدث بواسطة هذه الأمور، فلا يقال: إنّها ليست بتديس، لعدم خفاء أثرها على الناظر. وحينئذٍ فينبغي أن يعدّ من التّديس لبس المرأة أو الأمتة الثياب الحمر أو الخضرة الموجهة لظهور بياض البدن وصفائه، والله العالم.

ثمّ إنّ المرسله المتقدّمه عن الفقيه دلّت على كراهه كسب الماشطه [١]. مع شرط الأجره المعينه، وحكى الفتوى به عن المقنع وغيره. والمراد بقوله عليه السلام: «إذا قبلت ما تعطى» البناء على ذلك حين العمل، وإلا فلا يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته.

الشرح:

[١] وبعبارة أخرى: المراد من قوله: «وقبلت ما تعطى» عدم مناقشتها في أجره عملها بعده، كما أنّ المراد بالمشارطة المناقشه فيها قبل عملها، وبما أنّ الكراهه أو غيرها من الأحكام التكليفيه لا تتعلّق بالعمل بعد تحقّقه خارجاً، ضروره أنّ الحكم لأجل أن يكون داعياً للمكلف إلى الفعل أو الترك، فلا بدّ من حمل قوله: «وقبلت ما تعطى» على قصدها وبنائها على ترك المناقشه في أجرتها، حيث إنّ لو كان الشرط في عدم الكراهه نفس ترك المناقشه خارجاً، فلازمه تعلّق الكراهه بالعمل بعد تحقّقه.

ص: ٢٠٥

ثم إنَّ أولويَّه قبول ما يعطى وعدم مطالبه الزَّائد: إمَّا لأنَّ الغالب عدم نقص ما تُعطى عن أجره مثل العمل، إلاَّ أنَّ مثل الماشطه والحجَّام والختَّان ونحوهم كثيراً ما يتوقَّعون أزيد ممَّا يستحقُّون خصوصاً من أولى المروءه والشروه .

وربَّما يبادرون إلى هتك العرض إذا منعوا، ولا يُعطون ما يتوقَّعون من الزَّياده أو بعضه إلاَّ استحياءً وصياناً للعرض.

وهذا لا يخلو عن شبهه، فأُمرُوا في الشَّرِيعه بالقناعه بما يعطون وترك مطالبه الزَّائد، فلا ينافى ذلك جواز مطالبه الزَّائد والامتناع عن قبول ما يُعطى إذا اتَّفَق كونه دون أجره المثل.

الشرح:

أقول: هذا إذا كان ترك المناقشه في أجرتها بعد عملها شرطاً في ارتفاع الكراهه بنحو الشرط المقارن، وأمَّا إذا أخذ بنحو الشرط المتأخَّر فلا محذور.

ثم إنَّ المصنّف رحمه الله ذكر في وجه استحباب ترك المشارطه احتمالات ثلاثه:

الأوّل: أن ما يعطى لها لا يكون في الغالب أقلّ من أجره المثل، فتكلّمها في أجرتها قبل عملها أو بعده باعتبار توقُّعها ممّن تعمل له الزياده على تلك الأجره. وربَّما تعطى لها صيانه للعرض أو حياء، والمأخوذ كذلك لا يخلو عن شبهه، فأُمرت بالقناعه على المقدار المعطى لها وترك مطالبه الزائد، وهذا الأمر لا ينافى امتناعها عن قبول المعطاه فيما إذا كانت أقلّ من أجره المثل.

الثاني: أن مناقشه مثلها في أجره عملها لا يناسب المروءه وشرف الأشخاص، فإنّ مما كسبهم في إعطاء ما تتوقَّع مثلها ربَّما لا تناسب المروءه، والمسامحه لا تكون صلاحاً باعتبار زياده مقدار توقُّعها، فالمدى تعمل له مكلف وجوباً بأداء أجره المثل، وهى مكلفه ندباً بقبول ما تعطى وإن كان أقلّ من أجره مثلها على الوجه الثاني، لا على الوجه الأوّل.

ص: ٢٠٦

وإما لأنَّ المشاركة في مثل هذه الأمور لا يليق بشأن كثير من الأشخاص، لأنَّ المماكسة فيها خلاف المروءة، والمسامحة فيها قد لا تكون مصلحة، لكثرة طمع هذه الأصناف، فأمرُوا بترك المشاركة والإقدام على العمل بأقل ما يعطى وقبوله. وترك مطالبه الزائد مستحبٌ للعامل، وإنَّ وجب على من عمِل له إيفاء تمام ما يستحقُّه من أجره المثل، فهو مكلفٌ وجوباً بالإيفاء، والعامل مكلفٌ ندباً بالسكوت وترك المطالبه، خصوصاً على ما يعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء.

أو لأنَّ الأولى في حقِّ العامل قصد التبرُّع بالعمل، وقبول ما يعطى على وجه التبرُّع أيضاً، فلا ينافى ذلك ما ورد من قوله عليه السلام: «لا تستعملنَّ أجيراً حتى تقاطعه».

الشرح:

الثالث: أنَّ الراجح في حقِّها ترك الأجره والعمل للناس تبرُّعاً، وقبول ما يعطى لها تبرُّعاً، وعلى ذلك فلا يكون لها حقُّ المطالبه فيما إذا لم تعط عوضاً، والفرق بين هذا الوجه وسابقه أنَّ هذا الوجه لا ينافى ما ورد من قوله: فلا يستعملنَّ أجيراً حتى تقاطعه، كما في بعض الروايات (١)، بخلاف الأولين فإنَّهما ينافيان، فلا بدَّ من رفع اليد عن إطلاق ذلك النهي. كما أنَّ هذا الوجه لا يناسب ظاهر المرسله، فإنَّ مدلولها نفى البأس عن كسب الماشطه، وكسبها عملها بالأجره، وإلا لم يكن عملها كسباً، كما لا يكون ما يعطى لها أجره، وما ذكره رحمه الله في الوجه الأول، من قوله: «وهذا لا يخلو عن شبهه» ضعيف، فإنَّ المحرَّم وضعاً أخذ المال وتملكه بإكراه مالكه، وأمَّا مع عدم الإكراه فلا مانع من أخذه.

وما يقال من أنَّ المأخوذ حياءً كالمأخوذ غصباً لا شاهد له، فإنَّ الرضا المعتبر في المعاملات هو عدم الإكراه لا طيب النفس واقعاً، وإلا لآتجه الحكم بفسادها في موارد الاضطرار إليها أو مورد الاستحياء، كما إذا اشترى متاعاً بثمن زائد حياءً من أصدقائه

ص: ٢٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٠٤، الباب ٣ من كتاب الإجاره.

المسألة الثَّانِيَّة: تزيين الرّجل بما يحرم عليه [١] من لبس الحرير والذهب، حرام، لما ثبت في محلّه من حرمتها على الرّجال، وما يختصّ بالنّساء من اللباس كالسّوار والخلخال والثّياب المختصّة بهنّ في العادات على ما ذكره في المسالك.

الشرح:

أو من بائعه في المناقشه في ثمنه أو المماكسه في شرائه.

[١] لا يخفى أنّ المحرّم على الرجال لبس التزيين بالحرير المحض، بل لبسه بلا خلاف ظاهر، سواء كان بنحو التزيين أم لا، كما إذا لبسه تحت ثيابه، وبين التزيين ولبس الحرير عموم من وجه، فلا يكون الدليل على حرمه أحدهما دليلاً على حرمه الآخر. وفي موثقه سماعه بن مهران، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن لباس الحرير والديباج؟ فقال: أمّا في الحرب فلا بأس به، وإن كان فيه تماثيل» (١)، وفي موثقه إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام «في الثوب يكون فيه الحرير، فقال: إن كان فيه خلط فلا بأس» (٢). . . . إلى غير ذلك ممّا ظاهره حرمه لبس الحرير المحض. كما أنّ التزيين بالذهب لم يتمّ على حرمة دليل، بل مدلول الروايات المعتمده وظاهر الأصحاب عدم جواز لبسه، سواء كان تزييناً أم لا، وفي موثقه عمار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلّي فيه، لأنّه من لباس أهل الجنّه» (٣)، وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل هل يصلح له الخاتم الذهب؟ قال: لا» (٤). وظاهر النهي في الثاني هو التحريم وهو كاف في المقام، حتّى لو نوقش في دلاله الأول بدعوى أنّ التعليل المزبور يمنع

ص: ٢٠٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ٤ : ٣٧٢، الباب ١٢ من أبواب لباس المصلّي، الحديث ٣.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٤ : ٣٧٤، الباب ١٣ من أبواب لباس المصلّي، الحديث ٤.
- ٣- (٣) المصدر السابق: ٤١٣، الباب ٣٠، الحديث ٤.
- ٤- (٤) المصدر السابق: ٤١٥، الحديث ١٠.

وكذا العكس، أعنى تزيين المرأة بما يختص بالرجال كالمِنْطَقَه والعمامة ، ويختلف باختلاف العادات.

واعترف غير واحد بعدم العثور على دليلٍ لهذا الحكم عدا النبوي المشهور، المحكى عن الكافي والعلل: «لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال». وفي دلالته قصور [١] لأن الظاهر من التشبه تأثت الذكر وتذكر الشرح:

عن ظهور النهي في التحريم.

لا يقال: لا بد من حمل النهي في الثانيه أيضاً على الكراهه بقريته صحيحه عبيدالله بن علي الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال علي عليه السلام: نهاني رسول الله ولا أقول نهاكم، عن التختم بالذهب وعن ثياب القسي . . .» (١).

فإنه يقال: نفى علي عليه السلام القول من نفسه لا يدل على انتفاء قول النبي صلى الله عليه وآله ، حيث إن مثل هذا التعبير في مقام النقل متعارف، يقول أحد أولاد الرجل لإخوته: نهاني أبي عن فعل كذا، ولا أقول نهاكم عنه. وإلا لو كان النهي لا يعم غير علي عليه السلام لقال روحى له الفداء ولم ينهكم عنه، مع أن نهيه صلى الله عليه وآله وإن كان بعنوان الكراهه مسلّم لا ينبغي الريب فيه.

وأما تعليل النهي بما في موثقه عمار غايته أن لا يكون النهي معه ظاهراً في التحريم، لا أنه يوجب ظهوره في الكراهه الاصطلاحية، حتى ينافى ظاهر النهي في صحيحه علي بن جعفر، فتدبر.

[١] وجه قصور دلالته كما ذكر رحمه الله ، أن المراد بتشبه الرجال بالنساء وتشبه النساء بالرجال ليس مجرد لبس أحدهما لباس الآخر، بل المراد بالأول تأثت الرجل، وبالثاني تذكر المرأة، بأن يكون غرض الرجل وداعيه إلى لبس لباس المرأة التأثت، فيكون

ص: ٢٠٩

الأُنثى، لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبّه.

ويؤيّد المحكى عن العلل: أنّ علياً عليه السلام رأى رجلاً به تأنيث في مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله فقال له: «أخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله فأنتى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: لعن الله... الخ».

وفى روايه يعقوب بن جعفر الوارده فى المساحقه: أنّ «فيهنّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء... الخ».

وفى روايه أبى خديجه، عن أبى عبد الله عليه السلام: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال، وهم: المخثون، واللأئى ينكحن بعضهنّ بعضاً». نعم فى روايه سماعه [١]. عن أبى عبد الله عليه السلام: «عن الرجل الشرح:

اللبس المزبور تشبهاً بالمرأه، وهكذا العكس. ثمّ أزيد ذلك بالروايه المحكيه عن «العلل»: «أنّ علياً عليه السلام رأى رجلاً به تأنيث فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله، فقال له: اخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله... فأنتى سمعت رسول الله يقول: لعن الله...» [١]، وبروايه يعقوب بن جعفر الوارده فى المساحقه [٢]. والوجه فى جعلهما تأييداً لا قرينه هو احتمال كون المذكور فى الروايتين أقوى مراتب التشبّه لا تمام مراتبه.

[١] هذه معتبره سنداً [٣]، إلاّ أنّه لا دلالة لها على المراد من النبوى، كما لا دلالة لها على التحريم لو لم نقل بظهورها فى الكراهه. نعم، ظاهر الروايه الثانيه حرمة لبس أحدهما لباس الآخر، ولا يصغى إلى ما ذكره المصنف رحمه الله من عدم ظهورها فى الحرمة، فإنّ إطلاق الزجر كإطلاق النهى مقتضاه التحريم، إلاّ أنّها باعتبار ضعف سندها غير صالحه للاعتماد عليها، حيث رواها فى «مكارم الأخلاق» مرسلًا

ص: ٢١٠

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٨٤، الباب ٨٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٣٤٥ ٣٤٦، الباب ٢٤ من أبواب النكاح المحرم...، الحديث ٥.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٥ : ٤٢، الباب ٢٣ من أبواب أحكام الملابس، الحديث ٤.

يجزّ ثيابه؟ قال: إنّي لأكره أن يتشبه بالنساء». وعنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يزجر الرّجل أن يتشبه بالنساء، وينهى المرأه أن تتشبه بالرّجال في لباسها». وفيهما خصوصاً الأُولى بقريته المورد ظهور في الكراهه، فالحكم المذكور لا يخلو عن إشكال.

ثمّ الختنى يجب عليها ترك الرّيتين المختصّتين بكلّ من الرّجل والمرأه كما صرّح به جماعه لأنّها يحرم عليها لباس مخالفاً في الذّكوره والأنوثه، وهو مردّد بين اللبس، فتجنب عنهما مقدّمه لأنهما له من قبيل المشتبهين المعلوم حرمة أحدهما. ويشكل بناءً على كون مدرّك الحكم حرمة التشبه بأنّ الظاهر من التشبه صورته علم المتشبهه [١].

المسأله الثالثه: التشبيب بالمرأه المعروفه [٢].

الشرح:

كما في «الوسائل» (١).

[١] ويكفى في تحقيق عنوان التشبه العلم الإجمالي المزبور.

[٢] هذا العنوان لم يتعلّق به النهى في شيء من الخطابات، وإنّما يكون الوجه في حرمة انطباق بعض العناوين المحرّمه عليه، وأيضاً لم يظهر وجه صحيح لاعتبار قيد الاحترام بعد اعتبار كونها مؤمنه، فإنّ المتجاهره بالفسق لا يجوز أيضاً تشبيهاً؛ لجريان الوجوه الآتية فيها كلاً أو بعضاً كما لا يخفى.

ثم إنّ المصنّف رحمه الله ذكر في عبارته وجوهاً ثمانية لحرمة، ولكن الظاهر عدم تمامية شيء منها:

الأول: كون التشبيب هتكاً وتفضيحاً للمرأه، وفيه: أنّ النسبه بين التشبيب والهتك عموم من وجه، فإنّه لا يكون هتك فيه، كما إذا أنشأ شعراً في محاسن امرأه بين النساء

ص: ٢١١

المؤمنه المحترمه وهو كما فى جامع المقاصد: ذكر محاسنها و إظهار شدّه حبّها بالشعر حرام على ما عن المبسوط وجماعه، كالفاضلين والشهيدى والمحقق الثانى.

واستدلّ عليه بلزوم تفضيحها، وهتك حرمتها، و إيذائها و إغراء الفساق بها، و إدخال النقص عليها وعلى أهلها، ولذا لا ترضى النفوس الأبيّه ذوات الغيره والحميه أن يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم وأخواتهم، بل البعيدات من قراباتهم.

والإنصاف، أنّ هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم، مع كونه أخصّ من المدعى، إذ قد لا يتحقّق شىء من المذكورات فى التشبيب، بل وأعمّ منه من وجه، فإنّ التشبيب بالزوجه قد يوجب أكثر المذكورات. ويمكن أن يستدلّ عليه بما سيجىء من عمومات حرمة اللّهو والباطل، وما دلّ على حرمة الفحشاء، ومنافاته للعفاف المأخوذ فى العدالة، وفحوى ما دلّ على حرمة ما يوجب ولو بعيداً الشرح:

أو أقاربها العارفين بحالها وجمالها، وقد يكون ذكر محاسنها هتكاً لها بلا تشبيب، كما إذا ذكرها بين الأجنب بالثر بلا إنشاء شعر.

الثانى: كون التشبيب إيذاء لها، وفيه: أنّ الإيذاء بنحو يوجب تأثر الغير وتألّمه بالتصرّف فى مال ذلك الغير أو ما يتعلّق به حرام، وكذا فيما إذا كان تصرّفه فى مال نفسه أو ما يتعلّق به ولكن كان غرضه منه تأثر ذلك الغير فتألّمه، وأمّا إذا كان تصرّفه فى مال نفسه أو ما يتعلّق بداع صحيح يترتب عليه تألم الغير وتأثره، فلا يكون من الإيذاء المحكوم بالحرمة. وعلى ذلك فإذا كان لذاكر محاسنها للغير غرض صحيح يترتب عليه تألمها وتأثرها فلا يكون من الإيذاء حتى يحكم بحرمته.

الثالث: إغراء الجهال بها، وفيه: أنّ التشبيب لا يكون ملازماً للإغراء، وهذا واضح.

تهيج القوه الشهويّه بالنسبه إلى غير الحليله، مثل: ما دلّ على المنع عن النَّظَر، لأنّه سهم من سهام إبليس، والمنع عن الخلوّه بالأجنبيّه، لأنّ ثالثهما الشيطان، وكراهه جلوس الرّجل في مكان المرأه حتّى يبرد المكان وبرجان التستّر عن نساء أهل الذمّه، لأنهن يصفن لأزواجهنّ. والتستّر عن الصّبي المميّز الذي يصف ما يرى، والنّهى في الكتاب العزيز عن أن «يَخْضَعْنَ بالقولِ فَيُطَمَعِ الْمَدَى فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ»، وعن «أَنْ يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ». إلى غير ذلك من المحرّمات والمكروهات التي يعلم منها حرمة ذكر المرأه المعيّنه المحترمه بما يهيج الشّهوه عليها، خصوصاً ذات البعل التي لم يرض الشّارع بتعريضها للنكاح بقول: رَبِّ رَاغِبْ فِيكَ.

الشرح:

الرابع: إدخال النقص عليها وعلى أهلها، وفيه: أنّ الفرق بين ذلك وبين هتكها غير ظاهر.

الخامس: كون التشبيب من اللهو والباطل، وفيه: أنّه لا إطلاق في دليل حرمة اللهو كما سيأتي حتى يعمّ مثل التشبيب.

السادس: كون التشبيب من الفحشاء، فيعمّه مثل قوله سبحانه المتضمّن لتحريم الفحشاء، وفيه: أنّ كونه من الفحشاء أول الكلام.

السابع: كونه منافياً للعفاف وفيه: أنّ اعتبار العفاف بمعنى الاجتناب عن المحرّمات في العدالة ظاهر، وأمّا غيره فلا.

الثامن: استفادته حرمة من بعض الآيات والروايات الوارده في بعض المحرّمات والمكروهات، وفيه: أنّ غايه ما يمكن استظهاره من الآيه والروايات المشار إليها في المتن كون تهيج القوه الشهويّه حكمه فيها، لا أنّ التهيج المزبور علّه حتى يمكن التعدّي إلى مثل المقام.

ص: ٢١٣

نعم لو قيل بعدم حرمة التشيب بالمخطوبه [١]. قبل العقد، بل مطلق من يراد تزويجها لم يكن بعيداً لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها، والمسألة غير صافية عن الاشتباه والإشكال.

ثم إن المحكى عن المبسوط وجماعه جواز التشيب بالحليلة بزياده الكراهه عن المبسوط، وظاهر الكلّ جواز التشيب بالمرأه المبهمه بأن يتخيّل امرأه ويتشبّب بها. وأما المعروفه عند القائل [٢]. دون السّامع سواء علم السّامع إجمالاً بقصد معيّنه أم لا ففيه إشكال. وفي جامع المقاصد كما عن الحواشى الحرمة فى الصّوره الأولى. وفيه إشكال، من جهه اختلاف الوجوه المتقدّمه للتحريم، وكذا إذا لم يكن هنا سامع. وأما اعتبار الإيمان، فاختراره فى القواعد والتّذكره، وتبعه بعض الأساطين لعدم احترام غير المؤمنه.

وفى جامع المقاصد كما عن غيره حرمة التشيب بنساء أهل الخلاف وأهل الذّمه، لفحوى حرمة النّظر إليهنّ. ونقض بحرمة النّظر إلى نساء أهل الحرب، مع أنّه صرّح بجواز التشيب بهنّ. والمسألة مشكله، من جهه الاشتباه فى مدرك أصل الحكم.

وكيف كان، فإذا شك المستمع فى تحقّق شروط الحرمة لم يحرم عليه الاستماع، كما صرّح به فى جامع المقاصد.

الشرح:

[١] قد ذكرنا أنّ التشيب بعنوانه غير محرّم، بل يحرم فيما إذا انطبق عليه عنوان محرّم آخر، بلا فرق فى ذلك بين المخطوبه أو من يراد تزويجها أو غيرهما.

[٢] يمكن كون المرأه معيّنه عند القائل ومجهوله عند السامع، وهذا تارة مع علم السامع إجمالاً بقصد امرأه من بيت فلان أو من بلد فلان مثلاً، وأخرى لا يدري ذلك أيضاً، ولكن لم يظهر وجه الإشكال فى الجواز، خصوصاً فى الفرض الثانى.

ص: ٢١٤

وأما التشيب بالغلام [١]. فهو محرّمٌ على كلِّ حالٍ كما عن الشَّهيدَيْنِ والمَحْتَقِ الثَّانِي وكَاشِفِ اللِّثَامِ ، لِأَنَّهُ فَحْشٌ مُحَضٌّ ، فَيَشْتَمِلُ عَلَى الإِغْرَاءِ بِالقَبِيحِ. وَعَنِ المِفَاتِيحِ: أَنَّ فِي إِطْلَاقِ الحَكْمِ نَظْرًا، وَاللَّهُ العَالِمُ.

المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: تَصْوِيرُ صُورِ ذَوَاتِ الأَرْوَاحِ حَرَامٌ [٢] إِذَا كَانَتِ الصُّورَةُ مَجَسَّمَةً بِلا خِلَافٍ فَتَوَى وَنَصًّا.

الشرح:

[١] إِذَا كَانَ غَرَضُ قَائِلِهِ إِظْهَارَ كَمَالِ الغَلَامِ وَجَمَالِهِ المُنْعَمِ لَهُ مِنْ خَالِقِهِ، نَظِيرَ مَا يَذْكُرُهُ قَارِئُ العِزَاءِ فِي وَصْفِ عَلِيِّ بْنِ الحُسَيْنِ الأَبِيِّ كَبْرِ سَلَامِ اللّهِ عَلَيْهِ وَعَلَى أَبِيهِ، فَلا- دَلِيلٌ عَلَى حَرَمَتِهِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِلإِشْتِيَاقِ إِلَى مَا فِيهِ فَسَادِ الدِّيَارِ وَنَزُولِ عَذَابِ الجِبَارِ عَلَى أَهْلِهَا، فَلا فَرْقَ فِي الحَرَمِ بَيْنَ إِنْشَاءِ الشَّعْرِ أَوْ ذِكْرِ مَحَاسِنِهِ بغيرِهِ، فَإِنَّهُ مِنَ التَّرغِيبِ إِلَى المُنْكَرِ المَسْتَفَادِ حَرَمَتِهِ مِنْ فَحْوَى دَلِيلٍ وَجُوبِ النِّهْيِ عَنْهُ كَمَا لا يَخْفَى.

تصوير ذوات الأرواح وغيرها

[٢] يَحْرَمُ تَصْوِيرُ ذَوَاتِ الأَرْوَاحِ بِنَحْوِ المَجَسِّمَةِ، بِلا- خِلَافٍ ظَاهِرٍ، وَفِي حَرَمَتِهِ إِذَا كَانَ بِنَحْوِ النِّقْشِ كَلَامًا، وَظَاهِرِ جَمَاعِهِ أَوْ صَرِيحِهِمْ عَدَمِ الجَوَازِ، كَمَا أَنَّ ظَاهِرَ بَعْضِهِمْ جَوَازُهُ وَهُوَ الأَظْهَرُ، كَمَا هُوَ مُقْتَضَى الأَصْلِ بَعْدَ عَدَمِ تَمَامِ الدَّلِيلِ عَلَى المَنْعِ. وَمَا قِيلَ فِي وَجْهِ عَدَمِ جَوَازِهِ أُمُورٌ:

الأوّل: رَوَاهِ الحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ آبَائِهِ فِي حَدِيثِ المَنَاهِي: «وَنَهَى عَنِ التَّخْتِمِ بِخَاتَمِ صَفَرٍ أَوْ حَدِيدٍ، وَنَهَى أَنْ يَنْقَشَ شَيْءٌ مِنَ الحَيَوَانِ عَلَى الخَاتَمِ» (١).

وفيه: مُضَافًا إِلَى ضَعْفِ سَنَدِهَا يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ النِّهْيُ رَاجِعًا إِلَى التَّخْتِمِ بِخَاتَمٍ يَكُونُ فِيهِ نِقْشُ الحَيَوَانِ، بَلْ مَعَ تَعَلُّقِ النِّهْيِ بِنِقْشِ الحَيَوَانِ عَلَى الخَاتَمِ يَكُونُ المَحْرَمُ أَوْ المَكْرُوهُ نِقْشُ الحَيَوَانِ عَلَى الخَاتَمِ، لا مُطْلَقَ تَصْوِيرِ الحَيَوَانِ بِنَحْوِ المَجَسِّمَةِ، فَضْلًا

ص: ٢١٥

وكذا مع عدم التجسّم، وفاقاً لظاهر النّهاية وصريح السّرائر والمحكى عن حواشى الشّهيد والميسيه والمسالك و إيضاح النّافع والكفايه ومجمع البرهان وغيرهم، للرّوايات المستفيضه: مثل قوله عليه السلام: «نهى أن ينقش شىء من الحيوان على الخاتم».

وقوله عليه السلام: «نهى عن تزويق البيوت، قلت: وما تزويق البيوت؟ قال: تصاوير التّمثيل».

الشرح:

عن كونه بنحو النقش على الحائط أو مثل القرطاس.

الثانى: موثّقه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «أتانى جبرئيل وقال: يا محمّد، إنّ ربك يقرئك السلام وينهى عن تزويق البيوت، قال أبو بصير: فقلت: وما تزويق البيوت؟ فقال: تصاوير التّمثيل»^(١).

وفيه: أنّه لم يظهر كون متعلّق النهى هو المعنى المصدريّ للتصوير، بل من المحتمل جداً أن يكون متعلّق اتّخاذ الصور فى البيوت نقشاً أو مجسّمه، ولا بدّ من حمل هذا النهى على الكراهه؛ لما سيأتى من الترخيص فيه فى الروايات الأخرى.

الثالث: ما تقدّم من «تحف العقول» من أنّه لا بأس بصنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحانى.

وفيه: أنّها وإن كانت ظاهره فى عدم جواز تصوير الحيوان بنحو النقش أو التجسيم، إلّا أن دعوى انصراف الصوره والمثال بقول مطلق إلى المجسّمه لا يمكن المساعده عليها، كما يظهر وجهه بملاحظه الروايات واللغه، ولكنّها باعتبار ضعف سندها غير قابله للاعتماد عليها، كما ذكرنا ذلك عند التعرّض لها.

الرابع: ما فى الروايات المستفيضه، ومنها ما رواه الكليني عن على بن إبراهيم

ص: ٢١٦

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٣٠٣، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث الأول.

والمتمقّد من تحف العقول: «وصنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الرّوحاني». وقوله عليه السلام في عده أخبار: «من صوّر صورته كلّفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها وليس بنافخ».

وقد يستظهر اختصاصها بالمجسّمه، من حيث إنّ نفخ الرّوح لا يكون إلّا في الجسم، وإرادته تجسيم النّقش مقدّمه للنّفخ ثمّ النّفخ فيه خلاف الظاهر.

الشرح:

عن أبيه عن ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من مثّل تمثالاً كلّف يوم القيامة أن ينفخ فيه الروح» (١)، وفي حديث المناهى المتقدّم وقال رسول الله: «من صوّر صورته كلّفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها، وليس بنافخ»، وربّما يناقش في دلالتها بعد الإغماض عن سندها بأنّ مقتضى الأمر بالنّفخ أن تكون الصورة مجسّمه. ويجاب عن ذلك تارة بإرجاع الأمر بالنّفخ إلى الأمر بالتجسيم أوّلاً، ثمّ النّفخ فيه، وهذا الجواب كما يذكر المصنّف رحمه الله خلاف الظاهر. وأخرى بأنّ النّقش باعتبار محلّه أو باعتبار الأجزاء اللطيفه من الصبغ قابل للنّفخ، وكذا إذا كان من قبيل أمر الإمام عليه السلام الأسد المنقوش على بساط الخليفة بأخذ الساحر في ذلك المجلس، ولعلّه في الحقيقة من تعلّق إرادته عليه السلام بمحو الصورة عن البساط وحضور أسد يكون صورته موافقاً لما كان في البساط.

أقول: التكليف الوارد في هذه الأخبار بالنّفخ اعتذارى لا- يعتبر تعلّقه بالممكن أو المقدور، فلا- يكون في الأمر قرينه على اختصاص الصورة بالمجسّمه، كما لا حاجة إلى فرض إمكان النّفخ في النّقش، اللهم إلّا أن يقال: إنّ الأمر بالنّفخ يقتضى كون الصورة مجسّمه، لا لأنّ الأمر يتعلّق بالممكن أو المقدور حتّى يجاب عنه بأنّ الأمر به اعتذارى، بل لأنّ الأمر بالنّفخ ظاهره نقص الصورة من الحيوان أو الإنسان في جهه الروح فقط.

ص: ٢١٧

١- (١) المصدر السابق: ٣٠٤، الحديث ٢.

وفيه: أنَّ النَّفْخَ يمكن تصوُّره في النَّقْشِ بملاحظه محلّه، بل بدونها كما في أمر الإمام عليه السلام الأسد المنقوش على البساط بأخذ السّاحر في مجلس الخليفة أو بملاحظه لون النَّقْشِ الَّذِي هو في الحقيقة أجزاء لطيفه من الصبغ.

والحاصل: أنَّ مثل هذا لا يعدّ قرينه عرفاً على تخصيص الصّوره بالمجسّم.

الشرح:

الخامس: صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان» (١)، وذكر المصنّف رحمه الله أنّ هذه أظهر ما في الباب من حيث شمولها للصورة بنحو النقش، وذلك بقرينه تماثل الشمس والقمر الذي يكون بالنقش عادة.

وفيه: أنّ هذه الصحيحه لا دلالة لها على عدم جواز التصوير بمعناه المصدريّ، حيث إنّ من المحتمل رجوع السؤال فيه إلى اقتناء الصور.

لا يقال: على تقدير كون المراد منها السؤال عن الاقتناء تكون دالّة على حرمة التصوير أيضاً، حيث إنّ حرمة الاقتناء لازمها حرمة عملها؛ إذ لا يحتمل حرمة اقتناء الصورة وجواز عملها. والحاصل: أنّ حرمة عملها تثبت بالصحيحه على كلّ تقدير، إمّا بدلالاتها المطابقية، كما إذا كان السؤال راجعاً إلى العمل أو بالالتزام بناءً على كونها ناظره إلى حكم الاقتناء.

فإنّه يقال: إذا كان النهي فيها عن الاقتناء فيحمل على الكراهه لا محاله؛ لما يأتي من القرينه الواضحه عليها، وكراهه الاقتناء لا تلازم حرمة العمل.

السادس: ما في «المحاسن» عن أبيه عن ابن سنان عن أبي الجارود عن الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: «من جدّد قبراً أو مثلاً مثلاً فقد خرج من

ص: ٢١٨

١- (١) وسائل الشيعة ٥: ٣٠٧، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ١٧.

وأظهر من الكلّ، صحيحه ابن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر؟ قال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان»، فإنّ ذكر الشمس والقمر قرينه على إرادته مجرّد النّقش. ومثل قوله عليه السلام: «من جدّد قبراً أو مثلاً مثلاً فقد خرج عن الإسلام». فإنّ المثال والتصوير مترادفان على ما حكاه كاشف اللّثام عن أهل اللّغه مع أنّ الشائع من التصوير والمطلوب منه، هي الصّور المنقوشه على أشكال الرّجال والنساء والطّيور والسباع، دون الأجسام المصنوعه على تلك الأشكال.

الشرح:

الإسلام» (١) ووجه دلالتة أنّ التصوير والمثال، كما حكى «كاشف اللّثام» عن أهل اللّغه، مترادفان (٢)، والغالب خارجاً من تصوير الحيوانات نقشها، ولو لم تكن الروايه مختصّه بالغالب فلا أقلّ من شمولها له.

وربّما يقال: إنّ المراد بتمثيل المثال فيها صنع الصنم بقرينه خروج الفاعل عن الإسلام، كيف؟ ولا يكون التصوير أشدّ من الزنا ونحوه من المعاصي الكبيره التي لا يخرج فاعلها بفعالها عن الإسلام.

أقول: هذا خروج حكمي عن الإسلام، نظير قوله سبحانه: «وَمَنْ كَفَرَ فَبِإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ» (٣)، وإلّا فصنع الصنم أيضاً لا يوجب الخروج عن الاسلام.

والحاصل: أنّ التصوير لا يقلّ وزراً عن تجديد القبر وتعميره، وقد ذكر في الحديث خروج فاعلهما عن الإسلام، والعمده ضعف السند وعدم ثبوت الترادف بين التصوير والمثال كما لا يخفى.

ص: ٢١٩

١- (١) وسائل الشيعة ٥: ٣٠٦، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ١٠.

٢- (٢) كشف اللّثام ١: ١٩٩.

٣- (٣) سوره آل عمران: الآيه ٩٧.

ويؤيده: أنّ الظاهر أنّ الحكمه فى التحريم [١]. هى حرمه التشبه بالخالق فى إبداع الحيوانات وأعضائها على الأشكال المطبوعه، التى يعجز البشر عن نقشها على ما هى عليه، فضلاً عن اختراعها، ولذا منع بعض الأساطين عن تمكين غير المكلف من ذلك.

ومن المعلوم أنّ المادّه لا دخل لها فى هذه الاختراعات العجيبه، فالتشبه إنّما يحصل بالنقش والتشكيل، لا غير.

ومن هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح، فإنّ صور غيرها كثيراً ما تحصل بفعل الإنسان للدواعى الأخر غير قصد التصوير، ولا يحصل به تشبه بحضره المبدع تعالى عن التشبيه بل كلّ ما يصنعه الإنسان من التصرف فى الأجسام فيقع على شكل واحد من مخلوقات الله تعالى.

الشرح:

[١] يعنى: يؤيد حرمه تصوير الحيوان ولو كان بنحو النقش حكمه هذا الحكم وهو تشبه المصوّر بالخالق تعالى.

وفيه: أوّلاً: أنه لا سبيل لنا إلى إحراز أنّ حكمه الحكم هو التشبه بالخالق، وإلا لجرى فى تصوير الأشجار وغيرها، كما سنذكر.

وثانياً: أنّ التشبه لا يكون بمجرد النقش، بل بإبداع الجسم الشامل على تمام وسائل الحياه، ودعوى أنّه لا دخل للمادّه فى التشبه لا يمكن المساعده عليها كما لا يخفى.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا عدم تمام الدليل على حرمه التصوير بنحو النقش ولا بنحو التجسيم، وإن كان التجسيم باعتبار عدم ظهور الخلاف فى حرمة مورداً للاحتياط.

لا يقال: قد رود فى روايات مستفيضه: «من صوّر صورته كلفه الله يوم القيامة أن

ولذا قال كاشف اللثام على ما حكى عنه في مسأله كراهه الصيلاه في الثوب المشتمل على التماثيل : إنه لو عمّت الكراهه لتماثيل ذى الرّوح وغيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام، لشبه الأعلام بالأخشاب والقصبات ونحوها، والثياب المحشوّه، لشبه طرائقها المخيطه بها، بل الثياب قاطبه، لشبه خيوطها بالأخشاب ونحوها، انتهى. وإن كان ما ذكره لا يخلو عن نظر[١] كما سيجيء هذا، ولكنّ الشرح:

ينفخ فيها وليس بنافخ(١) ودلالاتها على حرمه التصوير بنحو المجسّمه تامّه، وضعف سندها منجبر بعمل المشهور، بل بعدم ظهور الخلاف بين الأصحاب.

فإنّه يقال: لم يعلم استناد كلّهم أو جلّهم في حكمهم بعدم الجواز إلى تلك الروايات، ولعلّهم استفادوا الحكم من صحيحه محمد بن مسلم أو موثقه أبي بصير المتقدمين. وبما أنا ناقشنا في دلالتهما على حرمه إيجاد الصوره وعملها، فيكون المقام نظير قولهم بنجاسه ماء البئر استناداً إلى أخبار النرح.

وكيف كان، فلا يمكننا الإفتاء بالحرمة، بل غايه الأمر الالتزام بالاحتياط كما ذكرنا.

ثم لا- يخفى أنّ ما دلّ على حرمه التصوير ولو نقشاً على تقدير تمامه لا يعمّ التصوير المتعارف في زماننا المعبر عنه بالفارسيّه «عكس گرفتن»، وذلك فإنّ ظاهر ما تقدّم حرمه إيجاد الصوره وعملها نقشاً أو مجسّمه، وأمّا العمل على بقاء الصوره الواقعه من الشىء فى شىء آخر، كما فى هذا التصوير المتعارف، فغير داخل فى مدلولها، كما إذا صبّ المكلف مائعاً على المرآه الواقعه عليها صوره إنسان، فثبتت فى المرآه تلك الصوره بصبّه، فإنّه لا يسمّى ذلك تصويراً بالمعنى الوارد عليه الأخبار.

[١] ووجهه، كما سيذكر رحمه الله أنّ روايات المنع ظاهرها قصد حكاية الشىء

ص: ٢٢١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٩٧، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

العمده فى اختصاص الحكم [١]. بذوات الأرواح أصاله الإباحه، مضافاً إلى ما دلّ على الرّخصه، مثل صحيحه ابن مسلم السابقه ، وروايه التحف المتقدّمه .

وما ورد فى تفسير قوله تعالى: «يَعْمَلُونَ لَهُ مِمَّا يُشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَائِيلَ» من قوله عليه السلام : «والله ما هى تماثيل الرّجال والنساء، ولكنها تماثيل الشجر وشبهه» والظاهر، شمولها للمجسم وغيره، فبها يُقْتَد بعض ما مرّ من الإطلاق [٢].

الشرح:

وتمثيله، وأمّا فعل ما تدعوه إليه حاجته ويكون شبيهاً بشيء من خلق الله من غير قصد تصويره والحكاية عنه، فلا تعمّه تلك الروايات، وثياب ذوات الأعلام أو الثياب المحشوه مع شبه طرائقها بالأخشاب من هذا القبيل.

والحاصل: أنّ حرمه نقش غير الحيوان من سائر المخلوقات لا تلازم حرمه خياطه الثياب المحشوه وغيرها.

[١] ولكن لا تصل النوبه إلى أصاله الإباحه فى مقابل ما يدلّ على جواز تصوير غير الحيوان.

[٢] أى أنه بهذه الروايه الداله على جواز تماثيل الشجر وغيره بنحو النقش والتجسيم، يرفع اليد عن إطلاق مثل قوله: «ونهى عن تزويق البيوت» بحمله على تزويقها بصوره الحيوان أو الإنسان نقشاً أو مجسمه.

ثمّ إنّ من الأقوال فى المسأله المنع عن تصوير ذى الروح وغيره بنقش أو تجسيم أخذاً بالإطلاق المتقدّم اللازم تقييده بما ذكر، والمنع عن التصوير بنحو المجسمه، سواء كانت صوره حيوان أو غيره، والتفصيل فى المنقوش بين الحيوان وغيره مما لا حياه له، فلا يجوز الأوّل ويجوز الثانى.

والوجه فى هذا التفصيل دعوى انصراف الروايات المجوّزه إلى بيان حكم النقش، وأنّ المنقوش لا بأس به إذا لم يكن حيواناً، ولكن مقتضى الدعوى المزبوره

ص: ٢٢٢

خلافاً لظاهر جماعه، حيث إنهم بين من يحكى عنه تعميمه الحكم لغير ذى الروح ولو لم يكن مجسماً لبعض الإطلاقات اللازم تقييدها بما تقدّم مثل قوله عليه السلام: «نهى عن تزويق البيوت»، وقوله عليه السلام: «من مثل مثلاً... الخ» وبين من عبّر بالتمثيل المجسّم، بناءً على شمول التمثال لغير الحيوان كما هو كذلك فخصّ الحكم بالمجسّم، لأنّ المتيقّن من المقيّدات للإطلاقات والظاهر منها بحكم غلبه الاستعمال والوجود: النقوش لا غير.

وفيه: أنّ هذا الظهور لو اعتبر لسقط الإطلاقات عن نهوضها لإثبات حرمة المجسّم، فتعيّن حملها على الكراهه، دون التخصيص بالمجسّمه.

وبالجمله، التمثال فى الإطلاقات المانعه مثل قوله: من مثل مثلاً إن كان ظاهراً فى شمول الحكم للمجسّم، كان كذلك فى الأدلّه المرخّصه لما عدا الحيوان، كروايه تحف العقول وصحيحه ابن مسلم وما فى تفسير الآيه.

الشرح:

هو الحكم بكراهه التصوير مطلقاً، سواء كان بنحو المجسّمه أو النقش أم كان حيواناً أو غيره، وذلك لما ذكره المصنّف رحمه الله من أنّ التصوير والتمثال على تقدير انصرافه إلى النقش باعتبار كون الغالب خارجاً هو النقوش لكان هذا الانصراف فى كلتا الطائفتين، أى فى الروايات المانعه عن التصوير والمجوزة له، فلا بدّ من حمل المانعه على الكراهه باعتبار ورود الرخصه فى الثانيه، فلا يكون فى البين دليل على حرمة التصوير بالمجسّمه فى الحيوان وغيره، فتكون مكروهه إلحاقاً لها بالنقش.

وهذا الإشكال من المصنّف رحمه الله مبنى على التزام القائل المزبور بعدم الفصل بين الحيوان وغيره، وإلا لكانت النتيجة حرمة نقش الحيوان والإنسان وجواز نقش غيرهما، وذلك لثبوت الترخيص فى نقش غير الحيوان والإنسان، فيحمل المنع فى الطائفة الأولى على نقشهما ويلحق تصوير الإنسان أو الحيوان بنحو المجسّمه بنقشهما بالفحوى كما لا يخفى.

ص: ٢٢٣

فدعوى ظهور الإطلاقات المانعه فى العموم واختصاص المقيدات المجوزه بالنقوش تحكّم.

ثم إنّه لو عمّمنا الحكم لغير الحيوان مطلقاً أو مع التّجسّم، فالظاهر أنّ المراد به ما كان مخلوقاً لله سبحانه على هيئته خاصّه معجبه للنّاظر، على وجه تميل النّفس إلى مشاهدته صورتها المجرّده عن المادّه أو معها.

فمثل تمثال السّيف والرّمح والقصور والأبنيه والسّفن ممّا هو مصنوع للعباد وإن كانت فى هيئته حسنه معجبه خارج.

وكذا مثل تمثال القصبات والأخشاب والجبال والشطوط ممّا خلق الله لا- على هيئته معجبه للنّاظر بحيث تميل النّفس إلى مشاهدتها، ولو بالصّور الحاكيه لها، لعدم شمول الأدلّه لذلك كلّه.

هذا كلّه مع قصد الحكايه والتّمثيل، فلو دعت الحاجه إلى عمل شىء يكون شبيهاً بشىء من خلق الله ولو كان حيواناً من غير قصد الحكايه، فلا بأس قطعاً. ومنه يظهر النّظر فى ما تقدّم عن كاشف اللّثام، ثمّ إنّ المرجع فى الصّوره إلى العرف، فلا يقدر فى الحرمة نقص بعض الأعضاء [١]. وليس فى ما ورد من رجحان تغيير الصّوره بقلع عينها أو كسر رأسها دلالة على جواز تصوير النّاقص.

ولو صيّر بعض أجزاء الحيوان فى حرمة نظر، بل منع، وعليه، فلو صوّر نصف الحيوان من رأسه إلى وسطه، فإنّ قُمدّر الباقي موجوداً بأنّ فرضه إنساناً الشّرح:

[١] بأن يصدق على النّاقص أنّها صوره إنسان أو حيوان، كما فى الحيوان المقطوع أذنه أو رجله، وليس فيما ورد من تغيير الصّوره بقلع عينها أو غيره دلالة على جواز تصوير النّاقص؛ لأنّ القلع موجب لارتفاع كراهه اقتناء الصّوره لا- جواز تصويره كذلك.

جالساً لا- يتبين ما دون وسطه حُرْمٌ، وإن قصد النَّصف لا غير لم يحرم إلا مع صدق الحيوان على هذا النَّصف. ولو بدا له في إتمامه حُرْمُ الإتمام، لصدق التصوير بأكمل الصورة، لأنه إيجاد لها. ولو اشتغل بتصوير حيوانٍ فَعَلَ حراماً [١]. حتّى لو بدا له في إتمامه، وهل يكون ما فَعَلَ حراماً من حيث التصوير أو لا يحرم إلا من حيث التجزى؟ وجهان: من أنه لم يقع إلا بعض مقدمات الحرام بقصد تحقّقه، ومن أنّ معنى حرمة الفعل عرفاً ليس إلا حرمة الاشتغال به عمداً فلا تراعى الحرمة بإتمام العمل، والفرق بين فعل الواجب المتوقّف استحقاق الثواب على إتمامه وبين الشرح:

[١] يعنى: لو قصد تصوير الحيوان مثلاً بتمامه وشرع فيه، يكون بشروعه مستحقاً للعقاب حتى فيما لو بدا له بعد ذلك فلم يتمّه.

وهل هذا الاستحقاق على مخالفته النهى عن التصوير أو للتجزى؟ وجهان:

وجه كونه تجزياً أنّه قصد الحرام واشتغل ببعض مقدماته.

ووجه كونه محرّماً من حيث التصوير أنّ معنى حرمة الفعل العذى من قبيل المركّب ليس عرفاً إلا الاشتغال به بداعى تحقيقه وإن لم يتمّه. والفرق بين تحريم المركّب وإيجابه مع أنّ موافقه الإيجاب لا تكون إلا بإتمام ذلك المركّب، قضاء العرف.

أقول: فيه ما لا- يخفى، فإنّ العنوان المحرّم إذا كان بحيث لا- يصدق إلا- على المجموع، كما هو المفروض؛ لأنّ المنهى عنه تصوير الحيوان أو الإنسان وعمل تمثالهما، وهذا يكون بنقشهما أو تجسيمهما من قرنها إلى قدمهما، فيكون اتّصاف الجزء الأوّل بكونه حراماً مشروطاً بتحقق الجزء الآخر كما فى الواجبات الارتباطية، فالتفرقة بين الواجبات والمحرّمات فى ذلك بلا وجه.

ولو اشتغل اثنان بتصوير حيوان بأن قصد هذا تصوير بعضه والآخر تصوير

الحرام هو قضاء العرف فتأمل، بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله [١]

الشرح:

بعضه الآخر، وكان ذلك بعلم كل منهما بفعل صاحبه، فلا يبعد الالتزام بحرمه تصوير البعض فى الفرض أخذاً بقوله سبحانه: «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»، حيث إن مقتضى الأدله الأوثيه عدم جواز تصوير كل مكلف تمام الحيوان، ومقتضى الآيه حرمه الاشتراك فى تحقيق ذلك الحرام كما لا يخفى. وليس المحرم بحسب الأدله هو إتمام الصوره كما إذا قصد أحد تصوير جسد الحيوان مثلاً- بلا- رأس، بلا- علم منه أن الآ-خر يكمله، وأكمله الآ-خر برسم الرأس له، فلا- يكون فعل الثانى حراماً باعتبار كونه إتماماً لتلك الصوره، فإن المحرم هو تصوير كل مكلف الحيوان أو الإنسان لا إتمام صورتها، وتصويرهما لا يصدق على مجرد إتمامهما، كما أنه لا يصدق على تصوير بعضهما. وقد تقدم دلاله صحيحه محمد بن مسلم على عدم البأس بتصوير لا يكون حيواناً، كما أن المستفاد من روايات التكليف بالنفخ باعتبار المنهى عنه بنحو يكون بالنفخ إنساناً أو حيواناً، وتصوير بعض اعضائهما لا يكون كذلك، فتدبر.

[١]- لا- يخفى أن جواز اقتناء الصوره ملازم لجواز المعامله بها، فإن اقتناءها لزينه البيوت وغيرها منفعه مقصوده يوجب جوازه جوازها، ولا يقاس اقتناؤها باقتناء الخمر مثلاً، حيث إن جواز اقتنائها للتخليل لا يكون موجباً لجواز بيعه، فإن المنفعه المقصوده من الخمر شربها وهو محرم، بخلاف الصوره. هذا مع ورود النهى عن بيع الخمر وشرائها وضعاً وتكليفاً كما مرّ، وأما لو قيل بحرمه اقتناء الصوره أو وجوب محوها فلازمه الحكم بفساد المعامله عليها، باعتبار عدم المنفعه المحلله فيها، فيكون أكل المال بها أكلاً بالباطل؛ ولذا ذكر فى «جامع المقاصد» جواز إبقاء الصوره واقتنائها فيجوز بيعها (١) وعن «المقنع» و«النهايه» و«السرائر» عدم جواز التجاره

ص: ٢٢٦

من الصور وعدمه. فالمحكى عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي أنّ المستفاد من الأخبار الصّحيحة وأقوال الأصحاب: عدم حرمة إبقاء الصور، انتهى.

وقرّره الحاكي على هذه الاستفاده. وممّن اعترف بعدم الدليل على الحرمة، المحقق الثاني في جامع المقاصد مفرّعاً على ذلك جواز بيع الصور المعموله، وعدم لحوقها بآلات اللهو والقمار وأواني التّقدين، وصرّح في حاشيه الإرشاد بجواز النّظر إليها. لكن ظاهر كلام بعض القدماء حرمة بيع التّمائيل وابتاعها.

الشرح:

بها(1)، ولازمه عدم جواز اقتنائها. وكيف كان، فذكر المصنّف رحمه الله في عدم جواز اقتنائها وجوهاً:

الأول: أنّ الدليل على حرمة شيء حدوثاً دليل على حرمة إبقائه، باعتبار أنّ ذلك مقتضى مبغوضيته.

وأجاب عن ذلك فيما بعد أنّ ظاهر الدليل هي حرمة عمله، وأمّا إبقاؤه بعد عمله فلا يستفاد حرمة. نعم، لو كان حرمة عمل الشيء بحيث يعمّ بقاءه بأن تكون دلالته على حرمة الإبقاء بالملازمه العرفيه، كما في حرمة تنجيس المسجد باعتبار احترامه، وعدم جواز هتكه، فيعمّ الحكم الإبقاء ويكون الدليل على حرمة تنجيسه دالاً بالملازمه على وجوب تطهيره.

الثاني: صحّحه محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان»(2)، بدعوى رجوع السؤال عن الأعيان إلى الفعل المناسب لها، والمناسب للتّمائيل اقتناؤها لزينه البيوت وغيرها

ص: ٢٢٧

١- (١) المقنعه: ٥٨٧، والنهائيه: ٣٦٣، والسرائر ٢: ٢١٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥: ٣٠٧، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ١٧.

ففى المقنعه بعد أن ذكر فى ما يحرم الاكتساب به الخمر وصناعتها وبيعها قال: وعمل الأصنام والصُّلبان والتماثيل المجسِّمه والشُّطرنج والنرد وما أشبه ذلك حرام، وبيعه وابتاعه حرام، انتهى.

وفى النهايه: وعمل الأصنام والصُّلبان والتماثيل المجسِّمه والصُّور والشُّطرنج والنرد وسائر أنواع القمار حتّى لعب الصِّبيان بالجوز والتُّجاره فيها والتُّصرف فيها والتكسُّب بها محظور، انتهى. ونحوها ظاهر السرائر.

الشرح:

لاعملها، كما إذا سئل عن الخمر وأجيب بالحرمة يكون ظاهره حرمة شربها، فإنّه المتعارف فى الخمر لا عملها، بل ما نحن فيه يمتاز عن مثل الخمر بأنّ عمل الخمر يقع من كلّ إنسان يريد عمله، بخلاف التصوير، فإنّه لا يقع إلّا من البعض، فيمكن رجوع السؤال عن الخمر إلى عملها بخلاف التماثيل.

وأجاب رحمه الله عن هذا الوجه برجوع السؤال إلى عملها، فإنّ عمل التصاوير مرتكز فى أذهان عامّة الناس، ويكون السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفه حكم عملها، إذ لا يحتمل عدم جواز اقتناء ما يجوز عمله.

أقول: لم يظهر من الصحيحه رجوع السؤال إلى عمل التماثيل، فإنّه لو لم تكن ظاهره فى حكم الاقتناء فلا أقل من عدم ظهورها فى عملها، وما ذكره المصنّف رحمه الله فى وجه رجوع السؤال إلى عملها ضعيف، فإنّه يمكن أن لا يعلم السائل حكم عملها ومع ذلك يسأل عن حكم اقتنائها باعتبار خروج عملها عن ابتلائه؛ لعدم معرفته بالتصوير أو عدم قصده، بخلاف اقتنائها. كما يمكن علمه بحرمة عملها أو كراهته من قبل ويسأل فعلاً عن حكم اقتنائها.

وما ذكر فى وجه رجوع السؤال إلى الاقتناء من أنّ السؤال عن الخمر لا ينصرف

ويمكن أن يستدل للحرمة مضافاً إلى أنّ الظاهر من تحريم عمل الشيء مبغوضيه وجود المعمول ابتداءً واستدامه بما تقدّم في صحيحه ابن مسلم من قوله عليه السلام: «لا بأس ما لم يكن حيواناً»، بناءً على أنّ الظاهر من سؤال الرّاوى عن التّمثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلّق بها العام البلوى، وهو الاقتناء.

الشرح:

إلى عملها، مع أنّ عملها يقع من كلّ واحد فكيف بالتصوير، فإنّه عمل مختصّ بالنقاش غير تامّ، بل الأمر أشبه بالعكس، فإنّه لا يعرف كلّ إنسان عمل الخمر، بخلاف التصوير ولو بصوره ما كما لا يخفى.

الثالث: الحصر المذكور للصنّاعه فى حديث «تحف العقول» حيث ذكر فيه أنّ الصنّاعه المحرّمه هى التى يجىء منها الفساد المحض، ولا يكون فيها جهه صلاح ويحرم جميع التقلّب فيها، وإذا حرم تصوير الحيوان، كما هو الفرض يكون فيه الفساد المحض، بمقتضى الحديث، كما يحرم جميع التقلّب فيه الذى منه بيع الصورة وشراؤها واقتنائها.

وأجاب رحمه الله عن هذا الوجه بأنّ المذكور فى الحديث من الصنّاعه قسمان، الأوّل: ما يكون فيه الصّلاح والفساد معاً. الثانى: ما يكون فيه الفساد المحض، ومدلوله أنّ المحرّم من هذين القسمين هو الثانى الذى يحرم فيه جميع التقلّب. وأمّا أنّه ليس للصنّاعه قسم ثالث، وهو ما إذا كان الفساد المحض فى عمله فقط لا فى إبقاء المصنوع، فيكون المحرّم عمله فقط، فلا يكون الحديث نافياً لذلك، فإنّ الحصر الوارد فيه إضافي، أى ناظر إلى القسمين المذكورين، وأنّ المحرّم منهما الثانى لا الأوّل. وعلى ذلك فيمكن كون التصوير من القسم الثالث الخارج عن مدلول الحديث، بأن كان عمل الصورة محرّماً دون اقتنائها.

أقول: حمل الحصر فيه على الإضافي لا يناسب وروده فى بيان ضابط الحلال

وأما نفس الإيجاد فهو عمل مختصّ بالنقّاش، ألا ترى أنّه لو سُئِلَ عن الخمر فأجاب بالحرمة، أو عن العصير فأجاب بالإباحة، انصرف الذّهن إلى شربهما، دون صنعتهما، بل ما نحن فيه أولى بالانصراف، لأنّ صنعه العصير والخمر يقع من كلّ أحد، بخلاف صنعه التّمثيل.

وبما تقدّم من الحصر في قوله عليه السلام في روايه تحف العقول: «إنّما حرّم الله الصّيّناعه التي يجيء منها الفساد محضاً، ولا يكون منه وفيه شيء من وجوه الصّلاح إلى قوله عليه السلام: يحرم جميع الثقلّب فيه»، فإنّ ظاهره أنّ كلّ ما يحرم صنّعه. ومنها التّصاوير يجيء منها الفساد محضاً، فيحرم جميع الثقلّب فيه بمقتضى ما ذكر في الرّوايه بعد هذه الفقهه.

الشرح:

والحرام من الكسب.

الوجه الرابع: ما رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: بعثني رسول الله صلى الله عليه وآله إلى المدينة، فقال: لا تدع صورته إلّا محوتها، ولا قبراً إلّا سوّيته، ولا كلباً إلّا قتلته» (١). وأجاب رحمه الله عن هذا الوجه بأن الأمر فيه محمول على الاستحباب أو على كراهه إبقاء الصورة، بقريته الأمر بتسوية القبور وقتل الكلاب.

وفيه: أنّ قريته السياق بأن يكون رفع اليد عن ظهور الطلب بالإضافة إلى فعل موجباً لرفع اليد عن ظهوره بالإضافة إلى الفعل الآخر أيضاً لا أساس لها؛ ولذا لا تكون القريته على استحباب غسل الجمعه موجباً لرفع اليد عن الظهور بالإضافة إلى غسل الجنابه أيضاً، كما في مثل قوله: «اغتسل للجمعه والجنابه»، فضلاً عن مثل: «اغتسل للجمعه وَاغتسل للجنابه». نعم، نلتزم بحمل النهي عن إبقاء الصورة على الكراهه،

ص: ٢٣٠

وبالنَّبويّ: «لا تدع صورته إلّا محوتها ولا كلباً إلّا قتلته»، بناءً على إرادته الكلب الهراش المؤذى، الذى يحرم اقتناؤه.

وما عن قرب الإسناد بسنده عن على بن جعفر عليه السلام عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن التّمثيل هل يصلح أن يلعب بها؟ قال: لا».

وبما ورد فى إنكار أنّ المعمول لسليمان عليه السلام هى تمثيل الرجال والنساء، فإنّ الإنكار إنّما يرجع إلى مشيئه سليمان للمعمول كما هو ظاهر الآيه دون أصل العمل، فدلّ على كون مشيئه وجود التّمثيل من المنكرات التى لا تليق بمنصب النبوه.

الشرح:

لكن لا بقرينه السياق، بل للروايات الآتية الظاهره فى الترخيص فى اقتنائها.

الوجه الخامس: صحيحه على بن جعفر المحكيه عن «المحاسن» عن موسى بن قاسم عنه عن أخيه عليه السلام أنّه «سأل أباه عن التّمثيل؟ فقال: لا يصلح أن يلعب بها»^(١)، ورواها عن «قرب الإسناد» عن عبدالله بن الحسن عن جده على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن التّمثيل، هل يصلح أن يلعب بها؟ قال: لا»^(٢)، وهذه على النقل الأوّل مؤيده لما تقدّم من أنّ السؤال عن التّمثيل لا يكون ظاهراً فى السؤال عن صنعها وعملها.

الوجه السادس: تصديّه عليه السلام للدفاع عن سليمان النبى عليه السلام، بأنّ المصنوع له كانت صورته الشجر، فإنّه لا مورد للدفاع عنه بالجواب المزبور إلّا مع عدم مناسبه اقتناء الصور لمثله عليه السلام، ولو كان المنافى صنعها فقط لم يكن للاعتراض وجه، حيث إنّ عمله عليه السلام كان الاقتناء لا الصنع.

ص: ٢٣١

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٣٠٧، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ١٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٢٩٨، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

وبمفهوم صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت إذا غيّرت رؤوسها وترك ما سوى ذلك».

ورواه المثنى عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام يكره الصّور في البيوت» بضميمه ما ورد في روايه أُخرى مرويه في باب الرّبا: «أنّ علياً عليه السلام لم يكن يكره الحلال».

ورواه الحلبي المحكيه عن مكارم الأخلاق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أهديت إليّ طنفسه من الشّام فيها تماثيل طائر، فأمرت به فغيّر رأسه فجعل كهَيْئَةِ الشّجر» هذا. وفي الجميع نظر:

أمّا الأوّل، فالأنّ الممنوع هو إيجاد الصّوره، وليس وجودها مبعوضاً حتّى يجب رفعه.

الشرح:

وفيه: أنّ الاعتراض باعتبار مشيّه سليمان صنع الصّور، وهذا لا يجتمع مع حرمة التصوير، فدافع عليه السلام بأنّ المصنوع له كانت صورته شجر، بل لو كان الاعتراض والدفاع راجعين إلى الاقتناء لما كانت أيضاً فيها دلالة على حرمة اقتناء صورته الحيوان، وذلك فإنّ الدفاع والاعتراض يصحّان على تقدير كون الاقتناء مكروهاً؛ لأنّ المكروه لا يليق بشأن النبي، فدافع عليه السلام بأنّ الصوره لم تكن حيواناً حتى يكره اقتناؤها.

الوجه السابع: صحيحه زراره بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «لا بأس بأن تكون التماثيل في البيوت إذا غيّرت رؤوسها منها وترك ما سوى ذلك»^(١)، فإنّ مفهومها ثبوت البأس بها مع عدم التغيير، وثبوت البأس في شيء مطلقاً مقتضاه حرمة.

وفيه: أنّه لا بدّ من حمل البأس في الروايه ومثلها على الكراهه، كما هو مقتضى

ص: ٢٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٣٠٨، الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٣.

نعم، قد يفهم الملازمه من سياق الدليل أو من خارج، كما أنّ حرمة إيجاد النجاسة في المسجد يستلزم مبعوضيه وجودها فيه، المستلزم لوجوب رفعها.

وأما الروايات، فالصّحيحه الأولى غير ظاهره في السّؤال عن الاقتناء، لأنّ عمل الصّور ممّا هو مركز في الأذهان، حتّى أنّ السّؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفه حرمة عملها، إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله.

وأما الحصر في روايه تحف العقول، فهو بقريته الفقره السّابقه منها، الوارده في تقسيم الصّيناعات إلى ما يترتّب عليه الحلال والحرام، وما لا يترتّب عليه إلّا الحرام إضافي بالنّسبه إلى هذين القسمين، يعنى لم يحرم من القسمين إلّا ما ينحصر فائدته في الحرام ولا يترتّب عليه إلّا الفساد.

الشرح:

الجمع بينهما وبين الأخبار المجوّزه لاقتناء التماثيل في البيت والصلاه فيها.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ في هذه الصحيحه دلالة على جواز اقتناء الصور وعدم وجوب محوها، ولعلّه باعتبار أنّ تغيير رأس الحيوان لا يخرجها عن كونها صوره حيوان ولو في بعض موارد التغيير. نعم، مثل حذف رأس الحيوان يخرجها عن صورته الحيوان.

الوجه الثامن: حسنه المثنى عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام كره الصور في البيوت»^(١)، بضميمه ما ورد من أنّه عليه السلام لا يكره الحلال، كما في بعض الروايات الوارده في الربا. وفيه: أنّ المراد بالحلال هو المباح المساوى طرفاه لا المقابل للحرام، ضروره أنّه عليه السلام يكره المكروهات في الشرع.

والوجه التاسع: ما رواه الحسن بن الفضل الطبرسي في «مكارم الأخلاق» عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قد أُهديت إليّ طنفسه (ثوب أو بساط) من الشام

ص: ٢٣٣

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ الحصر وارد في مساق التعليل و إعطاء الضَّابطه للفرق بين الصِّنائع، لا- لبيان حرمه خصوص القسم المذكور.

وأما النبويّ، فسياقه ظاهر في الكراهه، كما يدلّ عليه عموم الأمر بقتل الكلاب، وقوله عليه السلام في بعض هذه الروايات: «ولا قبراً إلاّ سوّيته».

وأما روايه علي بن جعفر، فلا تدلّ إلاّ على كراهه اللّعب بالصوره، ولا نمنعها، بل ولا الحرمة إذا كان اللّعب على وجه اللّهُو.

وأما ما في تفسير الآيه، فظاهره رجوع الإنكار إلى مشيئه سليمان عليه السلام لعملهم، بمعنى إذنه فيه، أو إلى تقريره لهم في العمل.

وأما الصّحيحه، فالبأس فيها محمول على الكراهه لأجل الصّلاه أو مطلقاً، مع دلالتها على جواز الاقتناء، وعدم وجوب المحو.

وأما ما ورد من «أنّ علياً عليه السلام لم يكن يكره الحلال»، فمحمول على المباح المتساوي طرفاه، لأنّه عليه السلام كان يكره المكروه قطعاً.

وأما روايه الحلبي، فلا دلالة لها على الوجوب أصلاً. ولو سلّم الظهور في الجميع، فهي معارضه بما هو أظهر وأكثر [١].

الشرح:

عليها تماثيل طائر، فأمرت به فغيّر رأسه فجعل كهيئه الشجر» (١).

وفيه: أنّ الروايه مرفوعه وفعله عليه السلام أو أمره بالتغيير لا يدلّ على حرمه الإبقاء، حيث يحتمل كونه لأجل الكراهه.

[١] لا يخفى ظهور بعض الأخبار المعتبره في جواز إبقاء الصور في البيوت تكليفاً، وعدم كونها موجباً لبطلان الصلاه، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أحدهما عليهما السلام عن التماثيل في البيت؟ فقال: «لا بأس إذا كانت عن يمينك وعن

ص: ٢٣٤

مثل: صحيحه الحلبي [١]. عن أبي عبدالله عليه السلام: «ربما قمت أصلي وبين يدي الوساده فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوباً».

وروايه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير أو سبج، أيصلي فيه؟ قال: لا بأس».

وعنه، عن أخيه عليه السلام: «عن البيت فيه صورته سمكه أو طير يعبث به أهل البيت، هل يصلي فيه؟ قال: لا، حتى يُقطع رأسه ويفسد».

الشرح:

شمالك وعن خلفك أو تحت رجلك، وإن كانت في القبلة فألق عليها ثوباً» (١)، حيث إن مقتضى إطلاق نفي البأس جواز إبقائها تكليفاً ووضعاً، والأمر بإلقاء الثوب عليها فيما إذا كانت في القبلة لا يصلح لكونه قرينه على اختصاص السؤال والجواب بالوضع، كما أن عدم الاستفصال في الجواب بين كونها بنحو المجسمه أو النقوش مقتضاه عدم الفرق بينهما في الحكم.

والأمر بإلقاء الثوب أو تغيير الرأس أو قلع العين ونحوه حكم غير إلزامي، بقرينه مثل صحيحه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن البيت قد صور فيه طير أو سمكه أو شبهه يلعب به أهل البيت، هل تصلح الصلاة فيه؟ قال: لا، حتى يقطع رأسه أو يفسده، وإن كان قد صلى فليس عليه إعادته» (٢)، حيث إن نفي الإعادة قرينه على حمل النهي على الكراهه، بل لا يبعد أن يقال: إن عدم أمره سلام الله عليه بمحو تلك الصوره مطلقاً قرينه على جواز اقتنائها.

[١] هذه الروايه دلالتها على جواز الاقتناء واضحه (٣).

ص: ٢٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٤: ٤٣٦، الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلي، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٤٤١، الحديث ١٨.

٣- (٣) المصدر السابق ٥: ١٧٠، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٢.

ورواه أبى بصير، قال: «سألت أبى عبد الله عليه السلام عن الوساده والبساط يكون فيه التماثيل، قال: لا بأس به يكون فى البيت. قلت: التماثيل؟ قال: كل شىء يوطأ فلا بأس به».

وسياق السؤال مع عموم الجواب يأبى عن تقييد الحكم بما يجوز عمله، كما لا يخفى.

ورواه أخرى لأبى بصير، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إننا نسط عندنا الوسائد فيها التماثيل ونفترشها؟ قال: لا بأس منها بما يسط ويُفترش ويوطأ، وإنما يكره منها ما نصب على الحائط وعلى الشير».

وعن قرب الإسناد عن على بن جعفر [١]. عن أخيه عليه السلام، قال: «سألت عن رجل كان فى بيته تماثيل أو فى ستر ولم يعلم بها وهو يصلّى فى ذلك البيت، ثم علم، ما عليه؟ قال عليه السلام: ليس عليه فيما لم يعلم شىء، فإذا علم فليزع الست، وليكسر رؤوس التماثيل» فإن ظاهره: أن الأمر بالكسر، لأجل كون البيت ممّا يصلّى فيه، ولذلك لم يأمر عليه السلام بتغيير ما على الست واكتفى بنزعه.

الشرح:

[١] وفى السند عبد الله بن الحسن. وحاصل ما ذكره رحمه الله فى كون هذه الروايه قرينه على عدم حرمة اقتناء الصور هو أن الأمر بالكسر فيها ليس باعتبار وجوب محو الصورة تكليفاً، وإلا لم يكن وجه للفرقه بين الصورة فى البيت وبين الصورة فى الست بالأمر بالكسر فى الأول، وبالنزاع فى الثانى، بل كان الواجب إزاله الصورة، حتى التى كانت فى الست. واحتمال أن يكون المراد بكسر رؤوس التماثيل شاملاً لما فى الست أيضاً، والأمر بنزع الست؛ لكونه مقدمه للتغيير، فيه ما لا يخفى، بل الظاهر أن الحكم بالكسر والنزع لرعايه الصلاه.

ومنه يظهر أنّ ثبوت البأس في صحيحه زواره السابقه مع عدم تغيير الرؤوس إنّما هو لأجل الصّلاه.

وكيف كان، فالمستفاد من جميع ما ورد من الأخبار الكثيره في كراهه الصّلاه في البيت الذي فيه التّمائيل إلّا- إذا غيرت، أو كانت بعين واحده، أو ألقى عليها ثوب جواز اتّخاذها. وعمومها يشمل المجسّمه وغيرها. ويؤيد الكراهه: الجمع بين اقتناء الصّور والتّمائيل في البيت واقتناء الكلب والإناء المجتمع فيه البول في الأخبار الكثيره: مثل ما روى عنهم عليهم السلام مستفيضاً عن جبرئيل عليه السلام: «أنا لا ندخل بيتاً فيه صوره إنسان، ولا بيتاً يبال فيه، ولا بيتاً فيه كلب».

وفي بعض الأخبار إضافه الجنب إليها، والله العالم بأحكامه.

المسأله الخَامِسَه: التطفيف حرام، ذكره في القواعد في المكاسب، ولعله استطراد، أو المراد اتّخاذ كسباً [١]. بأن ينصب نفسه كياناً أو وزاناً، فيطّف للبائع.

وكيف كان، فلا إشكال في حرمة، ويدلّ عليه الأدلّه الأربعة [٢].

الشرح:

أقول: قد تحصل مما ذكرنا إلى هنا جواز اقتناء الصور، سواء كانت بنحو المجسّمه أو النقوش، حتى على القول بحرمه التصوير، ويلزم جواز اقتنائها جواز المعامله عليها، حيث إنّ اقتنائها لتزيين البيوت بها منفعه مقصوده توجب ماليتها. وهذا فيما إذا باع الصور بما هي مجسّمه وصور، وأما إذا باعها بعنوان موادّها فجوازها لا كلام فيه، حيث إنّ بيعها كذلك لا يزيد على بيع مادّه الصنم وقد تقدّم جوازه.

[١] بأن يؤجر نفسه للكيل بنحو التطفيف، حيث إنّّه في الفرض يدخل في الأفعال المحرّمه التي يؤخذ عليها الأجره، فيكون أكلها بالباطل.

[٢] لا يخفى أنّه لا يمكن في المقام إحراز الإجماع التعبدى الذي يكون أحد الأدلّه، بل الإجماع في مثل المقام مدركي، فإنّه إذا علم أو احتمل المدرك لا تُفارق

ثم إنَّ البخس في العَدِّ والذَّرع [١] يلحق به حكماً و إن خرج عن موضوعه. ولو وازن الرِّبوى بجنسه فطَفَّف في أحدهما [٢]: فإن جرت المعاوضه على الشَّرح:

العلماء فلا بدَّ من ملاحظته، فإن تمَّ لزوم القول بما قالوا لا لقولهم، بل لذلك المدرك، وإن لم يتمَّ فلا يكون اعتبار في اتِّفاقهم. وهذا بخلاف الإجماع التعبدي الكاشف عن حَجِّه معتبره، بحيث لو كانت واصله إلينا لكانت تامَّه عندنا أيضاً، وفي المقام مع دلالة الكتاب المجيد على حرمة البخس في المكيال أو الميزان وكونه من الكبائر، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ» (١) ودلاله الأخبار وحكم العقل بأنه ظلم وأكل لمال الغير عدواناً، لا مجال لدعوى الإجماع التعبدي.

[١] لا يخفى أنَّ البحث في معنى التطفيف وكونه البخس في المكيال أو الميزان فقط، أو مطلق البخس حتى في العَدِّ والذرع لا يترتب عليه ثمره عمليته؛ وذلك لدخول البخس في العَدِّ والذرع فيه حكماً بلا شبهه، ولا يحتمل الفرق بين النقص في الكيل أو الوزن، والنقص في العَدِّ والذرع، وظاهر المصنّف رحمه الله اختصاص معنى التطفيف بالكيل والوزن، فلاحظ.

[٢] تعرض رحمه الله لصور ثلاث:

الأولى: وقوع المعاملة على الكليّ المعين وزناً، فيكون دفع الناقص في مقام الوفاء بتلك المعاملة، ويبقى مقدار النقص في عهده.

الثانية: وقوع المعاملة على المدفوع خارجاً بلا شرط المقدار، ويكون النقص في هذه الصورة موجِباً لفساد المعاملة، كما هو مقتضى لزوم الربا.

لا يقال: ظاهر كلام المصنّف رحمه الله في هذه الصورة الحكم بصحة المعاملة مع

ص: ٢٣٨

الوزن المعلوم الكلي فيدفع الموزون على أنه بذلك الوزن اشتغلت ذمته بما نقص، وإن جرت على الموزون المعين باعتقاد المشتري أنه بذلك الوزن فسدت المعاوضه في الجميع لزوم الربا. ولو جرت عليه على أنه بذلك الوزن يجعل ذلك عنواناً للعوض فحصل الاختلاف بين العنوان والمشار إليه لم يبعد الصحه.

الشرح:

عدم كون العوضين متجانسين، حيث إنّه علّل فسادها بلزوم الربا.

فإنّه يقال: نعم، مع عدم كونهما متجانسين يحكم بصحتها، بل وعدم الخيار للطرف؛ لأنّ المفروض وقوع المعامله على الشئ بلا اشتراط المقدار، والغرر مندفع باعتقاد المشتري وإحرازه مقدار المبيع، وكذلك البائع، بل لو فرض علم البائع بالحال، وأنه ناقص عما يعتقده المشتري، فلا تكون حرمة تطفيفه موجه لفساد المعامله.

الثالثه: وقوع المعامله على المدفوع خارجاً بشرط كونه بالمقدار المساوي للعوض الآخر، فإن قيل: إنّ اشتراط المقدار لا يزيد على سائر الشروط الموجب تخلفها الخيار للطرف، فيحكم بفساد المعامله باعتبار لزوم الربا أيضاً، وأما بناءً على أنّ شرط المقدار في حكم الجزء فتكون المعامله منحلّه، فتصحّ بالإضافه إلى الموجود وتبطل في مقدار النقص. وإلى ما ذكرنا من الانحلال وعدمه أشار رحمه الله بقوله: «ويمكن ابتناؤه على أنّ اشتراط المقدار»، والظاهر أنّ اشتراطه لا يكون كسائر الشروط التي لا يوجب تخلفها إلاّ الخيار للطرف، بل يكون البيع بالإضافه إليه منحلّاً؛ ولذا لو اشترى بعشره دنانير مقداراً من الكتب بشرط كونه خمسين عدداً، فلو سئل المشتري عن سعر الشراء وأجاب بشراء الواحد بخمس الدينار كان صحيحاً، ولو ظهر النقص في العدّد فنقص لكل ناقص خمس الدينار لما كان للبائع حق المطالبه به.

ص: ٢٣٩

ويمكن ابتناؤه على أن لا شتراط المقدار مع تخلفه قسطاً من العوض أم لا؟ فعلى الأول يصحّ دون الثّانى.

الشرح:

ومما ذكرنا ظهر فساد ما ذكره المحقق الإيروانى (1) فى تعليقه على الكتاب من فساد المعامله فى الصوره الثالثه، باعتبار أنه ليس المبيع هو الموجود الخارجى مطلقاً، بل بعنوان أنه كذا مقداراً ولم يحصل هذا العنوان، ويكون الفرض كما إذا باع فلزاً بعنوان أنه ذهب فظهر مذهباً.

ووجه الظهور أن عنوان الذهب عنوان مقوم للمبيع، ومع تخلفه لا يكون للمبيع تحقّق، بخلاف اشتراط المقدار فإنّه مع انحلال المبيع، كما هو المفروض يكون بعض المبيع موجوداً؛ ولذا يحكم بالفساد فى المقدار الزائد من أحد العوضين، وتقدّم سابقاً أن تخلف عنوان المبيع لا يوجب انتفاءه مطلقاً، بل فيما إذا كان عنواناً مقوماً، وتفصيل ذلك فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

ثم إنّ البخس فى المكيال فى القسمين الآخرين تطفيف فى مقام المعامله وتعيين العوضين فيها كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر حكم التطفيف فى غير موارد المعامله الربويّه، فلو كان التطفيف فى مقام الوفاء بالمعامله الجاربه على الكلّى فيبقى المقدار الناقص على العهده. ولو جرت المعامله على ما فى الخارج، فإن كان من الصوره الثانيه فتصحّ، وربّما يثبت للمشتري خيار الغبن، كما إذا اعتقد كون الخارج كذا مقداراً واشتراه بقيمته السوقيه، ثم ظهر أنه ناقص من ذلك المقدار ولا يساوى الموجود ذلك الثمن. وأمّا إذا جرت المعامله على الخارج بشرط كونه كذا مقداراً، فبناءً على انحلال المعامله مع هذا الشرط كما تقدّم، تبطل المعامله بالإضافه إلى المقدار الناقص، مثلاً، إذا اشترى

ص: ٢٤٠

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للمحقق الإيروانى ١: ١٣٨.

المسألة السادسة: التنجيم حرام وهو كما فى جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم [١] باعتبار الحركات الفلكية والاتصالات الكوكبية. وتوضيح الشرح:

صبره من حنطه بعشره دنانير بشرط كونها عشره أمانان وظهرت تسعه، يحكم بصحة المعامله فى تسعه أمانان بتسعه دنانير، وتبطل بالإضافة إلى دينار واحد، وبناءً على عدم الانحلال وكون هذا الشرط كسائر الشروط يثبت للآخر خيار تخلف الشرط فقط.

[١] المراد بالأحكام الحوادث السفلية، وإضافتها إلى النجوم باعتبار أن لها ربطاً ما بالأوضاع الفلكية الحاصلة للنجوم بسير بعضها وسكون بعضها الآخر.

ثم لا يخفى عدم اختصاص التنجيم بما إذا أخبر الناظر إليها وإلى أوضاعها الفلكية بالحادثة، بل يعم ما إذا كان النظر إليها لمجرد الاستعلام بالحادثة وإن لم يخبر بها أحداً، ويكشف عن ذلك مثل روايه القاسم بن عبدالرحمن: «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن خصال منها: مهر البغى، ومنها النظر فى النجوم» (١). وروايه عبدالملك بن أعين، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: إنى قد ابتليت بهذا العلم، فأريد الحاجه، فإذا نظرت إلى الطالع ورأيت الطالع الشر جلست ولم أذهب فيها، وإذا رأيت طالع الخير ذهبت فى الحاجه، فقال لى: تقضى؟ قلت: نعم، قال: احرق كتبك» (٢)، بناءً على أن المراد بالقضاء هو الاعتقاد بنحو الجزم والبت لا الإخبار والحكم للمراجعين، وكيف ما كان فينبغى فى المقام ذكر أمرين:

الأول: أن الإخبار عن نفس الأوضاع الفلكية للنجوم كالأخبار عن كون القمر فعلاً فى البرج الفلانى أو حدوث الخسوف فى القمر فى الليله الفلانيه أو حصول رؤيه

ص: ٢٤١

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٤٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١١ : ٣٧٠، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر، الحديث الأول.

المطلب يتوقف على الكلام فى مقامات:

الأول: الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب كالخسوف الناشئ عن حيلولة الأرض بين التيرين، والكسوف الناشئ عن حيلولة القمر أو غيره بل يجوز الإخبار بذلك، إماماً جزماً إذا استند إلى ما يعتقده برهاناً، أو ظناً إذا استند إلى الأمارات. وقد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم، منهم السيد المرتضى والشيخ أبو الفتح الكراجكى فيما حكى عنهما حيث حكى عنهما فى رد الاستدلال على إصابتهم فى الأحكام بإصابتهم فى الأوضاع ما حاصله:

الشرح:

الهلال فى زمان كذا وغير ذلك، لا يكون داخلياً فى أخبار الباب الناطقه بالمنع عن التنجيم. فإن كان إخبارهم عن الأوضاع مستنداً إلى مقدمات موجهة لعلمهم بهذه الأمور، فيجوز لهم الإخبار عنها بتأ، وإن كان مستنداً إلى ما يحتملون فيه الخطأ، فيجوز لهم الإخبار عنها لاعلى سبيل الجزم، بل بنحو الظن والتخمين، حتى لا يكون إخبارهم داخلياً فى الكذب أو القول بغير علم.

هذا بالإضافة إلى المنجم، وأما سائر الناس فلا يكون إخبار المنجم حججه وطريقاً شرعياً لهم بالإضافة إلى مثل رؤيه الهلال ووقوع الخسوف أو الكسوف مما وقع موضوعاً فى الخطابات الشرعية؛ لاحتمال خطئهم فى الحساب وسائر ما له دخل فى إخبارهم.

نعم، لو حصل لأحد الاطمئنان بصحة إخبارهم فذلك أمر آخر، حيث إن العلم أو الاطمئنان حججه للمكلف من أى مصدر كان، فيجوز للمكلف الإفطار فيما إذا حصل له الاطمئنان بصحة إخبارهم برؤيه الهلال ونحو ذلك.

وما ذكره المصنف رحمه الله من أنه يمكن الاعتماد فى مثل ذلك بشهادة العدلين

ص: ٢٤٢

إنَّ الكسوفات واقتران الكواكب وانفصالها من باب الحساب وسير الكواكب، وله أصول صحيحة وقواعد سديده، وليس كذلك ما يدعون من تأثير الكواكب في الخير والشر والنفع والضّرر، ولو لم يكن الفرق بين الأمرين إلا الإصابه الدائمه المتّصله في الكسوفات وما يجرى مجراها، فلا يكاد يبين فيها خطأ، وأنّ الخطأ الدائم المعهود إنّما هو في الأحكام حتّى أنّ الصواب فيها عزيز، وما يتفق فيها من الإصابه قد يتفق من المُخَمَّن أكثر منه فحمل أحد الأمرين على الآخر بهت وقله دين انتهى، المحكى من كلام السيّد رحمه الله .

الشرح:

منهم، كما إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل دين ونحوه غير صحيح على إطلاقه، فإنّه إذا باع مثلاً متاعاً إلى حلول الشهر الفلاني، وأخبر المنجم برؤيه الهلال في الليله الفلانيه، فلا يصحّ للبائع مطالبه المشتري بالدين في ذلك الزمان بمجرد الإخبار المزبور، حتّى فيما إذا كان عدلاً وواقفه فيه منجم عادل آخر، وذلك لعدم دخول إخبارهم في الشهاده برؤيه الهلال، والبيّنه المعتمده في ثبوت رؤيه الهلال أو غيرها هي الإخبار عن الرؤيه أو غيرها بالحسّ لا بالحساب والكتاب كما لا يخفى.

الثاني: أنّ الإخبار عن الحوادث السفليّه المعبر عنها بأحكام النجوم باعتبار كون أوضاعها مجرد علامات لتلك الحوادث ولا تأثير لها، لا بنحو العليه ولا بنحو الاقتضاء إن كان بنحو الجزم والبتّ بحيث لا يحتمل أو لا يمكن عدم وقوع الحادته التي كشف عن وقوعها الوضع الفلكي حتى بالتضرّع والدعاء إلى الله سبحانه والتوسّل إلى أوليائه أو بالصدقه ونحوها، فهو باطل. ويكفي في بطلانه وعدم جوازه الأدلّه القاطعه من الكتاب والسنة على الترغيب في الدعاء والتوسّل والصدقه وغيرها ممّا يتضرّع العبد إلى بارئه في دفع ملماته وكشف نوائبه.

ويدلّ أيضاً على ذلك مثل خبر المنجم الذي أتاه عليه السلام عند مسيره إلى أهل

وقد أشار إلى جواز ذلك في جامع المقاصد مؤيداً ذلك بما ورد من كراهه السِّفر والتَّرويح في برج العقرب. لكن ما ذكره السيد رحمه الله من الإصابه الدائمة في الإخبار عن الأوضاع محل نظر، لأنَّ خطأهم في الحساب في غايه الكثره، ولذلك لا يجوز الاعتماد في ذلك على عدولهم، فضلاً عن فساقهم، لأنَّ حسابهم مبتنيه على أمور نظريه مبتنيه على نظريات أُخر، إلاَّ فيما هو كالبديهيِّ مثل إخبارهم بكون القمر في هذا اليوم في برج العقرب، وانتقال الشَّمس من برج إلى برج في هذا اليوم وإن كان يقع الاختلاف بينهم فيما يرجع إلى تفاوت يسير، ويمكن الاعتماد في مثل ذلك على شهاده عدلين منهم، إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل دين أو نحوه.

الشرح:

النهروان، حيث لم يسأل سلام الله عليه على ما في الخبر عن كون إخباره بما ذكر باعتقاد أنَّ للطالع تأثيراً وأنه كاشف، بل إنَّما أنكر عليه إخباره البتَّى بقوله: «ومن صدَّقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانه بالله»^(١).

وبما ذكرنا ظهر أنَّ ما ذكره المصنّف رحمه الله من أنه لا- حرج قطعاً على من حكم قطعاً بنزول المطر في هذه الليله لا يمكن المساعده عليه بإطلاقه.

والحاصل: أنَّ هذا القسم من الإخبار داخل في التنجيم المنكر في الأخبار، وإن كان المخبر بالحوادث كذلك غير جازم بها، ومع ذلك أخبر بها جزماً يكون إخباره محرّماً من جهه الكذب أيضاً. ولو أخبر بها احتمالاً ظناً أو تخميناً مع التزامه بأنَّ الأمور بيد الله، يمحو ما يشاء ويثبت وعنده علم الغيب، لما كان به بأس، كما يظهر وجهه بالتأمّل فيما ذكرنا. وليس في البين خبر معتبر يكون مقتضاه عدم جواز ذلك أيضاً، بل في بعض الأخبار ما يقتضى جوازه.

ويلحق بهذا القسم ما إذا اعتقد بأنَّ لأوضاع الكواكب دخلاً وتأثيراً في الحوادث

ص: ٢٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١١ : ٣٧١ ٣٧٢، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر، الحديث ٤.

الثانى: يجوز الإخبار بحدوث الأحكام عند الاتصالات والحركات المذكوره بأن يحكم بوجود كذا فى المستقبل عند الوضع المعين من القرب والبعد والمقابله والافتران بين الكوكبين إذا كان على وجه الظنّ المستند إلى تجربه محصله أو منقوله فى وقوع تلك الحادته بإرادته الله عند الوضع الخاصّ، من دون اعتقاد ربط بينهما أصلاً. بل الظاهر حينئذٍ جواز الإخبار على وجه القطع إذا استند إلى تجربه قطعيه، إذ لا- خرج على من حكم قطعاً بالمطر فى هذه الليله، نظراً إلى ما جزّبه من نزول كلبه من السطح إلى داخل البيت مثلاً- كما حكى أنه اتفق ذلك لمروج هذا العلم، بل محييه «نصير المله والدّين» حيث نزل فى بعض أسفاره على طحانٍ، له طاحونه خارج البلد، فلمّا دخل منزله صعد السطح لحراره الهواء، فقال له صاحب المنزل: انزل ونم فى البيت تحفظاً من المطر، فنظر المحقق إلى الأوضاع الفلكيه، فلم ير شيئاً فيما هو مظنه للتأثير فى المطر، فقال صاحب المنزل: إنّ لى كلباً ينزل فى كلّ ليله يحسّ المطر فيها إلى البيت، فلم يقبل منه المحقق ذلك، وبات فوق السطح، فجاءه المطر فى الليل، وتعجب المحقق.

الشرح:

السفليّه، إلا- أنه بنحو الاقتضاء، وبأنّ الله مختار لا- مغلول اليدين، يمحو ما يشاء ويثبت بحيث يمكن التخلف بمثل التضرع والتوسل والصدقه وغيرها مما أشير فى الآيات والأخبار إلى الاهتمام بها. ويظهر هذا النحو من الاقتضاء من بعض الأخبار كالتى أوردها المصنّف رحمه الله فى الوجه الثالث من وجوه ربط الحركات الفلكيه بالكائنات، إلا أنّها لضعفها سنداً لا تصلح للاعتماد عليها فى القول والاعتقاد كما لا يخفى.

لا- يقال: يلزم أن يكون إخبار المنجم عن الأوضاع الفلكيه كخبره عن رؤيه الهلال فى الليله الفلانيّه معتبراً، فإنّ الرجوع إلى أهل الخبره مما جرى عليه سيره

ص: ٢٤٥

ثم إن ما سيجيء في عدم جواز تصديق المنجم يراد به غير هذا، أو ينصرف إلى غيره، لما عرفت من معنى التنجيم.

الثالث: الإخبار عن الحوادث والحكم بها مستنداً إلى تأثير الاتصالات المذكورة فيها بالاستقلال أو بالمدخلية، وهو المصطلح عليه بالتنجيم. فظاهر الفتاوى والنصوص حرمة مؤكده، فقد أرسل المحقق في المعبر عن النبي صلى الله عليه وآله أنه «من صدق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله» وهو يدل على حرمة حكم المنجم بأبلغ وجه.

وفي روايه نصر بن قابوس، عن الصادق عليه السلام: «أن المنجم ملعون، والكاهن ملعون، والساحر ملعون».

وفي نهج البلاغه: أنه عليه السلام لما أراد المسير إلى بعض أسفاره، فقال له بعض أصحابه: إن سرت في هذا الوقت خشيت أن لا- تظفر بمرادك من طريق علم النجوم، فقال عليه السلام له: «أترعم أنك تهدي إلى الساعه التي من سار فيها انصرف عنه السوء؟ وتخوف الساعه التي من سار فيها حاق به الضر، فمن صدقك بهذا، فقد كذب القرآن، واستغنى عن الاستعانه بالله تعالى في نيل المحبوب، ودفع المكروه...»

الشرح:

العقلاء من أهل الملل وغيرهم.

فإنه يقال: لو سلم أن المنجم من أهل الخبره بالإضافة إلى مثل رؤيه الهلال فلا اعتبار بقوله أيضاً؛ للردع عن السيره المشار إليها في الأخبار المتعدده وأمرهم عليهم السلام بالصوم للرؤيه وبالإفطار لها. وفي الصحيحه عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام: «لا أُجيز في الهلال إلا شهادة رجلين عدلين»^(١)... إلى غير ذلك، بل لم يحرز السيره على الاعتناء

ص: ٢٤٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٠: ٢٨٦، الباب ١١ من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث الأول.

إلى أن قال : أيها الناس إياكم وتعلم النجوم إلا ما يهتدى به في برّ أو بحر، فإنّها تدعو إلى الكهانه والمنجم كالكاهن والكاهن كالسّاحر، والسّاحر كالكافر، والكافر في النار . . . الخ». وقريب منه ما وقع بينه وبين منجم آخر نهاه عن المسير أيضاً، فقال عليه السلام له: «أتدرى ما في بطن هذه الدابه أذكرّ أم أنثى؟ قال: إن حسيبت علمت، قال عليه السلام: فمن صدّقك بهذا القول فقد كذب بالقرآن «إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ . . . الآية، ما كان محمد صلى الله عليه وآله يدعى ما ادعيت، أتزعم أنك تهدي إلى السّاعه التي من سار فيها صرف عنه السّوء، والسّاعه التي من سار فيها حاق به الضرّ، من صدّقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانه بالله في هذا الوجه، وأحوج إلى الرّغبه إليك في دفع المكروه عنه».

وفى روايه عبد الملك بن أعين المرويه عن الفقيه : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّي قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجه، فإذا نظرت إلى الطّالع ورأيت الطّالع الشرّ جلست ولم أذهب فيها، وإذا رأيت الطّالع الخير ذهبت في الحاجه. فقال لى: تقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرق كتبك».

وفى روايه مفضّل بن عمر المرويه عن معانى الأخبار فى قوله تعالى: «وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ» قال: «وأما الكلمات، فمنها ما ذكرناه. ومنها المعرفه بقدم بارئه وتوحيده وتنزيهه عن الشّبيه حتّى نظر إلى الكواكب والقمر والشمس واستدلّ بأفول كلّ منها على حدوثة وبعده على محدثه، ثم أعلمه أنّ الحكم بالنجوم خطأ». ثمّ إنّ مقتضى الاستفصال فى روايه عبد الملك المتقدمه بين القضاء الشّرح:

ياخبار الثقه من أهل الخبره فى الأمور التي يمكن لعامة الناس معرفتها عن حس بلا حاجه إلى إعمال النظر، كمعرفه الخسوف أو الكسوف ونحوهما كما لا يخفى.

بالنجوم بعد النظر وعدمه: أنه لا بأس بالنظر إذا لم يقض به بل أريد به مجرد التّفؤل إن فهم الخير، والتحدّر بالصّدقه إن فهم الشرّ، كما يدلّ عليه ما عن المحاسن، عن أبيه عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينة عن سفيان بن عمر، قال: «كنت أنظر في النجوم وأعرفها وأعرف الطالع فيدخلني من ذلك شيء، فشكوت ذلك إلى أبي الحسن عليه السلام فقال: إذا وقع في نفسك من ذلك شيء فتصدّق على أوّل مسكين، ثمّ امض، فإنّ الله تعالى يدفع عنك». ولو حكم بالنجوم على جهه أنّ مقتضى الاتصال الفلاني والحركة الفلانية الحادثة الواقعية، وإن كان الله يمحو ما يشاء ويثبت، لم يدخل أيضاً في الأخبار الناهية، لأنها ظاهرة في الحكم على سبيل البتّ، كما يظهر من قوله عليه السلام: «فمن صدّقك بهذا فقد استغنى عن الاستعانة بالله في دفع المكروه» بالصّدقه والدعاء وغيرهما من الأسباب، نظير تأثير نحوسه الأيام الواردة في الروايات، وردّ نحوستها بالصّدقه. إلا أنّ جوازه مبنى على جواز اعتقاد الاقتضاء في العلويّات للحوادث السفليّة، وسيجيء إنكار المشهور لذلك، وإن كان يظهر ذلك من المحدث الكاشاني.

ولو أخبر بالحوادث بطريق جريان العاده على وقوع الحادثة عند الحركة الفلانية من دون اقتضاء لها أصلاً، فهو أسلم.

قال في الدّروس: ولو أخبر بأنّ الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم، وإن كره، انتهى.

الرابع: اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات، والرّبط يتصور على وجوه: الأوّل: الاستقلال في التأثير بحيث يمتنع التخلف عنها، امتناع تخلف المعلول عن العلّة العقلية. وظاهر كثير من العبارات كون هذا كفراً.

قال السيّد المرتضى رحمه الله فيما حكى عنه: وكيف يشتهبه على مسلم بطلان أحكام النجوم؟ وقد أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على تكذيب المنجمين

والشَّهاده بفساد مذهبهم وبطلان أحكامهم. ومعلوم من دين الرسول صلى الله عليه وآله ضرورة [١] تكذيب ما يدعيه المنجّمون والإضرار عليهم والتعجيز لهم، وفي الروايات عنه صلى الله عليه وآله من ذلك ما لا يحصى كثره، وكذا عن علماء أهل بيته وخيار أصحابه، وما اشتهر بهذه الشَّهره في دين الإسلام، كيف يفتى بخلافه منتسب إلى المله ومصلِّ إلى القبلة؟ انتهى.

وقال العلامة في المنتهى بعد ما أفتى بتحريم التنجيم وتعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثره، أو أنّ لها مدخلاً في التأثير والنفع قال: وبالجملة، كلّ من اعتقد ربط الحركات النفسانيه والطبيعيه بالحركات الفلكيه والاتصالات الكوكبيّه كافر، انتهى.

وقال الشَّهيد رحمه الله في قواعده: كلّ من اعتقد في الكواكب أنّها مدبّره لهذا العالم وموجده له، فلا ريب أنّه كافر.

وقال في جامع المقاصد: واعلم أنّ التنجيم مع اعتقاد أنّ للنجوم تأثيراً في الموجودات السفليّه ولو على جهه المدخله حرام، وكذا تعلم النجوم على هذا النحو، بل هذا الاعتقاد في نفسه كفر، نعوذ بالله منه، انتهى.

وقال شيخنا البهائي: ما زعمه المنجّمون من ارتباط بعض الحوادث السفلّيه بالأجرام العلويه، إن زعموا أنّها هي العله المؤثره في تلك الحوادث بالاستقلال، أو أنّها شريكه في التأثير، فهذا لا يحلّ للمسلم اعتقاده، وعلم النجوم المبنتى على هذا كفر.

الشرح:

[١] أى تكذيب المنجّمين في دعاويهم والاستهانه بهم ونسبتهم إلى العجز، وأنهم لا يتمكنون من دفع شرّ عن إنسان أو جلب خير إليه معلوم بالضروره من الدين، والتكذيب والاستهانه بهم والتعجيز لهم في الأخبار لا تحصي.

ص: ٢٤٩

وعلى هذا حمل ما ورد من التحذير عن علم النجوم والنهي عن اعتقاد صحته، انتهى.

وقال في البحار: لا- نزاع بين الأئمة في أنّ من اعتقد أنّ الكواكب هي المدبّره لهذا العالم وهي الخالقه لما فيه من الحوادث والخيرات والشّرور، فإنّه يكون كافراً على الإطلاق، انتهى.

وعنه في موضع آخر: أنّ القول بأنّها علّه فاعليه بالإراداه والاختيار وإن توقّف تأثيرها على شرائط أخر كفر، انتهى.

بل ظاهر الوسائل نسبه دعوى ضروره الدّين على بطلان التنجيم والقول بكفر معتقده إلى جميع علمائنا، حيث قال: قد صرّح علماءنا بتحريم علم النجوم والعمل بها وبكفر من اعتقد تأثيرها أو مدخليتها في التأثير، وذكروا أنّ بطلان ذلك من ضروريات الدّين، انتهى.

بل يظهر من المحكى عن ابن أبي الحديد أنّ الحكم كذلك عند علماء العامّه أيضاً، حيث قال في شرح نهج البلاغه: إنّ المعلوم ضروره من الدّين إبطال حكم النجوم، وتحريم الاعتقاد بها، والنهي والزّجر عن تصديق المنجمين، وهذا معنى قول أمير المؤمنين عليه السلام: «فمن صدّقك بهذا فقد كذّب القرآن، واستغنى عن الاستعانه بالله، انتهى».

ثمّ لا فرق في أكثر العبارات [١] المذكوره بين رجوع الاعتقاد المذكور إلى الشّرح:

[١] ذكر في هذا الوجه من وجوه اعتقاد الربط خمس فرق:

الأولى: من أنكر الصانع جلّ ذكره، ويعتقد استقلال تأثير الحركات.

الثانية: من التزم بوجود الصانع جلّ ذكره مع تعطيله عن التصرف في الحوادث السفليّه بعد خلق الأجرام العلويّه القديمه زماناً، والمدبّره لتلك الحوادث.

إنكار الصانع جلّ ذكره كما هو مذهب بعض المنجّمين وبين تعطيله تعالى عن التصرف في الحوادث السّفلية بعد خلق الأجرام العلوية على وجه تتحرّك على النحو المخصوص، سواء قيل بقدمها كما هو مذهب بعض آخر أم قيل بحدوثها وتفويض التدبير إليها كما هو المحكى عن ثالث منهم وبين أن لا يرجع إلى شيء من ذلك، بأن يعتقد أنّ حركة الأفلاك تابعه لإرادة الله، فهي مظاهر لإرادته الخالق تعالى، ومجبوله على الحركة على طبق اختيار الصانع جلّ ذكره كالآله . أو زياده أنّها مختاره باختيار هو عين اختياره، تعالى عمّا يقول الظالمون! لكن ظاهر ما تقدّم في بعض الأخبار من أنّ المنجم بمنزله الكاهن الذى هو بمنزله الساحر الذى هو بمنزله الكافر من عدا الفرق الثلاث الأول، إذ الظاهر عدم الإشكال فى كون الفرق الثلاث [١] من أكفر الكفار، لا بمنزلتهم.

الشرح:

الثالثة: من التزم بما ذكر، ولكن تكون الأجرام حادثه عنده زماناً.

الرابعة: من اعتقد بكون الأجرام العلوية تابعه فى حركاتها لإرادة الله تعالى، وأنّ الله يفعل ما فى العالم الأسفل وتلك الأجرام بحركاتها كالآله بالإضافة إلى مشيئه الله.

الخامسة: من اعتقد بما ذكر، غير أنه يعتقد أنّ تلك الأجرام فى حركاتها مختاره باختيار يكون عين اختياره تعالى. ثمّ إنّ قدس سره ذكر فى الوجه الثانى من وجوه الربط أنّ الأوضاع الفلكية تفعل الآثار المنسوبة إلى الله، والله سبحانه هو المؤثر الأعظم.

ولم يظهر فرق بين الربط المذكور فى الوجه الثانى، وبين الفرقين الرابع والخامس من هذا الوجه، فلاحظ.

[١] لم يظهر أنّ مجرد الاعتقاد بتفويض التدبير إلى الأجرام العلوية موجباً للكفر، سواء قيل بحدوثها زماناً أو بقدمها كذلك، وإلاّ لكان القائل باستغناء الشيء

ومنه يظهر أنّ ما رتبّه عليه السلام على تصديق المنجّم [١] من كونه تكذيباً للقرآن وكونه موجباً للاستغناء عن الاستعانة بالله في جلب الخير ودفع الشرّ، يراد منه إبطال قوله، بكونه مستلزماً لما هو في الواقع مخالف للضرورة من كذب القرآن الشّرح:

في بقائه عن العله محكوماً بالكفر، باعتبار عدم التزامه باستناد الحوادث إلى الله سبحانه وتعالى. نعم، بطلان تأثير الأجرام العلويّه في الحوادث السفليّه من الواضحات، وتأثيرها فيها بنحو العله التامّه خلاف الآيات والروايات الدالّه على الترغيب في الدعاء والتضرّع إلى الله سبحانه في دفع الملمات والبلايا ونزول البركات، فإنّ لازم ما ذكر كون الله تعالى مغلول اليدين لا يفعل شيئاً ولا- يفيد الدعاء والتضرّع إليه أمراً، وإنكار إضافه الحوادث إلى الله تعالى مع الالتفات إلى وضوحها بحسب الآيات والروايات يكون موجباً للكفر، باعتبار انتهائه إلى إنكار الكتاب العزيز.

وعلى ذلك فالأولى من الفرق الخمس محكومه بالكفر، باعتبار إنكارها الصانع جلت قدرته، أما الأربعة الباقية فلا يحكم بكفرها إلا مع التفاتها إلى أنّ اعتقادها على خلاف الكتاب والسنة حتى ينتهي ذلك إلى إنكار النبوه، كما في إنكار سائر الأحكام الثابته في الشريعة.

وكيف كان، فإن أراد المصنّف رحمه الله بقوله: «إذ الظاهر عدم الإشكال في كون الفرق الثلاث من أكفر الكفار» الكفر حتى مع عدم الالتفات إلى ما ذكر من دلالة الكتاب المجيد على استناد الحوادث إلى الله سبحانه، فيمكن التأمّل فيه بالإضافه إلى الفرقه الثانيه والفرقه الثالثه كما مرّ.

[١] أي كما أنّ ما في بعض الأخبار من كون المنجّم بمنزله الساحر والساحر كالكافر، لا يدلّ على كفر المنجّم بمعناه الحقيقي، كذلك ما رتب في بعض الروايات على تصديق المنجّم من كون تصديقه تكذيباً للقرآن واستغناءً عن الله سبحانه

والاستغناء عن الله كما هو طريقه كلّ مستدلّ: من إنهاء بطلان التّالى إلى ما هو بديهى البطلان عقلاً أو شرعاً أو حسّاً أو عادةً ولا يلزم من مجرّد ذلك الكفر، وإنّما يلزم ممّن التفت إلى الملازمه واعترف باللازم، وإلا فكلّ من أفتى بما هو مخالف لقول الله واقعاً إمّا لعدم تفضّنه لقول الله، أو لدلالته يكون مكذباً للقرآن. وأمّا قوله صلى الله عليه وآله: «من صدّق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله»، فلا يدلّ أيضاً على كفر المنجّم، وإنّما يدلّ على كذبه، فيكون تصديقه تكذيباً للشّارع المكذب له، ويدلّ عليه عطف الكاهن عليه.

وبالجملة، فلم يظهر من الرّوايات تكفير المنجّم بالمعنى المذمّى تقدّم للتّنجيم فى صدر عنوان المسأله كفرةً حقيقياً، فالواجب الرّجوع فيما يعتقد المنجّم إلى ملاحظه مطابقتة لأحد موجبات الكفر من إنكار الصّانع، أو غيره ممّا علم من الدّين بديهه.

الشّرح:

لا يقتضى كفر المصدّق للمنجّم أو كون المنجّم كافراً، بل يراد منه إبطال قول المنجّم، وأنّ قوله مخالف للقرآن المجيد الداعى إلى الاستعانه بالله فى دفع المكاره وجلب الخير وسائر الأمور.

وبعبارة أخرى: كون تصديق المنجّم تكذيباً للقرآن من قبيل الاستدلال على بطلان الشىء بإنهائه إلى التالى الباطل، ومن الظاهر أنّ الالتزام بشىء مع ترتّب باطل عليه ولو كان ذلك التالى تكذيب القرآن أو دلالته لا- يوجب الكفر، إلا- مع التفات ذلك الملتزم إلى الترتّب، والتزامه به معه. مثلاً إذا أفتى بما يخالف ظاهر القرآن، مع عدم التفاته إلى أنّ هذا الحكم وارد فيه أو عدم التفاته إلى دلالته لا- يكون افتاؤه هذا موجباً لكفره، ومن هذا القبيل قوله: «من صدّق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمّد صلى الله عليه وآله»، فإنّه ليس مدلوله كفر المنجّم، بل المراد كذبه وترتّب الباطل على

ولعلّه لذا اقتصر الشّهد فيما تقدّم من القواعد في تكفير المنجّم على من يعتقد في الكواكب أنّها مدبّره لهذا العالم وموجده له، ولم يكفّر غير هذا الصّنف كما سيجيء تتمّه كلامه السابق ولا شك أنّ هذا الاعتقاد إنكار، إمّا للصانع، وإمّا لما هو ضروريّ الدّين من فعله تعالى، وهو إيجاد العالم وتديره.

بل الظاهر من كلام بعض اصطلاح لفظ التنجيم في الأوّل، قال السيّد شارح النّخبه: إنّ المنجّم من يقول بقدم الأفلاك والنجوم، ولا يقولون بمفلك ولا خالق، وهم فرقه من الطّبعيين يستمطرون بالأنواء معدودون من فرق الكفر في مسفورات الخاصّه والعامّه، يعتقدون في الإنسان أنّه كسائر الحيوانات يأكل ويشرب وينكح ما دام حيّاً، فإذا مات بطل واضمحَلّ، وينكرون جميع الأصول الخمسه، انتهى.

ثمّ قال رحمه الله : وأمّا هؤلاء الّذين يستخرجون بعض أوضاع السّيّارات وربّما يتخرّصون عليها بأحكام مبهمه متشابهه ينقلونها تقليداً لبعض ما وصل إليهم من كلمات الحكماء الأقدمين مع صحّه عقائدهم الإسلاميه فغير معلوم دخولهم في المنجّمين الّذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد، انتهى.

أقول: فيه مضافاً إلى عدم انحصار الكفّار من المنجّمين في من ذكر، بل هم على فرّق ثلاث كما أشرنا إليه، وسيجيء التّصريح به من البحار في مسأله السّحر: أنّ التّزاع المشهور بين المسلمين في صحّه التنجيم وبطلانه هو المعنى الذي ذكره أخيراً كما عرفت من جامع المقاصد، والمطاعن الوارده في الأخبار المتقدّمه وغيرها كلّها أو جُلّها على هؤلاء، دون المنجّم بالمعنى الذي ذكره أولاً.

الشرح:

تصديقه، حيث إنّ الشارع عدّ المنجّم كاذباً، فتصديقه يكون تكذيباً للشارع. والقربنه على أنّه لا يراد ترتّب الكفر على مجرد تصديقه، هي عطف الكاهن عليه، حيث إنّ الكهان فضلاً عن تصديقه لا توجب كفراً بلا ارتياب.

ص: ٢٥٤

وملخص الكلام: أن ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحه فيها بكفرهم، بل ظاهر ما عرفت خلافه. ويؤيده ما رواه في البحار عن محمد وهارون ابني سهل التوبختي أنهما كتبا إلى أبي عبد الله عليه السلام: «نحن ولد نوبخت المنجم، وقد كتبا إليك هل يحل النظر فيها؟ فكتبت: نعم، والمنجمون يختلفون في صفه الفلك، فبعضهم يقولون: إن الفلك فيه النجوم والشمس والقمر إلى أن قال: فكتب عليه السلام: نعم ما لم يخرج من التوحيد».

الثاني: أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها والله سبحانه هو المؤثر الأعظم، كما يقوله بعضهم، على ما ذكره العلامة وغيره. قال العلامة في محكي شرح فض الياقوت: اختلف قول المنجمين على قولين، أحدهما: قول من يقول إنها حيّه مختاره، الثاني: قول من يقول إنها موجبه. والقولان باطلان.

وقد تقدم عن المجلسي رحمه الله: أن القول بكونها فاعله بالإرادة والاختيار وإن توقّف تأثيرها على شرائط أخر كفر وهو ظاهر أكثر العبارات المتقدمه. ولعل وجهه أن نسبة الأفعال التي دلّت ضروره الدين على استنادها إلى الله تعالى كالخلق والرّزق والإحياء والإماتة وغيرها إلى غيره تعالى مخالف لضروره الدين. لكن ظاهر شيخنا الشهيد في القواعد العدم، فإنه بعد ما ذكر الكلام الذي نقلناه منه سابقاً، قال: وإن اعتقد أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها والله سبحانه هو المؤثر الأعظم فهو مخطئ، إذ لا حياه لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلي ولا نقلي، انتهى.

وظاهره أن عدم القول بذلك لعدم المقتضى له، وهو الدليل، لا لوجود المانع منه، وهو انعقاد الضروره على خلافه، فهو ممكن غير معلوم الوقوع.

ولعل وجهه: أن الضروري عدم نسبه تلك الأفعال إلى فاعل مختار باختيار مستقل مغاير لاختيار الله كما هو ظاهر قول المفوضه أمّا استنادها إلى الفاعل بإرادته الله المختار بعين مشيته واختياره حتى يكون كآله بزياده الشعور وقيام

الاختيار به بحيث يصدق: أنه فعله وفعل الله فلا، إذ المخالف للضرورة إنكار نسبه الفعل إلى الله تعالى على وجه الحقيقة، لا إثباته لغيره أيضاً بحيث يصدق: أنه فعله. نعم، ما ذكره الشهيد رحمه الله من عدم الدليل عليه حق، فالقول به تخرّص، ونسبه فعل الله إلى غيره بلا دليل، وهو قبيح.

وما ذكره قدس سره كأن مأخذه ما في الاحتجاج عن هشام بن الحكم، قال: «سأل الزنديق أبا عبد الله عليه السلام فقال: ما تقول في من يزعم أن هذا التدبير الذي يظهر في هذا العالم تدبير النجوم السبعة؟ قال عليه السلام: يحتاجون إلى دليل أن هذا العالم الأكبر والعالم الأصغر من تدبير النجوم التي تسبح في الفلك وتدور حيث دارت متعبه لا تفترو سائرته لا تقف ثم قال: وإن لكلّ نجم منها مؤكل مُدبّر، فهي بمنزلة العبيد المأمورين المنهيين، فلو كانت قديمه أزليته لم تتغير من حال إلى حال . . . الخبر».

والظاهر، أن قوله: «بمنزلة العبيد المأمورين المنهيين» يعنى في حركاتهم، لا أنهم مأمورون بتدبير العالم بحركاتهم، فهي مُدبّره باختياره المنبعث عن أمر الله تعالى.

نعم، ذكر المحدث الكاشاني في الوافي في توجيه البداء كلاماً، ربّما يظهر منه مخالفه المشهور، حيث قال: فاعلم أن القوى المنطبعة الفلكية لم تحط بتفاصيل ما سيقع من الأمور دفعه واحده، لعدم تناهي تلك الأمور، بل إنّما تنقش فيها الحوادث شيئاً فشيئاً، فإنّ ما يحدث في عالم الكون والفساد إنّما هو من لوازم حركات الأفلاك ونتائج بركاتهما، فهي تعلم أنّه كلّما كان كذا كان كذا انتهى موضع الحاجة. وظاهره أنّها فاعله بالاختيار لملزومات الحوادث.

وبالجمله، فكفر المعتقد بالربط على هذا الوجه الثاني لم يظهر من الأخبار ومخالفته لضروره الدين لم يثبت أيضاً، إذ ليس المراد العليه التامه، كيف! وقد حاول المحدث الكاشاني بهذه المقدمات إثبات البداء.

الثالث: استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار.

وظاهر كلمات كثير ممن تقدم كون هذا الاعتقاد كفراً، إلا أنه قال شيخنا المتقدم في القواعد بعد الوجهين الأولين:

وأما ما يقال من استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار وغيرها من العاديات بمعنى أن الله تعالى أجرى عادته أنها إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع مخصوص يفعل ما ينسب إليها، ويكون ربط المسببات بها كربط مسببات الأدوية والأغذية بها مجازاً باعتبار الربط العادى، لا الربط العقلى الحقيقى فهذا لا يكفر معتقده لكنّه مخطئ، وإن كان أقل خطأ من الأول، لأن وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم ولا أكثرى، انتهى.

وغرضه من التعليل المذكور: الإشارة إلى عدم ثبوت الربط العادى، لعدم ثبوته بالحس كالحرارته الحاصله بسبب النار والشمس، وبروده القمر ولا بالعاده الدائمه ولا الغالبه، لعدم العلم بتكرّر الدفعات كثيراً حتى يحصل العلم أو الظن. ثم على تقديره، فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث، فلعل الأمر بالعكس، أو كلتاها مستندتان إلى مؤثر ثالث، فتكونان من المتلازمين فى الوجود.

وبالجمله، فمقتضى ما ورد من أنه «أبى الله أن يجرى الأشياء إلا بأسبابها» كون كل حادث مسبباً.

وأما أن السبب هى الحركة الفلكيه أو غيرها، فلم يثبت، ولم يثبت أيضاً كونه مخالفاً لضروره الدين.

بل فى بعض الأخبار ما يدل بظاهره على ثبوت التأثير للكواكب، مثل ما فى الاحتجاج، عن أبان بن تغلب فى حديث اليمانى الذى دخل على أبى عبد الله عليه السلام وسماه باسمه الذى لم يعلمه أحد، وهو سعد فقال له: «يا سعد وما صناعتك؟ قال: إنا أهل بيت نلظر فى النجوم إلى أن قال عليه السلام: ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الإبل؟ قال: ما أدرى قال: صدقت. قال: ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت البقر؟

قال: ما أدري، قال: صدقت. فقال: ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الكلاب؟ قال: ما أدري، قال: صدقت. فقال: ما زحل عندكم فى النجوم؟ فقال سعد: نجم نحس! فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا تقل هذا، هو نجم أمير المؤمنين عليه السلام، وهو نجم الأوصياء، وهو النجم الذى قال الله تعالى: «النَّجْمُ الثَّاقِبُ».

وفى روايه المدائنى المرويه عن الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إنَّ الله خلق نجماً فى الفلك السابع، فخلقه من ماء بارد، وخلق سائر النجوم الجاريات من ماء حارّ، وهو نجم الأوصياء والأنبياء، وهو نجم أمير المؤمنين عليه السلام يأمر بالخروج من الدنيا والزهد فيها، ويأمر بافتراش التراب وتوسيد اللبن ولباس الخشن وأكل الجشب، وما خلق الله نجماً أقرب إلى الله تعالى منه... الخبر».

والظاهر، أنّ أمر النجم بما ذكر من المحاسن كناية عن اقتضائه لها.

الرابع: أن يكون ربط الحركات بالحوادث من قبيل ربط الكاشف بالمكشوف، والظاهر أنّ هذا الاعتقاد لم يقل أحد بكونه كفراً.

قال شيخنا البهائى رحمه الله بعد كلامه المتقدم الظاهر فى تكفير من قال بتأثير الكواكب أو مدخليتها ما هذا لفظه: وإن قالوا: إنّ اتصالات تلك الأجرام وما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم، ممّا يوجد الله سبحانه بقدرته وإرادته، كما أنّ حركات النبض واختلافات أوضاعه علامات يستدلّ بها الطيب على ما يعرض للبدن: من قرب الصّحّه، واشتداد المرض، ونحوه، وكما يستدلّ باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبله، فهذا لا مانع منه ولا حرج فى اعتقاده، وما روى فى صححه علم النجوم وجواز تعلّمه محمول على هذا المعنى، انتهى.

وممّا يظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء على المنجمين ما تقدّم من قول العلامة رحمه الله إنّ المنجمين بين قائل بحياه الكواكب وكونها فاعله مختاره، وبين

من قال إنها موجه.

ويظهر ذلك من السيد رحمه الله حيث قال بعد إطاله الكلام في التشنيع عليهم ما هذا لفظه المحكى: وما فيهم أحد يذهب إلى أنّ الله تعالى أجرى العاده بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض أو بعده أفعالاً من غير أن يكون للكواكب أنفسها تأثير في ذلك. قال: ومن ادعى منهم هذا المذهب الآن، فهو قائل بخلاف ما ذهب إليه القدماء ومتجمل بهذا المذهب عند أهل الإسلام انتهى.

لكن ظاهر المحكى عن ابن طاووس: إنكار السيد رحمه الله لذلك، حيث إنه بعدما ذكر أنّ للنجوم علامات ودلالات على الحادثات، لكن يجوز للقادر الحكيم تعالى أن يغيرها بالبرّ والصّدق والبدعاء وغير ذلك من الأسباب، وجوّز تعلّم علم النّجوم والنظر فيه والعمل به إذا لم يعتقد أنّها مؤثّره، وحمل أخبار النّهي على ما إذا اعتقد أنّها كذلك ثمّ أنكر على علم الهدى تحريم ذلك، ثمّ ذكر لتأييد ذلك أسماء جماعه من الشيعة كانوا عارفين به، انتهى.

وما ذكره رحمه الله حقّ إلاّ أنّ مجرد كون النّجوم دلالات وعلامات لا يجدى مع عدم الإحاطه بتلك العلامات ومعارضاتها، والحكم مع عدم الإحاطه لا يكون قطعياً، بل ولا ظنياً. والسيد علم الهدى إنّما أنكر من المنجم أمرين:

أحدهما: اعتقاد التأثير وقد اعترف به ابن طاووس.

والثاني: غلبه الإصابه في أحكامهم كما تقدّم منه ذلك في صدر المسأله وهذا أمر معلوم بعد فرض عدم الإحاطه بالعلامات ومعارضاتها. ولقد أجاد شيخنا البهائي أيضاً، حيث أنكر الأمرين، وقال بعد كلامه المتقدّم في إنكار التأثير والاعتراف بالأماره والعلامه: إعلم أنّ الأمور التي يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقباليه أصول بعضها مأخوذه من أصحاب الوحي عليهم السلام، وبعضها يدعون لها التجربه، وبعضها مبتنٍ على أمور متشعبه لا تفي القوّه البشريه بضبطها

ص: ٢٥٩

والإحاطه بها، كما يومئ إليه قول الصادق عليه السلام: «كثيره لا يدرك وقليله لا يُنتج» ولذلك وُجد الاختلاف في كلامهم وتطرق الخطأ إلى بعض أحكامهم، ومن اتفق له الجرى على الأصول الصّحيحة صحّ كلامه وصدقت أحكامه لا محاله، كما نطق به الصادق عليه السلام، ولكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به إلا القليل، والله الهادى إلى سواء السبيل انتهى.

وما أفاده رحمه الله أولاً من الاعتراف بعدم بطلان كون الحركات الفلكية أمارات وعلامات، وآخرأ من عدم النفع في علم النجوم إلا مع الإحاطه التامه، هو الذى صرح به الصادق عليه السلام في روايه هشام الآتية بقوله: «إن أصل الحساب حق، ولكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق».

ويدل أيضاً على كل من الأمرين، الأخبار المتكثّره.

فما يدل على الأول، وهو ثبوت الدلاله والعلامه في الجمله مضافاً إلى ما تقدّم من روايه سعد المنجم المحموله بعد الصّرف عن ظاهرها الدال على سبب طلوع الكواكب لهيجان الإبل والبقر والكلاب على كونه أماره وعلامه عليه المروى في الاحتجاج عن روايه الدهقان المنجم الذى استقبل أمير المؤمنين عليه السلام حين خروجه إلى نهران، فقال له عليه السلام: «يومك هذا يوم صعب، قد انقلب منه كوكب، وانقده من برجك النيران، وليس لك الحرب بمكان» فقال عليه السلام له: «أيها الدهقان المنبئ عن الآثار، المحذّر عن الأقدار». ثم سأله عن مسائل كثيره من النجوم، فاعترف الدهقان بجهلها إلى أن قال عليه السلام له: أما قولك: «انقده من برجك النيران، فكان الواجب أن تحكم به لى، لا على، أما نوره وضيأؤه فعندى، وأما حريقه ولهبه فذهب عنى، فهذه مسأله عميقه، فاحسبها إن كنت حاسباً».

وفى روايه أخرى: أنه عليه السلام قال له: «احسبها إن كنت عالماً بالأ-كوار والأدوار، قال: لو علمت هذا لعلمت أنك تُحصى عقود القصب فى هذه الأجمه». وفى

الزوايه الآتية لعبد الرحمن بن سيّابه: «هذا حساب إذا حسبه الرّجل ووقف عليه عرف القصبة التي في وسط الأجمه وعدد ما عن يمينها وعدد ما عن يسارها وعدد ما خلفها وعدد ما أمامها، حتّى لا يخفى عليه شيء من قصب الأجمه».

وفى البحار: وجد فى كتاب عتيق، عن عطاء، قال: «قيل لعلّى بن أبى طالب عليه السلام: هل كان للنّجوم أصل؟ قال: نعم، نبى من الأنبياء قال له قومه: إنا لا نؤمن بك حتّى تعلمنا بدء الخلق وآجالهم فأوحى الله عزّ وجلّ إلى غمامه، فأمطرتهم واستنقع حول الجبل ماءً صافٍ، ثمّ أوحى الله عزّ وجلّ إلى الشّمس والقمر والنّجوم أن تجرى فى ذلك الماء. ثمّ أوحى الله عزّ وجلّ إلى ذلك النّبي أن يرتقى هو وقومه على الجبل فقاموا على الماء، حتّى عرفوا بدء الخلق وآجالهم بمجارى الشّمس والقمر والنّجوم وساعات اللّيل والنّهار، وكان أحدهم يعرف متى يموت، ومتى يمرض، ومن ذا الذى يولد له، ومن ذا الذى لا يولد له، فبقوا كذلك برهه من دهرهم.

ثمّ إنّ داود عليه السلام قاتلهم على الكفر، فأخرجوا إلى داود عليه السلام فى القتال من لم يحضر أجله، ومن حضر أجله خلفوه فى بيوتهم، فكان يُقتل من أصحاب داود ولا- يُقتل من هؤلاء أحد، فقال داود: ربّ أقاتل على طاعتك ويقاتل هؤلاء على معصيتك، يُقتل أصحابى ولا يُقتل من هؤلاء أحد! فأوحى الله عزّ وجلّ إليه: أنّى علمتهم بدء الخلق وآجالهم، و إنّما أخرجوا إليك من لم يحضره أجله، ومن حضر أجله خلفوه فى بيوتهم، فمنّ ثمّ يُقتل من أصحابك ولا يُقتل منهم أحد، قال داود عليه السلام: ربّ على ماذا علمتهم؟ قال: على مجارى الشّمس والقمر والنّجوم وساعات اللّيل والنّهار، قال: فدعا الله عزّ وجلّ فحبس الشّمس عليهم فزاد النّهار واختلطت الزّيادة باللّيل والنّهار فلم يعرفوا قدر الزّيادة فاختلف حسابهم. قال على عليه السلام: فمنّ ثمّ كره النّظر فى علم النّجوم».

وفى البحار أيضاً عن الكافى بالإسناد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن النجوم، فقال: لا يعلمها إلا أهل بيت من العرب وأهل بيت من الهند». وبالإسناد عن محمد بن سالم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: قوم يقولون النجوم أصح من الرؤيا وكان ذلك صحيحاً حين لم يرد الشمس على يوشع بن نون وأمير المؤمنين عليه السلام، فلما رد الله الشمس عليهما ضلّ فيها علماء النجوم».

وخبر يونس، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك! أخبرنى عن علم النجوم ما هو؟ قال: علم من علوم الأنبياء، قال: فقلت: كان على بن أبى طالب عليه السلام يعلمه؟ قال: كان أعلم الناس به... الخبر». وخبر الريان بن الصيّلت، قال: «حضر عند أبى الحسن الرضا عليه السلام الصباح بن نصر الهندى، وسأله عن النجوم، فقال: هو علم فى أصله حقّ وذكروا أنّ أول من تكلم به إدريس عليه السلام وكان ذو القرنين به ماهراً، وأصل هذا العلم من الله عزّ وجلّ».

وعن معلى بن خنيس، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم أحقّ هى؟ فقال: نعم، إنّ الله عزّ وجلّ بعث المشتري إلى الأرض فى صورته رجل، فأتى رجلاً من العجم فعلمه فلم يستكملوا ذلك، فأتى بلد الهند فعلم رجلاً منهم، فمن هناك صار علم النجوم بها. وقد قال قوم: هو علم من علوم الأنبياء، خُصّوا به لأسباب شتى، فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها، فشاب الحقّ بالكذب».

إلى غير ذلك ممّا يدلّ على صحّته علم النجوم فى نفسه.

وأما ما دلّ على كثرة الخطأ والغلط فى حساب المنجمين، فهى كثيرة:

منها: ما تقدّم فى الروايات السابقة، مثل قوله عليه السلام فى الرواية الأخيرة: «فشاب الحق بالكذب»، وقوله عليه السلام: «ضلّ فيها علماء النجوم»، وقوله عليه السلام فى تخطئه ما ادّعه المنجم من أنّ زحل عندنا كوكب نحس: «إنّه كوكب أمير المؤمنين والأوصياء عليهم السلام. وتخطئه أمير المؤمنين عليه السلام للدهقان الذى حكم بالنجوم بنحوسه

اليوم الذى خرج فيه أمير المؤمنين عليه السلام .

ومنها: خبر عبد الرحمن بن سيّابه، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت فداك! إنّ الناس يقولون: إنّ النّجوم لا يحلّ النّظر فيها، وهى تعجبني، فإن كانت تضرّ بديني، فلا- حاجه لى فى شىء يضرّ بديني، وإن كانت لا تضرّ بديني فوالله إنّى لأشتهيها وأشتهى النّظر فيها؟ فقال: ليس كما يقولون، لا تضرّ بدينك، ثمّ قال: إنّكم تنظرون فى شىء كثيره لا يدرك وقليله لا ينفع . . . الخبر».

ومنها: خبر هشام، قال: «قال لى أبو عبدالله عليه السلام : كيف بصرك بالنجوم؟ قلت: ما خلّفت بالعراق أبصر بالنجوم منى»، ثمّ سأله عن أشياء لم يعرفها، ثمّ قال: «فما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب وفى ذاك حاسب، فيحسب هذا لصاحبه بالظفر، ويحسب هذا لصاحبه بالظفر، فيلتقيان فيهزم أحدهما الآخر، فأين كانت النّجوم؟ قال: فقلت: لا والله ما أعلم ذلك. قال: فقال عليه السلام : صدقت، إنّ أصل الحساب حقّ، ولكن لا يعلم ذلك إلّا من علم مواليد الخلق كلّهم».

ومنها: المروىّ فى الاحتجاج، عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث أنّ زنديقاً قال له: ما تقول فى علم النّجوم؟ قال عليه السلام : «هو علم قلّت منافعه وكثرت مضارّه لأنّه لا يدفع به المقدور ولا يتقى به المحذور، إنّ خبر المنجمّ بالبلاء لم ينجّه التحرز عن القضاء، وإنّ خبر هو بخير لم يستطع تعجيله، وإن حدث به سوء لم يمكنه صرفه، والمنجمّ يضاد الله فى علمه بزعمه أنّه يرد قضاء الله عن خلقه . . .» الخبر. إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على أنّ ما وصل إليه المنجمون أقلّ قليل من أمارات الحوادث من دون وصول إلى معارضاتها. ومن تتبّع هذه الأخبار لم يحصل له ظنّ بالأحكام المستخرجه عنها، فضلاً عن القطع.

نعم، قد يحصل من التّجربه المنقوله خلفاً عن سلف الظنّ بل العلم بمقارنه حادث من الحوادث لبعض الأوضاع الفلكيه. فالأولى، التّجنّب عن الحكم بها،

ومع الارتكاب فالأولى الحكم على سبيل التقريب، وأنه لا يبعد أن يقع كذا عند كذا. والله المسدّد.

المسألة السابعة: حفظ كتب الضلال حرام في الجملة [١] بلا خلاف، كما في التذكرة وعن المنتهى.

الشرح:

[١] المراد بحفظ كتب الضلال ما يعمّ اقتناءها واستنساخها، واستدلّ رحمه الله على حرمة بوجوه:

الأول: حكم العقل، يعني استقلاله بقبح التحفّظ على مادّة الفساد والضلال، فيحكم بحرمة بقاعده الملازمه.

وفيه: أنّ حكم العقل غير مسلم، وإلاّ لاستقلّ العقل بإزاله كلّ ما فيه أو منه الفساد، كالهجوم على أهل الكفر والشرك ومحو شوكتهم ومعابدهم وكتبهم، فإنّهم وما معهم منشأ الفساد على الأرض، ولا استقلال للعقل بذلك. ووجوب الجهاد حكم شرعيّ تعبديّ لا لحكم العقل بلزوم قهر الناس على الإيمان، مع أنّ الدنيا دار امتحان يكون فيها الخيار بين الهدى والضلال والكفر والإيمان.

الثاني: قوله سبحانه: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ» (١).

ولا يخفى أنّه على تقدير كون المراد بالاشتراء ما يعمّ مطلق الأخذ والاقتناء، فلا تكون في الآية دلالة على الحرمة فيما إذا لم يكن غرضه إضلال الناس وميلهم عن الهدايه، كما إذا جعل الكتاب المزبور في مكتبته حتى يكون فيها من كلّ باب كتاب.

الثالث: قوله سبحانه «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (٢)، أي الباطل.

ص: ٢٦٤

١- (١) سورة لقمان، الآية ٦.

٢- (٢) سورة الحج: الآية ٣٠.

ويدلّ عليه مضافاً إلى حكم العقل بوجوب قطع مادّة الفساد، والذّم المستفاد من قوله تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ» والأمر بالاجتناب عن قول الزور: قوله عليه السلام في ما تقدّم من روايه تحف العقول: «إنّما حرّم الله تعالى الصّنع التي يجيء منها الفساد محضاً . . . الخ» بل قوله عليه السلام قبل ذلك: «أو ما يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحقّ . . . إلخ».

الشرح:

وفيه: أنّ الأمر بالاجتناب عن قول الزور تركه وعدم إيجاده بأن لا يكذب ولا يفترى، وأمّا إبقاء قول الزور وعدم محوه فيما إذا كان بإيجاد الغير وإحداثه فلا- ظهور في الآيه بالإضافه إلى حكمه وعلى الجملة القول: ظاهره المعنى المصدريّ، فيكون النهي عنه نهياً عن إيجاده.

الرابع: قوله في «تحف العقول»: «إنّما حرم الصنعه التي يجيء منه الفساد محضاً»، بل قوله قبل ذلك: «ما يقوى به الكفر».

وفيه: أنّ روايه «تحف العقول» لا- يمكن الاعتماد بها، مع أنّها لا تعمّ ما إذا كانت في استنساخ كتب الضلال واقتنائها مصلحه مباحه غير نادره.

الخامس: قوله عليه السلام في روايه عبدالملك، حيث شكّا إلى الصادق عليه السلام: إنّي ابتليت بالنظر إلى النجوم، فقال: أتقضى؟ قلت: نعم، قال: احرق كتبك (1).

وفيه: أنّ المطلوب في المقام إثبات وجوب محو الكتب المزبوره نفسياً، بأن كان أحد الوظائف الشرعيّه محو كتب الضلال، فإن كان الأمر بالإحراق في الروايه ظاهراً في الإيجاب النفسى يتعدى إلى المقام، باعتبار أنّ كتبه لو لم تكن أكثر فساداً من كتب النجوم فلا أقلّ من مساواتها لها. وأمّا إذا كان الأمر المزبور ظاهراً في الإرشاد،

ص: ٢٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١١ : ٣٧٠، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر، الحديث الأول.

وقوله عليه السلام في روايه عبد الملك المتقدمه حيث شكّا إلى الصادق عليه السلام: «أنتى ابتليت بالنظر فى النجوم، فقال عليه السلام: أتقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرقت كتبك» بناءً على أنّ الأمر للوجوب دون الإرشاد للخلاص من الابتلاء بالحكم بالنجوم. ومقتضى الاستفصال فى هذه الروايه: أنه إذا لم يترتب على إبقاء كتب الضلال مفسده لم يحرم.

وهذا أيضاً مقتضى ما تقدّم من إناطه التحريم بما يجىء منه الفساد محضاً.

نعم المصلحه الموهومه [١] أو المحققه النادره لا اعتبار بها، فلا يجوز الإبقاء الشرح:

إلى الخلاص من القضاء المحرّم، فلا يمكن فى المقام إلا إثبات الأمر الإرشادى، مع إحراز ترتب الحرام على الحفظ، ولا ريب فى أنّ ظهور الأمر بالإحراق هو الثانى.

وعلى كلّ حال فلا يثبت بالروايه مع الإغماض عن سندها وجوب محو كتب الضلال وعدم جواز إبقائها حتّى مع الاطمئنان بعدم ترتب الحرام عليها.

والأظهر فى المقام أن يقال، بناءً على وجوب دفع المنكر كما لو استفدناه من أدلّه النهى عن المنكر: يتعيّن فى المقام الالتزام بوجوب محو كتب الضلال التى لا يترتب عليها إلا الإضلال، وأمّا إذا لم نقل به فيمكن القول بعدم جواز الاستنساخ والحفظ، فيما إذا كان المترتب عليها الإضلال بآيه النهى عن شراء اللهوه. وأمّا وجوب المحو فلا دليل عليه كما لا يخفى.

[١] بمعنى أنه لا يجوز إبقاء كتب الضلال فيما إذا كان ذلك معرضاً لترتب الفساد عليها، ولا أثر لاحتمال ترتب مصلحه أقوى على إبقائها فيما إذا كان الاحتمال موهوماً، وكذا لا يجوز إبقاؤها فيما إذا كان ترتب الفساد عليها قطعياً والمصلحه المترتبة من قبيل المنفعه النادره التى لا يعتدّ بها، وأمّا إذا لم يكن الأمر كذلك، بأن كان

بمجرد احتمال ترتب مصلحه على ذلك مع كون الغالب ترتب المفسده. وكذلك المصلحه النادره الغير المعتد بها.

وقد تحصل من ذلك: أنّ حفظ كتب الضلال لا يحرم إلا من حيث ترتب مفسده الضلاله قطعاً أو احتمالاً قريباً.

فإن لم يكن كذلك أو كانت المفسده المحققه معارضه بمصلحه أقوى، أو عارضت المفسده المتوقعه مصلحه أقوى، أو أقرب وقوعاً منها، فلا دليل على الحرمة، إلا أن يثبت إجماع، أو يلتزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذى لا يقصر عن نقل الإجماع. وحينئذ فلا بد من تنقيح هذا العنوان وأن المراد بالضلال ما يكون باطلاً فى نفسه؟ فالمراد الكتب المشتمله على المطالب الباطله، الشرح:

ترتب الفساد موهوماً أو كانت المصلحه المترتبه أقوى من الفساد أو أقرب احتمالاً من ترتب الفساد، ففى جميع ذلك لا دليل على حرمة حفظها، كما هو مقتضى الميزان الوارد فى روايه «تحف العقول». والاستفصال المذكور فى روايه عبدالملك المتقدمه، فإنه لو تم الإطلاق فى ناحيه مثل قوله سبحانه: «اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»^(١) فلا بد من رفع اليد عنه بدلاله حديث «تحف العقول» والروايه، اللهم إلا أن يدعى الإجماع على حرمة الإبقاء مطلقاً أو يلتزم بإطلاق معقد نفى الخلاف. ومع هذه الدعوى أو الالتزام فلا عبره بترتب الفساد وعدمه، بل لا بد من تنقيح العنوان الذى وقع مورد الإجماع أو نفى الخلاف، وأن المراد بكتب الضلال فيه الكتب التى تكون مطالبها باطله وإن لم توجب ضلالاً، أو أن المراد بها الكتب التى تكون موجب للضلال وإن كانت مطالبها حقّه، كبعض كتب العرفاء والحكماء المشتمله على ظواهر مضلّه، ويدعون أن المراد غير ظاهرها.

ص: ٢٦٧

أو أنّ المراد به مقابل الهدايه؟ فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال، وأن يراد ما أوجب الضلال وإن كان مطالبها حقّه، كبعض كتب العرفاء والحكماء المشتمله على ظواهر منكره يدعون أنّ المراد غير ظاهرها، فهذه أيضاً كتب ضلال على تقدير حقيتها.

ثمّ الكتب السّماويه المنسوخه غير المحرّفه لا تدخل في كتب الضلال. وأمّا المحرّفه كالتوراه والإنجيل على ما صرّح به جماعه فهي داخله في كتب الضلال بالمعنى الأوّل بالنسبه إلينا، حيث إنّها لا توجب للمسلمين بعد بداهه نسخها ضلاله.

نعم، توجب الضلاله لليهود والنصارى قبل نسخ دينهما [١]، فالأدله المتقدّمه لا تدلّ على حرمة حفظها قال رحمه الله في المبسوط في باب الغنيمه من الجهاد: فإن كان في المغنم كُتُبٌ، نُظِرَ، فإن كانت مباحه يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب والشعر واللغه والمكاتبات فجميع ذلك غنيمه، وكذلك المصاحف وعلوم الشريعة، الفقه والحديث، لأنّ هذا مال يباع ويشترى، وإن كانت كتباً لا يحلّ إمساكها كالكفر والزندقه وما أشبه ذلك فكلّ ذلك لا يجوز بيعه، فإن كان ينتفع الشرح:

أقول: ما ذكره من دعوى الإجماع واستفادته من نفى الخلاف غير صحيح، فإنّ الإجماع لا يحرز إلاّ في مسأله تعرّض لحكمها معظم الفقهاء أو جميعهم مع اتّفاقهم على ذلك الحكم، ونفى الخلاف يكفي فيه اتّفاق جماعه قليله تعرّضوا للمسأله فكيف تكون دعوى نفى الخلاف كاشفه عن الإجماع، مع أنّ الإجماع في المقام محصله لا قيمه له فضلاً عن منقوله، حيث إنّ الظاهر ولا أقلّ من الاحتمال كون المدرك في حكمهم بحرمة الحفظ ما ذكر من حكم العقل الموهوم أو دلالة الآيه.

[١] التقييد بما قبل نسخ دينهما باعتبار أنّ اليهود والنصارى بعد نسخ دينهما

بأوعيته كالجلود ونحوها فإنها غنيمه، و إن كان ممّا لا- ينتفع بأوعيته كالكاغذ فإنه يمزق ولا يحرق إذ ما من كاغذ إلا وله قيمه [١]. وحكم التوراه والإنجيل هكذا كالكاغذ، فإنه يمزق، لأنه كتاب مُغَيَّر مُبَدَّل، انتهى.

وكيف كان، فلم يظهر من معقد نفى الخلاف إلا حرمه ما كان موجبا للضلال، وهو الذى دلّ عليه الأدله المتقدمه.

نعم، ما كان من الكتب جامعاً للباطل فى نفسه من دون أن يترتب عليه ضلاله لا يدخل تحت الأموال، فلا يقابل بالمال، لعدم المنفعه المحلله المقصوده فيه، مضافاً إلى آيتى «لهو الحديث» و «قول الزور» أما وجوب إتلافها فلا دليل عليه.

الشرح:

فى ضلال، باعتقادهما ببقاء الدين المنسوخ فلا يوجب لهم التحريف فى كتابهما ضلالاً آخر.

[١] أى أن إحراقها إتلاف للكاغذ المفروض استيلاء المسلمين عليه وله قيمه فلا يجوز الإتلاف، وكيف كان فيظهر من كلام الشيخ رحمه الله أن التوراه والإنجيل من كتب الضلال فيجب تمزيقهما والانتفاع بكاغذهما.

وأورد عليه المصنّف رحمه الله بأنه لا دليل على وجوب المحو إلا فيما إذا كان موجبا للضلال، ومع عدم إيجابه له فمع بطلان مطالبه لا يجوز بيعه باعتبار عدم كونه مالاً، وأما محوه فلا دليل عليه.

أقول: مجرد بطلان مطالب كتاب لا- يوجب خروجه عن المائيه شرعاً حتى لا يجوز المعاوضه عليه، كما فى الكتب التى تؤلف من مجموع قضايا جعلته لغايه تفريج الهمّ عن قارئها، ومثل هذه يجوز بيعها وشراؤها، لكونها مالاً شرعاً باعتبار ترتب المصلحه المقصوده المباحه عليها حتى مع عدم إظهار مؤلفها بأن هذه القضايا الوارده فى الكتاب جعلته، وسيأتى إن شاء الله تعالى أن الموجب لكون المكتوب أو الكلام كاذباً قصد الكاتب أو المتكلم لا اعتقاد المطالع والسامع.

وممّا ذكرنا ظهر حكم تصانيف المخالفين في الأصول والفروع والحديث والتفسير وأصول الفقه، وما دونها من العلوم، فإنّ المناط في وجوب الإلتلاف جريان الأدلّه المتقدّمه، فإنّ الظاهر عدم جريانها في حفظ شيء من تلك الكتب إلاّ القليل ممّا ألف في خصوص إثبات الجبر ونحوه، وإثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم، وشبه ذلك.

وممّا ذكرنا أيضاً يعرف وجه ما استثنوه في المسأله من الحفظ للنقض والاحتجاج على أهلها، أو الإطلاع على مطالبهم ليحصل به التقيّه أو غير ذلك. ولقد أحسن جامع المقاصد، حيث قال: إنّ فوائد الحفظ كثيره.

وممّا ذكرنا أيضاً يعرف حكم ما لو كان بعض الكتاب موجباً للضلال، فإنّ الواجب رفعه ولو بمحو جميع الكتاب، إلاّ أن يزاحم مصلحه وجوده لمفسده وجود الضلال. ولو كان باطلاً في نفسه كان خارجاً عن الماليه [١] فلو قوبل بجزء الشرح:

[١] يعنى: لو كان بعض الكتاب باطلاً وخارجاً عن الماليه الشرعيّه وإن لم يكن موجباً للضلال وباعه بعوض، فتبطل المعاوضه بالإضافة إلى ذلك البعض.

أقول: لا يكون بيع كتاب منحللاً إلى بيوع متعدده بالإضافة إلى أبعاضه خارجاً، فإنّ المعيار في الانحلال وعدمه نظر العرف كما مرّ؛ ولذا لو باع كتاباً بعنوان أنّه الكتاب الفلانيّ وظهر مشتملاً على بعض الأوراق من ذلك الكتاب يحكم بطلان البيع رأساً.

وبالجملة: فيما أنّ البيع في الفرض لا يصحّ بالإضافة إلى الكتاب تعين بطلانه على قرار ما تقدّم في بيع الصنم، مع كون مادته مالاً.

ينبغي في المقام التعرض لحكم اللحية فنقول: ذكر صاحب «الحدائق» رحمه الله (١)

ص: ٢٧٠

الشرح:

فى آداب الحمام، الظاهر كما استظهره جماعه من الأصحاب كما عرفت تحريم حلق اللحية؛ لخبر المسخ المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام، فإنه لا يقع إلا على ارتكاب أمر محرّم مبالغ فى التحريم، انتهى.

وربما يقال: إن تعبيره رحمه الله بالظاهر لا بالأظهر فيه إشارة إلى تسالم الأصحاب على الحكم، ولكن ملاحظه تعبيرات «الحدائق» فى المسائل كافيه فى الجزم بأن مثل هذا التعبير منه رحمه الله لا يشير إلا إلى اجتهاده. وذكر صاحب «الجواهر» رحمه الله فى باب الإحلال من إحرام الحج بحلق الرأس أنه ليس للنساء حلق؛ لنهاى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تحلق المرأة رأسها فى الإحلال لا مطلقاً، فإن الظاهر عدم حرمة لها فى غير المصاب المفضى إلى الجزع؛ للأصل السالم عن معارضه دليل معتبر، اللهم إلا أن تكون الشهره بين الأصحاب تصلح جابره لنحو المرسل المزبور بناءً على إرادته الإطلاق فيكون كحلق اللحية للرجال، انتهى.

وحاصل مراده أنه لا يجوز للمرأة حلق رأسها عند إحلالها من إحرام حج أو غيره، وكذا للجزع عند المصيبة، ويجوز فى غير ذلك، وحرمة عند الإحلال لنهاى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تحلق المرأة رأسها المحمول على الإحلال، وأما جوازه فى سائر الأحوال فلاصله الحلية السالمه عن المعارض المعتبر، إلا أن يقال بحرمة عليها مطلقاً أخذاً بإطلاق هذه المرسله المنجبر ضعفها بالشهره على تقدير إرادته الإطلاق، فيكون حرمة عليها كحرمة حلق اللحية على الرجال. وهذا كما ترى لا يدل على ثبوت الشهره على الحرمة فى حلق الرجل لحيته، بل مقتضاه حرمة عند صاحب «الجواهر»^(١).

ص: ٢٧١

الشرح:

والحاصل: أتى لم أظفر على ما يدلّ على الشهره بين الأصحاب في حرمه حلق اللحية، وأما ما استدللّ به على الحرمة فأمر:

الأول: قوله سبحانه حكاية عن إبليس عليه اللعنه: «وَلَاءَ مَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ»^(١)، بدعوى أنّ ما يأمر به إبليس لا يكون إلاّ فعلاً محرّماً، وحلق اللحية من تغيير خلق الله.

ولكن لا يخفى أنّ مثل حلق اللحية لو كان تغييراً لخلق الله ومحرّماً باعتبار ذلك لكان شقّ الطرق في الجبال وحفر الآبار وزرع الأشجار وغيرها تغييراً لخلقه الله تعالى. والالتزام بحرمتها غير ممكن، وحليتها بتخصيص الآية باعتبار كونه من تخصيص الأكثر غير ممكن، فلا بدّ من حمل الآية على مثل الفطره المخلوق جميع الناس عليها على ما يشير إليها قوله سبحانه: «فَطَرَتِ اللَّهُ التِّي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ»^(٢). والمراد من تغييرها إفسادها بجعل النفس مركزاً لطرح الشرور ومولداً لنيات السوء، أو على غيرها ممّا لا قرينه في الآية على تعيينه.

الثاني: أنّ الروايات الواردة في حفّ الشوارب وإعفاء اللحية، كمرسلة الصدوق رحمه الله قال: «قال رسول الله عليه السلام: حفّوا الشوارب واعفوا اللحى، ولا تشبهوا باليهود»^(٣) وفي الأخرى قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إنّ المجوس جزّوا لحاهم ووفّروا شواربهم، وإنّا نحن نجزّ الشوارب ونعفى اللحى وهى الفطره»^(٤).

وفيه: أنّ مثل هذه الروايات حتى مع الإغماض عن أسانيدها لا دلالة لها على

ص: ٢٧٢

١- (١) سورة النساء: الآية ١١٩.

٢- (٢) سورة الروم: الآية ٣٠.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢: ١١٦، الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام، الحديث الأول.

٤- (٤) المصدر السابق: الحديث ٢.

الشرح:

حرمه حلق اللحية، فإنَّ الحفَّ عبارته عن الجزِّ والقطع، والإعفاء التوفير، ومن الظاهر أنَّ توفير اللحية غير واجب قطعاً، بل الواجب على تقديره رؤيته الشعر في الوجه، فلا بدَّ من حملها على الاستحباب. والمراد بعدم التشبه باليهود عدم تطويل اللحية بما هو خارج عن المتعارف أو زائد على القبضه، كما كان يفعل اليهود على ما قيل في روايه حبابه الوالبيه، قالت: «رأيت أمير المؤمنين عليه السلام في شرطه الخميس، ومعه درّه لها سبابتان يضرب بها يتاعى الجرى والمارماهى والزمار، ويقول لهم: يا يتاعى مسوخ بنى اسرائيل وجند بنى مروان، فقام إليه فرات بن أحنف فقال: يا أمير المؤمنين، وما جند بنى مروان؟ قال: فقال له: أقوام حلقوا اللحية وفتلوا الشوارب فمسخوا»^(١). وظاهرها مع الإغماض عن سندها عدم جواز حلق اللحية مع تفتيل الشوارب لا مطلقاً كما لا يخفى.

الثالث: ما رواه ابن إدريس في آخر «السرائر» نقلاً عن كتاب «الجامع» لأحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطى صاحب الرضا عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل، هل يصلح له أن يأخذ من لحيته؟ قال: أما من عارضيه فلا بأس، وأما من مقدّمها فلا»^(٢)، ولكن ظاهره عدم جواز الأخذ من مقدم اللحية، وهذا لا يمكن الالتزام به، وحمله على جواز حلق العارضين دون مقدم اللحية بلا قرينه غير ممكن. واسناد ابن إدريس إلى جامع البزنطى غير معروف لنا، ولكن رواه أيضاً على بن جعفر فى كتابه، وقد ذكرنا أن طريق صاحب «الوسائل» إلى كتابه ينتهى إلى الشيخ رحمه الله وسند الشيخ رحمه الله إلى الكتاب المزبور صحيح. وفي معتبره سدير الصيرفى، قال: «رأيت أبا جعفر عليه السلام يأخذ عارضيه ويبطن

ص: ٢٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢: ١١٦، الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ١١١، الباب ٦٣، الحديث ٥.

الشرح:

لحيته» (١)، وفي دلالتها على الاستحباب أيضاً تأمل؛ لاحتمال كون ذلك من اختياره عليه السلام أحد أفراد المباح كما لا يخفى.

الرابع: أن روايه «الجعفریات»: «حلق اللحية من المثله، من مثل فعليه لعنه الله»، وأورد على الاستدلال بها على الحرمة بأن مجرد اللعن على فعل لا يدل على حرمة، وقد ورد اللعن في ترك بعض المستحبات، مثل قوله عليه السلام: «ملعون من أخر الصلاة» (٢).

وأجاب عنه السيد الخوئي رحمه الله (٣) كما في تقريراته بأن اللعن على فعل غير الإخبار بكون الشخص ملعوناً، فإن الإخبار بكونه ملعوناً وبعيداً عن الله ربّما يكون منشؤه ارتكاب المكروهات، وهذا بخلاف إنشاء اللعن على المؤمن، فإنه لا يكون إلا مع ارتكابه فعلاً محرماً، وقوله عليه السلام: «ومن مثل فعليه لعنه الله» من قبيل إنشاء اللعن على فاعل المثله، بخلاف قوله: «ملعون من أخر الصلاة».

ولا يخفى ما في الإشكال والجواب، فإن اللعن ليس هو البعد مطلقاً، بل البعد الناشئ عن الطرد والغضب، وهذا لا يكون إلا مع حرمة الفعل، ولا يفرق في ذلك بين إنشائه أو الإخبار بكون الفاعل لكذا ملعوناً ومطروداً، حيث إنّه لو لم يكن فعله محرماً فلا موجب لطرده ولعنه، واللّعن في مثل تأخير الصلاة عن وقتها محمول على مثل ما إذا كان التأخير للاستخفاف بها.

ثم إنّ المعتبر في تحقيق عنوان المثله أمران:

ص: ٢٧٤

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٤.

٢- (٢) انظر وسائل الشيعه ٤ : ١٨٨، الباب ١٨ من أبواب المواقيت، الحديث ٦.

٣- (٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٢٩١.

من العوض المبدول، يبطل المعاوضه بالنسبه إليه. ثم الحفظ المحرّم يراد به الأعمّ من الحفظ بظهر القلب، والنسخ، والمذاكره، وجميع ما له دخل في بقاء المطالب المضلّه.

الشرح:

أحدهما: إيقاع النقص بالغير.

وثانيهما: كون الإيقاع بقصد هتكه وتحقيره، فلا يتحقّق العنوان فيما إذا حلق الإنسان لحيته بداعى تجميله أو نحوه، كما هو موضوع البحث. والمستفاد من الروايه أن حلق لحيه الغير بقصد هتكه والتنقيص به مثله حكماً أو موضوعاً.

هذا مع أنّ روايه «الجعفریات» لا تكون حجّه على الحكم ولا على حرمة المثلّه، فإنّه لم يثبت أنّ النسخه المأخوذه منها هذا بعينها كتاب موسى بن اسماعيل بن موسى عليه السلام ووصل إلى سهل بن أحمد بن سهل ومنه إلى الحسين بن عبيدالله بواسطه محمّد بن محمّد الأشعث.

وممّا ذكرنا يظهر أنه لا بأس بقطع عضو الميت الكافر في العمليه المتعارفه في زماننا وجعله مكان العضو الفاسد من إنسان آخر، كما لا بأس بخرق جسده لغرض الاطلاع على أوضاع الجسد المعبر عن ذلك بالتشريح للطبابه. نعم، لا يجوز ذلك بالإضافة إلى أعضاء الميت المسلم باعتبار وجوب دفنها وحرمة هتكه حيّاً وميتاً.

والمتحصّل في المقام أنّ الأخبار الدالّه على إعفاء اللحيه وتطويله مع ضعف إسنادها لا تصلح للاعتماد عليها والحكم بوجود تطويلها، حتّى في فرض تقييد تلك الأخبار بما ورد في بعض الروايات (1) من تحديد اللحيه بالقبضه، بأن يقال: الواجب تطويلها إلى القبضه، حيث إنّ مع الإغماض عن سند المقيّد لم يعهد من أحد الإفتاء بوجود تطويلها كذلك، سواء التزم بحرمة تطويلها بعد الحدّ المزبور، كما هو

ص: ٢٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢: ١١٣، الباب ٦٥ من أبواب آداب الحمام، الحديث ٣.

المسألة الثامنة: الرشوه حرام [١]. وفي جامع المقاصد والمسالك: أن على

الشرح:

ظاهر بعضها حيث ذكر فيها: «ما زاد عن القبضه فهو في النار» (١) أو قيل بكرهته. واستظهارها من مرسله يونس عن أبي عبدالله عليه السلام في قدر اللحيه قال: «تقبض بيدك على اللحيه وتجزّما فضل» (٢)، أو من ذيل مرسله الصدوق المتقدمه من قوله: «ولا تشبهوا باليهود».

ومع ذلك فلا يمكن الإفتاء بجواز حلق اللحيه وعدم وجوب رعايه الاحتياط، وذلك لأنّ المرتكز في أذهان المتشرّعه عدم جواز حلقها وإن كان في انتهاء هذا الارتكاز إلى عصر الشارع المقدّس تأمّل؛ لاحتمال حدوثه أخيراً بالرجوع إلى جماعه أفتوا بحرّمته، والله سبحانه هو العالم.

ولا يخفى أنّ حرمه حلق اللحيه على تقدير القول بها من جهه الروايات أو دعوى سيره المتديّنين أو ارتكاز الحرمه تكون كسائر المحرّمات ساقطه عند الاضطرار أو الإكراه أو المزاحمه بتكليف آخر مساو أو أهمّ، ولو لم يمكن رعايه التكليف الآخر الأهمّ، بل المساوى إلاّ مع حلقها جاز.

[١] وعليه إجماع المسلمين، كما في «جامع المقاصد» و«المسالك» (٣)، وبدلّ عليه قوله عزّ من قائل: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأَعْيُنِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (٤)، وظاهرها عدم جواز إعطاء المال للحكّام لغايه أكل أموال الناس، مع العلم بالحال، سواء كان الأكل المزبور غرضاً أولياً، أو كان من غايه الغايه، بأن كان الإعطاء لجلب ميل الحاكم وحبّه إليه حتى يحكم له

ص: ٢٧٦

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٣٥، المسالك ٣: ١٣٦.

٤- (٤) سورة البقره: الآيه ١٨٨.

تحريمها إجماع المسلمين، ويدلّ عليه الكتاب والسنة، وفي المستفيضه [١]: أنه كفر بالله العظيم أو شرك. ففي روايه الأصمغ بن نباته [٢]. عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: «أيما والٍ احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه، وإن أخذ هديّه كان غلولاً وإن أخذ رشوه فهو مشرك».

الشرح:

ويتعدّى إلى ما إذا كان الحكم له شرطاً في الإعطاء، أو كان المال عوضاً عن ذلك الحكم بالفحوى. نعم، لا دلالة فيها على ما إذا كان الإعطاء لغايه الحكم بما هو الواقع، وما هو على قوانين القضاء، بأن لا يميل نفس القاضى إلى خصمه ويذهب بحقه.

[١] كموثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «الرشا فى الحكم هو الكفر بالله» (١)، وكصحيحه عمار بن مروان قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام إلى أن قال عليه السلام: فأما الرشا فى الحكم، فإن ذلك الكفر بالله العظيم» (٢)، وفى صحيحته الأخرى عن أبى عبدالله عليه السلام: «كلّ شىء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيرة: منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، ومنها أجور القضاء وأجور الفواجر، وثمان الخمر والنبذ المسكر، والربا بعد البيئه. فأما الرشا يا عمار فى الأحكام، فإن ذلك الكفر بالله العظيم» (٣). وقوله: «كلّ شىء غلّ من الإمام، أى أخذ منه خيانه، وظاهر التعبير بالكفر هى الحرمة تكليفاً ويستفاد الوضع من عدّ الرشوه من السحت.

[٢] ضعيفه سنداً، والغلول بمعنى السرقة، والخيانه والرشوه المذكوره فيها لا تناسب الرشا فى الحكم، حيث إنّ القضاء لا يكون من شأن الوالى كما لا يخفى.

ص: ٢٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٢، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٩٥، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

وعن الخصال في الصّحيح [١] عن عمّار بن مروان، قال: «كلّ شيء عُمل من الإمام فهو سيّحت، والشّحت أنواع كثيره، منها: ما أصيب من أعمال الولاه الظّلمه، ومنها: أجور القضاء، وأجور الفواجر، وثمان الخمر، والنّبذ المسكر، والرّبا بعد البيّنه، وأمّا الرّشا في الأحكام يا عمّار فهو الكفر بالله العظيم» ومثلها رواه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام .

وفى روايه يوسف بن جابر: «لعن رسول الله صلى الله عليه و آله من نظر إلى فرج امرأه لا تحلّ له، ورجلاً خان أخاه في امرأته، ورجلاً احتاج الناس إليه لفقّه فسألهم الرّشوه». وظاهر هذه الرّوايه سؤال الرّشوه لبذل فقّهه، فتكون ظاهره في حرمة أخذ الرّشوه للحكم بالحق أو للنظر في أمر المترافعين، ليحكم بعد ذلك بينهما بالحق من غير أجره، وهذا المعنى هو ظاهر تفسير الرّشوه [٢] في القاموس بالجعل وإليه الشّرح:

[١] هذه هي الصّحيحه المتقدّمه عن أبي عبدالله عليه السلام ، مدلولها عدم جواز أخذ الأجر على القضاء، سواء كان معطيه أحد المتخاصمين أو غيره ممّن يهّمه قضاؤه، كأخذ الأجره من الوالى. وكذا عدم جواز أخذ الرّشا بلا فرق بين كونه للحكم له باطلاً أو للحكم بما هو الواقع أو للحكم له باطلاً كان أو حقاً، وسواء كان ذلك غرضاً وداعياً إلى الإعطاء أو شرطاً فيه.

[٢] الاحتمالات في معنى الرّشوه أربعه:

الأول: ما يعمّ مقابل الحكم الصّحيح، سواء جعل عوضاً عن نفس الحكم أو عن مقدّماته، كالنّظر في أمر المترافعين، وهذا ظاهر «القاموس» (١) ويساعده ظاهر كلام المحقّق الثّانى وصريح الحلى، حيث ذكر أنّه لا يجوز للقاضى أخذ الرّشا مطلقاً،

ص: ٢٧٨

نظر المحقق الثاني، حيث فسّر في حاشيه الإرشاد الرّشوه بما يبذله المتحاكمان.

وذكر في جامع المقاصد: أنّ الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوه وهو صريح الحلّي أيضاً في مسأله تحريم أخذ الرّشوه مطلقاً و إعطائها، إلّا إذا كان على إجراء حكم صحيح، فلا يحرم على المعطى. هذا، ولكن عن مجمع البحرين: قلّما تستعمل الرّشوه إلّا فيما يتوصّل به إلى إبطال حق أو تمشيه باطل.

وعن المصباح: هي ما يعطيه الشّخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد.

الشرح:

أى سواء كان عوضاً عن حكمه الصّحيح أم لا. نعم، لا يحرم على المعطى فيما إذا كان عوضاً عن الحكم الصّحيح، ويحرم فى غيره.

الثاني: ما يعطى للقاضى للحكم له فى الواقعه بالباطل، وبقضاء الجور، كما هو ظاهر «مجمع البحرين» (١).

الثالث: إعطاء المال لغايه الوصول إلى غرضه من الحكم له أو أمر آخر يفعله الغير له، كما عن «المصباح» (٢) و«النهايه» (٣).

الرابع: إعطاء المال للقاضى للحكم له حقاً أو باطلاً.

وأما الاحتمال الأوّل، فالظاهر أنّ عوض الحكم وتعيين الأجر له لا يكون من الرّشوه فيما إذا كان ذلك الحكم هو الحكم على موازين باب القضاء؛ ولذا جعل الرّشوه فى الحكم فى صحيحه عمار بن مروان مقابل أجر القضاء.

ص: ٢٧٩

١- (١) مجمع البحرين ١: ١٨٤.

٢- (٢) المصباح المنير ١: ٢٢٨.

٣- (٣) النهايه لابن الأثير ٢: ٢٢٦.

وعن التّهايه: أنّها الوصله إلى الحاجه بالمصانعه، والرّاشى: الذى يعطى ما يعينه على الباطل، والمرتشى: الآخذ، والرّائش: هو الذى يسعى بينهما، يستزيد لهذا ويستنقص لهذا.

ومّا يدلّ على عدم عموم الرّشا لمطلق الجعل على الحكم ما تقدّم فى روايه عمّار بن مروان من جعل الرّشاء فى الحكم مقابلًا لأجور القضاء، خصوصاً بكلمه أمّا.

نعم، لا- يختصّ بما يبذل على خصوص الباطل، بل يعمّ ما يبذل لحصول غرضه، وهو الحكم له حقاً كان أو باطلاً، وهو ظاهر ما تقدّم عن المصباح والتّهايه.

الشرح:

بعباره أخرى: لا يجوز للقاضى أخذ الجعل والأجره على حكمه الصّحيح أو على ما هو من مقدّماته، كالنظر فى أمر المترافعين؛ إمّا مطلقاً، كما هو الصحيح، وعليه المشهور، بل فى «جامع المقاصد» دعوى الإجماع عليه، وهو مقتضى كون أجر القضاء سحتاً. وإمّا مع تعيّن القضاء عليه، كما هو ظاهر المصنّف رحمه الله وجمع آخر. ولكن عدّ الرشا فى الحكم فى مقابل أجر القاضى مقتضاه عدم شمول الرشا له، فلا- يجرى عليه سائر أحكام الرشا، ككون إعطائه حراماً تكليفاً، بل يكفى فى عدم جريانها فيه الشكّ فى كونه داخلاً فى معنى الرشا كما لا يخفى. وكذا لا يمكن مساعدته على الاحتمال الثانى، فإنّه لا ينحصر به الرشوه، بل يعمّ معناها ما إذا كان الغرض من الإعطاء هو الحكم له، سواء كان حقّاً أم باطلاً، وأمّا إعطاء المال فى غير موارد القضاء ففى كونه رشوه حكماً أو موضوعاً فسيأتى التعرّض له. والصّحيح فى معناها هو الاحتمال الرّابع، وهو إعطاء المال للحكم له مطلقاً حقّاً أو باطلاً.

ثمّ إنّ المعدود من السيّحت فى صحيحه «الخصال» وهو أجر القضاء، بظاهره يعمّ ما إذا كان العوض لنفس الحكم أو على مقدّماته، والالتزام بأنّ المحرّم هو العوض

ويمكن حمل روايه يوسف بن جابر على سؤال الرّشوه للحكم للراشى حقاً أو باطلاً. أو يقال: إنّ المراد الجعل، فأطلق عليه الرّشوه تأكيداً للحرمة. ومنه يظهر حرمة أخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين مع تعيين الحكومه عليه، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «احتاج الناس إليه لفقّه».

الشرح:

لنفس الحكم لا-وجه له، فإنّه فرق بين كون السيّحت هو الأجر على القضاء أو أجر القضاء، فالمناسب للالتزام المزبور هو الأوّل. والمذكور في الصحيحه هو الثانی الشامل له وللآخر على ما هو شؤون القضاء، كالنظر في أمر المترافعين أو غيره من مقدماته.

نعم في البين روايه يوسف بن جابر قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: لعن رسول الله صلى الله عليه وآله من نظر إلى فرج امرأه لا تحلّ له، ورجلاً خان أخاه في امرأته، ورجلاً احتاج الناس إليه لتفقّه فسألهم الرشوه»^(١).

وربّما يستظهر منها حرمة أخذ الأجره في خصوص صورته تعيين القضاء، حيث إنّ حمل الاحتياج فيها على الحاجه إلى نوعه خلاف ظاهرها، بل ظاهرها الاحتياج إلى الشخص.

ولكن لا- يخفى ما في الاستظهار؛ لأنّ صدق الحاجه في مورد يكون الرجوع فيه إلى الشخص من التخيير في الرجوع بين المجتهدين ظاهر، بل على تقدير تسليم الظهور فلا تصلح لضعف سندها لرفع اليد بها عن إطلاق الصحيحه المعدود فيها أجر القضاء من السحت كما مرّ. نعم، حملها على سؤال الرشا للحكم للراشى حقاً كان أو باطلاً خلاف ظاهرها، وظاهرها سؤال الأجر على فقّه وقضائه، وإطلاق الرشوه عليه للتأكيد في حرمة.

ص: ٢٨١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٣، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٥.

والمشهور المنع مطلقاً، بل في جامع المقاصد: دعوى النص والإجماع، ولعله لحمل الاحتياج في الرواية على الاحتياج إلى نوعه، ولإطلاق ما تقدم في روايه عمّار بن مروان: من جعل أجور القضاء من الشّحت بناءً على أنّ الأجر في العرف يشمل الجعل وإن كان بينهما فرق عند المتشرّعه.

وربّما يستدلّ على المنع بصحيحه ابن سنان، قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين يأخذ على القضاء الرزق من السلطان، قال عليه السلام: ذلك الشّحت».

وفيه: أنّ ظاهر الرواية كون القاضي منصوباً من قبل السلطان، الظاهر بل الصّريح في سلطان الجور، إذ ما يؤخذ من العادل لا يكون شحتاً قطعاً، ولا شكّ أنّ هذا المنسوب غير قابل للقضاء، فما يأخذه شحت من هذا الوجه.

الشرح:

وربّما يستدلّ على عدم جواز أخذ الأجره على القضاء بصحيحه عبدالله بن سنان قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: «ذلك السحت»^(١).

وأورد عليه المصنّف رحمه الله بأنّ الرواية غير ناظره إلى أخذ العوض والأجر، بل ظاهرها ارتزاق القاضي من السلطان، فلا بدّ من حملها على صورة عدم كونه أهلاً للقضاء بقريته كونه منصوباً من قبل السلطان الجائر، وإلا فلا مناص من ارتزاق القاضي من بيت مال المسلمين، سواء أخذه من السلطان العادل أو الجائر.

وفيه: أنّ ذكر قيد «على القضاء» في الرواية قريته على كون المراد بالرزق هو الأجر على الحكم، وإلا كان ذكر القيد لغواً، ولا حاجة أيضاً إلى حمل كونه من غير بيت المال، كما ذكر المصنّف رحمه الله في آخر كلامه.

ص: ٢٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢١، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث الأول.

ولو فرض كونه قابلاً للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزه السلطان محرماً قطعاً، فيجب إخراجه عن العموم. إلا أن يقال: إن المراد الرزق من غير بيت المال، وجعله على القضاء بمعنى المقابلة قرينه على إرادته العوض.

وكيف كان، فالأولى في الاستدلال على المنع ما ذكرناه. خلافاً لظاهر المقنعه [١] [والمحكي عن القاضي من الجواز، ولعله للأصل، وظاهر روايه حمزه بن حمران، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت: إن في شيعتك قوماً يتحملون علومكم ويبتونها في شيعتكم فلا يُعدّون منهم البرّ والصّيله والإكرام؟ فقال عليه السلام: ليس أولئك بمستأكلين، إنّما ذاك الذي يفتى بغير علم ولا هدىً من الله، ليبطل به الحقوق، طمعاً في حطام الدنيا... الخبر».

الشرح:

[١] ثم إن في أخذ الأجر على القضاء بالحق قولين آخرين، أحدهما: الجواز مطلقاً، كما هو ظاهر «المقنعه» (١)، والمحكي عن القاضي (٢) باعتبار أن القضاء عمل محترم، فيصح أخذ المال عليه، كما هو مقتضى مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) المعبر عنه بالأصل. وروايه حمزه بن حمران قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت: إن في شيعتك قوماً يتحملون علومكم ويبتونها في شيعتكم، فلا يعدّون منهم البرّ والصله والإكرام، فقال: ليس أولئك بمستأكلين، إنّما ذاك الذي يفتى بغير علم ولا هدىً من الله ليبطل به الحقوق طمعاً في الدنيا» (٤)، ولكنها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، بل لادلاله فيها على جواز أخذ الأجر على القضاء بالحق والإفتاء به، وغايه مدلولها حصر المستأكل بعلمه في من يفتى بغير علم ويبطل حقوق الآخرين

ص: ٢٨٣

١- (١) المقنعه: ٥٨٨.

٢- (٢) المهذب ١: ٣٤٦.

٣- (٣) سورة المائدة: الآيه ١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ١٤١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٢.

واللّام في قوله: لبيطل به الحقوق. إمّا للغايه أو للعاقبه [١]. وعلى الأوّل: فيدلّ على حرمه أخذ المال في مقابل الحكم بالباطل، وعلى الثاني: فيدلّ على حرمه الانتصاب للفتوى من غير علم طمعاً في الدنيا. وعلى كلّ تقدير، فظاهرها حصر الاستيكال المذموم في ما كان لأجل الحكم بالباطل، أو مع عدم معرفه الحقّ، فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق. ودعوى كون الحصر إضافياً بالنسبه إلى الفرد الذي ذكره السائل فلا يدلّ إلاّ على عدم الذمّ على هذا الفرد، دون كلّ من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر.

الشرح:

لغايه وصوله إلى مال الدنيا وحطامها، فلا يكون من يفتى بعلم ولا يبطل حقوق الآخرين مستأكلاً بعلمه بالصله وبالبرّ والإكرام لهم. وأمّا أخذهم الأجر على قضائهم وإفتائهم جائز أم لا، فلا دلالة لها على ذلك، وعلى تقدير الإطلاق في جواز الاستيكال فتقيد بمثل صحيحه عمار بن مروان المتقدمه، وأمّا العمومات الدالّه على نفوذ العقد أو صحته فلا يمكن الأخذ بها في مقابل الخصوصات الواردة في المقام، فلاحظ.

[١] بطلان الحقّ وذهابه على صاحبه يترتب على القضاء بغير علم ولاهدى، ويكون البطلان غايه له، كما أنّه يترتب على إعداد الشخص نفسه للقضاء بغير علم بطور العاقبه، حيث إنّ عاقبه هذا الإعداد ذهاب الحقوق من أربابها، فاللام في قوله: «لبيطل به الحقوق»، إمّا للغايه كما إذا كان متعلّقاً بقوله: «يفتى» المراد به الإفتاء فعلاً، أو للعاقبه كما إذا كان متعلّقاً به بمعنى إعداد نفسه للإفتاء. وعلى الأوّل تكون الروايه دالّه على حرمه الإفتاء بغير علم وأخذ المال عليه، وعلى الثاني تدلّ على حرمه إعداد نفسه للإفتاء بداعي أخذ المال، مع عدم عرفانه الحقّ وموازن الإفتاء والقضاء.

ص: ٢٨٤

وفصل في المختلف [١] فجوز أخذ الجعل والأجره مع حاجه القاضى وعدم تعين القضاء عليه، ومنعه مع غناه أو عدم الغنى عنه.

ولعل اعتبار عدم تعين القضاء لما تقرّر عندهم من حرمة الأجره على الواجبات العينيه، وحاجته لا تسوّغ أخذ الأجره عليها، وإنما يجب على القاضى وغيره رفع حاجته من وجوه أخر. وأما اعتبار الحاجه، فلظهور اختصاص أدله المنع بصوره الاستغناء، كما يظهر بالتأميل فى روايتى يوسف وعمّار المتقدمتين. ولا- مانع من التكتسب بالقضاء من جهه وجوبه الكفائى، كما هو أحد الأقوال فى المسأله الآتیه فى محلّها إن شاء الله .

الشرح:

[١] وهذا ثانى القولين الآخرين، وحاصله عدم جواز أخذ الأجره على القضاء مع تعينه أو عدم فقره، وجواز أخذها مع حاجه القاضى وعدم تعين القضاء عليه.

أما عدم جواز أخذها مع تعين القضاء عليه فباعتبار عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وأما اعتبار فقره فيستظهر من روايتى يوسف وعمّار. ولعل وجه الاستظهار أنّ المذكور فى روايه عمّار أجور القضاء، ومن الظاهر أنّ القضاء فى ذلك الزمان كانوا من المرتزقه من بيت مال المسلمين ومنصوبين من قبل من كان يدعى أنّ له ولايه على المسلمين، ولم يكن لهم حاجه إلى أخذ المال من المترافعين، كما أنّ المذكور فى روايه يوسف من يكون مرجعاً للناس فيفقهه، ويبعد فرض الحاجه فى مثله.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ الحكم الوارد فى الصحيحه لا يختصّ بالقضاه المنصوبين فى ذلك الزمان ليقال بعدم الحاجه لهم، وحاجه الناس إلى شخص لفقهه لا تلازم غناه، خصوصاً فيما إذا كان الناس المراجعون إليه جماعه من الفقراء.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ الأظهر بحسب الروايات عدم جواز أخذ الجعل

وأمرًا الارتزاق من بيت المال، فلا إشكال فى جوازه للقاضى مع حاجته، بل مطلقاً إذا رأى الإمام المصلحه فيه، لما سيجىء من الأخبار الواردة فى مصارف الأراضى الخراجيه.

ويدلّ عليه ما كتبه أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشتر من قوله عليه السلام: «وافسح له أى للقاضى فى البذل ما يزيح علته وتقلّ معه حاجته إلى الناس». ولا فرق بين أن يأخذ الرزق من السلطان العادل، أو من الجائر، لما سيجىء من حليه بيت المال لأهله ولو خرج من يد الجائر. وأمّا ما تقدّم فى صحيحه ابن سنان، من المنع من أخذ الرزق من السلطان، فقد عرفت الحال فيه.

وأما الهدية [١] وهى ما يبذله على وجه الهبه ليورث الموّده الموجه للحكم له حقاً كان أو باطلاً- وإن لم يقصد المبدول له الحكم إلاّ بالحق، إذا عرف ولو من القرائن أنّ الأوّل قصد الحكم له على كلّ تقدير، فيكون الفرق بينها وبين الرشوه: أنّ الرشوه تبذل لأجل الحكم، والهدية تبذل لإيراث الحب المحرّك له على الحكم على وفق مطلبه فالظاهر حرمتها، لأنّها رشوه أو بحكمها بتنقيح المناط.

الشرح:

والأجر على القضاء أو ما هو من شؤونه، بلا فرق بين حاجه القاضى وعدمها وتعيّن القضاء عليه وعدمه، ويتعدى إلى أخذ الجعل والأجر على الإفتاء وبيان الأحكام الشرعيه الكليه باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما فى ذلك.

[١] قد ذكرنا دلالة الآيه المباركه على عدم جواز إعطاء المال للحكام والقضاه لغايه أكل أموال الناس، بلا فرق بين أن يكون هذا الأكل غرضاً أولياً أو كان الغرض الأولى جلب موّده الحاكم ومحبتة إليه حتى يحكم له، وكما أنّ الإعطاء على المعطى والأخذ على الحاكم فى الأوّل حرام وسحت، كذلك فى الفرض الثانى، حيث إنّ النهى عن إيصال المال إلى الحاكم وسيله إلى أكل أموال الناس فى الآيه المباركه

وعليه يحمل ما تقدم من قول أمير المؤمنين عليه السلام: وإن أخذ يعنى الوالى هديّه كان غلولاً وما ورد من «أن هدايا العمال غلول»، وفى آخر: سحت.

وعن عيون الأخبار، عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير قوله تعالى: «أَكَاُونَ لِلشَّحْتِ» قال: «هو الرجل يقضى لأخيه حاجته، ثم يقبل هديته». وللزوايه توجيهات تكون الروايه على بعضها محموله على ظاهرها من التحريم، وعلى بعضها محموله على المبالغه فى رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجه إليه، لئلا يقع فى الرشوه يوماً.

وهل تحرم الرشوه فى غير الحكم [١] بناءً على صدقها كما يظهر ممّا تقدم الشرح:

يناسب التحريم فيهما، كما أن الروايات الداله على كون الرشأ كفرةً بالله وعلى عدم صيروره الرشوه ملكاً للحاكم، كما هو ظاهر السحت تعمهما.

وعلى ذلك فالهديه، أى ما يهبه الشخص للقاضى لغايه جلب مودّه القاضى إليه حتى توجب الحكم له حقاً أو باطلاً داخله فى عنوان الرشوه، فلا يجوز للمعطى الإعطاء ولا للقاضى أخذها. ولو نوقش فى شمول معناها لها فلا ريب فى أنها لاحقه بها حكماً من حيث الإعطاء، وعدم صيرورتها ملكاً للقاضى باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما فى هذه الجبهه، وأما ما استشهد به المصنّف رحمه الله من الروايات فهى لا ترتبط بالهديه المعطاه للقاضى كما لا يخفى.

[١] المال المعطى للغير، كالإعطاء لإصلاح أمره عند الأمير أو قضاء حاجه له عنده له صور ثلاث:

الأولى: إعطاؤه المحرم.

الثانيه: إعطاؤه لإصلاح أمره حلالاً أو حراماً.

الثالثه: لإصلاح أمره حلالاً.

عن المصباح والتهايه كأن يبذل له مالاً على أن يصلح أمره عند الأمير؟ فإن كان أمره منحصرأ في المحرم أو مشتركاً بينه وبين المحلل لكن بذل على إصلاحه حراماً أو حلالاً، فالظاهر حرمة لا لأجل الرشوه لعدم الدليل عليه عدا بعض الإطلاقات المنصرف إلى الرشا في الحكم بل لأنه أكل للمال بالباطل، فتكون الحرمة هنا لأجل الفساد، فلا- يحرم القبض في نفسه، وإنما يحرم التصرف لأنه باقٍ على ملك الغير.

نعم، يمكن أن يستدل على حرمة بفحوى إطلاق ما تقدم في هديّه الولاه والعمال.

الشرح:

وذكر المصنف رحمه الله أن المال في الصورتين الأولتين لا يصير ملكاً للأخذ؛ لكونه من أكله بالباطل، ولكن ليس فساده فيهما لأجل الرشا حتى يحرم الإعطاء والأخذ تكليفاً أيضاً؛ لأنه ليس في البين ما يدل على حرمة الرشا مطلقاً إلا بعض ما ينصرف إلى الرشا في الأحكام. وأما الصورة الثالثة فلا بأس بها وضعاً وتكليفاً، كما هو مقتضى مثل: «أوفوا بالعقود».

ويدل عليه أيضاً ما ورد في الرجل يبذل الرشوه ليتحرك الآخر من منزله حتى يسكن فيه المعطى؟ والمراد المنزل المشترك كالمدرسه والسوق، وكذا تدل عليه روايه الصيرفي، قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام وسأله حفص الأعور، فقال: إن السلطان يشترون من القرب والأداوى، فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه من رشوه حتى لا- يظلمنا، فقال: لا بأس ما تصلح به مالك، ثم سكت ساعه، ثم قال: إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط، قلت: نعم، قال: فسدت رشوتك»^(١).

أقول: لعل المراد بنفي البأس في هذه الروايه بيان عدم حرمة الإعطاء على

ص: ٢٨٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٩٦، الباب ٣٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

وأما بذل المال على وجه الهدية الموجه لقضاء الحاجة المباحة فلا حظر فيه، كما يدل عليه ما ورد في أنّ الرّجل يبذل الرّشوه ليتحرّك من منزله ليسكنه؟ قال: لا بأس، والمراد المنزل المشترك، كالمدرسه والمسجد والسوق ونحوها.

الشرح:

المعطى، حيث إنّه يدفع بالإعطاء إلى الوكيل ظلمه عن أمواله، ولكن ما يأخذه الوكيل على ارتداعه عن ظلمه أكل للمال بالباطل، فلا يجوز. وعلى الجملة أنّ مضمون الرواية غير مربوط بالصورتين الثلاث.

لا- يقال: إذا كان متعلّق الإجاره عملاً يتحقّق حلالاً وحراماً، فما الوجه في كون الإجاره باطله، ولا تدخل الأجره في ملك الأجير كما هو ظاهر المصنّف رحمه الله؟

فإنّه يقال: إذا كان متعلّق الإجاره عملاً يتحقّق حلالاً وحراماً، فلا بدّ من تقييد مورد الإجاره في عقدها بتحقيقه حلالاً؛ لئلا يكون الأمر بالوفاء بها منافياً لما دلّ على حرمة العمل، ويعمّه وجوب الوفاء بها على كلّ تقدير، ومع إطلاق الإجاره فضلاً عن التصريح بالإطلاق لا- يمكن أن يعمّها، كما هو المقرّر في البحث عن اجتماع الأمر والنهي. ولو استأجره على غسل ثيابه فغسلها في إناء مغصوب بماء مغصوب لم يستحقّ أجره، بل يحكم بانحلال الإجاره بانتفاء موردها، كما إذا أجره لقلع سنّه فوق السنّ، وهذا إذا تعلّقت الإجاره بالغسل المباح، وإلا- كانت باطله من الأول. وعلى تقدير البطلان ففي صورته العمل مباحاً يستحقّ أجره المثل؛ لتضمّن الإجاره الإذن في العمل الموجب للضمان، وعلى تقدير العمل حراماً فلا يستحقّ شيئاً، فإنّ أخذ المال في مقابل الحرام أكل له بالباطل.

وأوضح من ذلك ما إذا استأجره للجامع بين قراءه القرآن أو الغناء، فعلى تقدير قراءه القرآن يستحقّ أجره المثل؛ لقاعده الضمان المستفاد من الأمر بالعمل والإذن فيه، وعلى تقدير التغنى لا يستحقّ شيئاً. ولا يخفى أنّه إذا أجرى العقد على عمل يحكم

ومِمَّا يدلُّ على التَّفصِيل في الرِّشوة بين الحاجه المحرَّمه وغيرها، روايه الصَّيِّيرفي، قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام وسأله حفص الأعمور، فقال: «إنَّ عمَّال السَّيِّطان يشترّون منَّا القِرب والإداوه فيوكِّلون الوكيل حتَّى يستوفيه منَّا، فشرّوه حتَّى لا يظلمنا؟ فقال: لا بأس بما تصلح به مالك. ثمَّ سكت ساعه، ثمَّ قال: إذا أنت رشوته يأخذ منك أقلَّ من الشرط؟ قلت: نعم، قال: فسدت رشوتك».

ومِمَّا يُعدُّ من الرِّشوة أو يلحق بها المعامله المشتمله على المحاباه[١] الشَّرح:

بصحَّته وتعلُّقه بالفرد الحلال حملاً لفعلهما على الصحيح، وهذا غير ما ذكرنا ممَّا يعلم فيه تعلُّق قصدهما بالفعل حلالاً وحراماً.

لا- يقال: كما إذا ورد الأمر بفعل في خطاب مطلقاً، وورد النهي عن بعض أفراده في خطاب آخر، يكون الجمع بين الخطابين بتقييد متعلِّق الأمر والالتزام بتعيين الإتيان به في ضمن فرده الحلال، كذلك فيما كانت الإجاره على العمل مطلقاً، فإنَّه يكون الجمع بين الأمر بالوفاء بالعقود وبين النهي عن بعض الأفراد هو الالتزام بتعيين الوفاء بها في ضمن الفرد الحلال.

فإنَّه يقال: لا- تنحلَّ الإجاره بالإضافه إلى متعلِّقها حلالاً أو حراماً إلى إجارتين، ليقال بشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإحداهما دون الأخرى، بل هي عقد واحد لا يمكن أن يعمّه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، فلاحظ.

[١] أى يلحق بالرشوه المعامله المشتمله على المحاباه، وهو تنزيل الثمن عن قيمه السوقيه وجعله أقلَّ منها، وقد ذكر المصنّف رحمه الله للمعامله كذلك مع القاضى صوراً ثلاث:

الأولى: عدم تعلُّق غرض البائع بأصل البيع، بل يكون غرضه الأصلي هو حكم القاضى له باطلاً أو مطلقاً حقاً أو باطلاً بحيث لولا ذلك لم يقدم على بيع ماله أصلاً.

كبيعه من القاضى ما يساوى عشره دراهم بدرهم، فإن لم يقصد من المعامله إلا المحاباة التى فى ضمنها أو قصد المعامله لكن جعل المحاباه لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطأ عليه من الشّروط غير المصرّح بها فى العقد فهى الرّشوه، وإن قصد أصل المعامله وحابى فيها لجلب قلب القاضى فهو كالهديّه ملحقه بالرّشوه. وفى فساد المعامله المحابى فيها وجه قوى.

الشرح:

الثانيه: أن يكون له فى أصل البيع غرض ويكون تقليل الثمن للقاضى بغرض حكمه له باطلاً أو مطلقاً بحيث لولا ذلك كان يبيع المال، ولكن بلا تقليل الثمن.

الثالثه: أن يكون غرضه من البيع كذلك جلب ميل القاضى وحبّه إليه حتى يحكم له، والمعامله فى جميع الصور محرّمه تكليفاً.

ولكن ربّما يقال: إنّها محكومها بالصحة على الإطلاق، أى سواء قيل بفساد الشرط أولاً، ففى الصوره الثالثه باعتبار عدم الشرط فيها على القاضى، وفى الصورتين الأوّلتين بناءً على عدم تقسيط الثمن على الشرط، وأنّ المعامله المحابايه فيهما ترجع إلى بيع الشىء للقاضى بثمن معيّن مع الاشتراط عليه بالحكم للبائع. وهذا الشرط فاسد؛ لأنّ العمل به، بل اشتراطه كفر باللّه العظيم، ولكن بطلان الشرط بناءً على عدم تقسيط الثمن عليه لا- يضربّ بتمام البيع المزبور، وبناءً على التقسيط يحكم بالبطلان بالإضافة إلى الشرط، نظير ما إذا باع الخلّ أو الخمر بصفقه واحده.

أقول: الأظهر الحكم بالبطلان فى جميع الصور، فإنّ الرّشوه فى الحكم هو المال المعطى للقاضى للحكم له، بحيث لا- يعطى المال لو علم بعدم الحكم له، بلا- فرق بين إعطائه ذلك المال مجاناً أو مع جعل عوض له. وما تقدّم من اعتبار كون الإعطاء مقابل الحكم له باطلاً- أو مطلقاً يراد به الأعمّ من جعل الحكم له شرطاً أو عوضاً أو داعياً إلى الإعطاء، وبما أنّ إعطاء المبيع فى الصور الثلاث للقاضى بداعى الحكم له

ثم إنَّ كلَّ ما حكم بحرمه أخذه وجب على الآخذ ردّه وردّ بدله مع التّلف إذا قصد مقابله بالحكم كالجعل والأجره [١] حيث حكم بتحريمهما.

وكذا الرّشوه، لأنّها حقيقة جُعل على الباطل، ولذا فسّره في القاموس بالجعل. ولو لم يقصد بها المقابلة، بل أعطى مجاناً ليكون داعياً على الحكم وهو المسمّى بالهدية فالظاهر عدم ضمانه، لأنّ مرجعه إلى هبه مجانيه فاسده، إذ الدّاعي لا يعدّ عوضاً، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وكونها من الشّحت إنّما يدلّ على حرمة الآخذ، لا على الضّمان. وعموم على اليد مختصّ بغير اليد المتفرعه على التّسليط المجاني، ولذا لا يضمن بالهبة الفاسده في غير هذا المقام. وفي كلام بعض المعاصرين: أنّ احتمال عدم الضّمان في الرّشوه مطلقاً غير بعيد معللاً بتسليط الشّرح:

أو باشرطه عليه، فيدخل في عنوان الرّشوه في الحكم ويكون سحتاً، بل إذا باعه من القاضى بثن المثل، ولكن كان البيع بداعي الحكم له بحيث لولا حكمه له أمسك على متاعه ولم يبعه لا منه ولا من غيره، كما يتفق ذلك في بعض أزمته عزّه وجود المبيع، كان المبيع محرماً وسحتاً.

[١] كما في المال المجعول عوضاً للحكم له بنحو الجعالة، والثّاني كما إذا كان عوضاً له في الإجاره.

ثم إنَّ ضمان اليد فيما إذا كان المال جعلاً أو أجراً على الحكم واضح، وكذا ما إذا كان الحكم له شرطاً في إعطائه بأن يكون الإعطاء المزبور من الهبه المشروطه، حيث إنّ المال في صورته الاشتراط، وإن لم يكن عوضاً عن الحكم، إلّا أنّ المدرك لضمان تلف المال في اليد وهى السيره الجاربه من العقلاء تعمّ موردها، كما يعمّه حديث «على اليد ما أخذت»، ولكنه لضعفه سنداً لا يصلح إلّا للتأييد.

وأما إذا كان الحكم له داعياً إلى تمليك المال بلا أخذه عوضاً أو شرطاً، يكون

المالك عليها مجاناً، قال: ولأنها تشبه المعاوضه، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ولا يخفى ما بين تعليليه من التناقض، لأن شبهها بالمعاوضه يستلزم الضمان، لأن المعاوضه الصحيحه توجب ضمان كل منهما ما وصل إليه بعوضه الذي دفعه، فيكون مع الفساد مضموناً بعوضه الواقعي، وهو المثل أو القيمه. وليس في المعاوضات ما لا يضمن بالعوض بصحيحه حتى لا يضمن بفساده.

نعم، قد يتحقق عدم الضمان في بعض المعاوضات بالنسبه إلى غير العوض، كما أن العين المستأجره غير مضمونه في يد المستأجر بالإجاره، فربما يدعى: أنها غير مضمونه إذا قبض بالإجاره الفاسده.

لكن هذا كلام آخر والكلام في ضمان العوض بالمعاوضه الفاسده.

والتحقيق: أن كونها معاوضه أو شبيهه بها وجه لضمان العوض فيها، لا لعدم الضمان.

فروع

في اختلاف الدافع والقابض [١]: لو ادعى الدافع أنها هديّه ملحقه بالرشوه الشرح:

التمليك المزبور من الهبه الفاسده مجاناً، فلا ضمان فيها كما لا ضمان في صحيحها.

ثم إن رضى صاحب المال بتصرف القاضى فى الرشوه أو فى الجعل والأجره لا يوجب جواز التصرف له؛ لأن رضى صاحبه بعنوان الرشوه، وهذا العنوان لا يوجب جواز أكل المال ولا جواز التصرف، ولم يرض المالك بالتصرف فيه بعنوان آخر كما هو الفرض.

[١] تعرض رحمه الله لصور ثلاث من الصور المفروضه فى المقام:

الأولى: أن يكون اتفاقهما على تمليك المال بعنوان الهبه، واختلافهما فى دعوى الدافع بأنها كانت بداعى الحكم له فباعتبار كونها رشوه فاسده، ودعوى

فى الفساد والحرمة، وادعى القابض أنها هبة صحيحة لداعى القربه أو غيرها، احتمال تقديم الأول، لأن الدافع أعرِف ببيتته، ولأصله الضمان فى اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف. والأقوى تقديم الثانى، لأنه يدعى الصحه.

ولو ادعى الدافع أنها رشوه أو أجره على المحرّم، وادعى القابض كونها هبة صحيحة، احتمال أنه كذلك، لأن الأمر يدور بين الهبة الصحيحه والإجاره الفاسده.

ويحتمل العدم، إذ لا عقد مشترك هنا اختلفا فى صحته وفساده، فالدافع منكر لأصل العقد الذى يدعى القابض، لا لصحته، فيحلف على عدم وقوعه، وليس هذا من مورد التيداعى، كما لا يخفى. ولو ادعى الدافع أنها رشوه، والقابض أنها هديه فاسده لدفع الغرم عن نفسه بناءً على ما سبق من أن الهديه المحرّمه لا توجب الضمان ففى تقديم الأول لأصله الضمان فى اليد، أو الآخر لأصله عدم سبب الضمان ومنع أصله الضمان، وجهان:

الشرح:

الآخذ أنها كانت بداع آخر يكون الدفع معه لازماً، كقصد التقرب فيه، وفى مثل هذا يقدم قول مدعى الصحه. ولا مجال لاحتمال الضمان، فإنه لا ضمان فى الهبة صحيحه كانت أم فاسده.

نعم بناءً على ما قيل من الضمان فى الرشوه مطلقاً فمقتضى قاعده اليد ولو كان ثبوته، إلا أن أصله الصحه فى الهبة تنفى موضوع الضمان باعتبار إثباتها التسليط الذى لا يكون فيه ضمان.

الثانيه: ما إذا لم يتفقا على نوع التملك، كما إذا كانت دعوى الدافع أنها بعنوان الأجره على الحكم، والآخذ كانت دعواه الهبة الصحيحه، وفى مثل ذلك لا مجال لأصله الصحه؛ لأنها مختصه بما إذا كان الاتفاق على نوع خاص من المعامله. والخلاف فى صحته وفسادها، بل الأصل فى الفرض عدم تحقّق الناقل، أى الهبه

أقوامها الأول، لأنَّ عموم خبر على اليد يقضى بالضمان، إلا مع تسليط المالك مجاناً، والأصل عدم تحققه، وهذا حاكم على أصاله عدم سب الضمان، فافهم.

المسألة التاسعة: سب المؤمنين حرام [١] في الجملة بالأدلة الأربعة، لأنه ظلم وإيذاء وإذلال.

الشرح:

الصحيحه، فيجوز للدافع أخذ المال مع بقاءه وبدله مع تلفه؛ لأصاله الضمان، فإنَّ الموضوع له تلف مال الغير في يده مع عدم تسليطه مجاناً، وبضم الوجدان إلى أصاله عدم التسليط كما ذكر يتم موضوع الضمان، وأصاله عدم دفعه بعنوان الأجره لا تكون مثبتة للهبة المجانيه، ولا أثر آخر في البين لها كما لا يخفى.

الثالثه: ما إذا كان اتفاقهما على فساد التملك، ودعوى الدافع أنه كان بنحو يوجب الضمان، والقابض نحواً آخر لا يوجهه، كما إذا كانت دعوى الدافع كونها أجره على الحكم أو رشوه، بناءً على الضمان في تلف الرشوه، ودعوى القابض أنها هديّه فاسده. وتكون ثمره خلافهما بعد تلف المال، فإنه قبله يكون للدافع أخذها؛ لاتفاقهما على فساد التملك، ومقتضى ما ذكرنا في الصورة الثانيه هو الضمان في الفرض، كما هو مقتضى ضم الأصل إلى الوجدان.

[١] لا يخفى أنّ الإذلال يكون بالتعدى على عرض الغير وكرامته فيكون ظلماً، وأما الإيذاء فهو أمر آخر، وربّما يكون في مورد السب، كما إذا اطلع عليه المسبوب وكان الساب قاصداً إدخال الأذى عليه ولو بعلمه ببلوغ السب إليه، فيتأثر به، وهذا محرم آخر يكون الساب معه مستحقاً لعقابين؛ لحرمة كل من الظلم والإيذاء، وأما إذا لم يلتفت إلى اطلاع المسبوب على سبه يكون عقابه على سبه الذي هو مرتبه من الظلم والعدوان.

ففى روايه أبى بصير[١] عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله «سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصيه وحرمة ماله كحرمة دمه».

الشرح:

ويستدل على حرمة من الكتاب بقوله عز من قائل: «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(١)، بدعوى أن قول الزور هو الكلام القبيح، ومن أظهر أفراده سب المؤمن.

وفيه: أن الزور ظاهره الباطل، فيكون قول الزور هو الكلام الباطل، وأتصافه بالباطل يكون باعتبار معناه لا محاله، فينطبق على الكذب وما هو متضمن له. وأمّا الإنشاءات التي لا تتضمن الأخبار الكاذبه فلا يكون فيها بطلان، كما إذا قال بمسمع من الناس لإنسان غير حاذق: (يا حمار)، فإن الكلام المزبور باعتبار كونه هدرًا لكرامه ذلك الإنسان وتنقيصًا له سب، ولكن لا يكون من الباطل، نظير ما إذا قال للشجاع أنه أسد، فإنه مع فرض كونه شجاعاً لا يكون من الباطل، وقوله سبحانه: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ»(٢).

وفيه: أن الظاهر ولا- أقل من الاحتمال أن يكون قوله سبحانه: «مِنَ الْقَوْلِ» بياناً للجهر بالسوء لا للسوء، والمراد أنه عند ارتكاب إنسان سوءاً يكون إظهاره جهراً بالسوء، سواء كان المظهر بالكسر هو المرتكب أم غيره، وإن الله لا يحب هذا الإظهار والجهر إلا من المظلوم، فإنه يجوز له التظلم وإظهار ما فعله الغير في حقه من السوء، وهذا لا- يرتبط بالسب أصلاً. وعلى ذلك فارتكاب الشخص للحرام معصيه، وإظهار ارتكابه الناس معصيه أخرى.

[١] سندها معتبر، فإن الكليني رواها عن العده عن أحمد بن محمد بن الحسين بن سعيد عن فضاله بن أيوب عن عبد الله بن بكير عن أبى بصير عن

ص: ٢٩٦

١- (١) سورة الحج: الآية ٣٠.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ١٤٨.

وفى روايه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله «سبب المؤمن كالمشرف على الهلكه».

وفى روايه أبى بصير [١] عن أبى جعفر عليه السلام قال جاء رجل من تميم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله «فقال له: أوصنى فكان فيما أوصاه: لا تسبوا فتكتسبوا [فتكسبوا] العداوه».

وفى روايه ابن الحجاج [٢] عن أبى الحسن عليه السلام فى رجلين يتسابقان، قال: «البادى منهما أظلم، ووزره على صاحبه ما لم يعتذر إلى المظلوم»، وفى مرجع الضمائر اغتشاش، ويمكن الخطأ من الزاوى. والمراد والله أعلم أن مثل وزر صاحبه عليه لإيقاعه إياه فى السب، من غير أن يخفف عن صاحبه شىء، فإذا اعتذر إلى المظلوم عن سبه وإيقاعه إياه فى السب برأ من الوزرين.

الشرح:

أبى جعفر عليه السلام، وسند روايه السكونى: على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى (١)، وفى بعض النسخ كالمشرف على الهلكه، وعليه يكون السبب مصدراً، كما فى روايه أبى بصير. وأما على نسخه كالمشرف فالسبب صيغه مبالغه.

[١] رواها أيضاً فى الباب المزبور، وسندها معتبر ولكن لا دلالة فيها على خصوص سب المؤمن، بل ظاهرها النهى عن السب مطلقاً، باعتبار أن السب كسب لعداوه الناس، والمناسب للعاقبه كون النهى إرشادياً.

[٢] سندها معتبر والزوايه على ما فى «الوسائل»، والنسخه الموجوده عندى من «الكافى» فى رجلين يتسابقان قال: «البادى منهما أظلم، ووزره ووزر صاحبه عليه ما لم يعتذر إلى المظلوم» (٢). وذكر رحمه الله أن معنى كونه أظلم أن مثل وزر صاحبه عليه.

وفيه: أنه ربما لا يكون على صاحبه وزر وعقاب أصلاً، كما إذا كان سبه ثانياً

ص: ٢٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٩٨، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٩٧، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

ثم إنَّ المرجع في السبِّ إلى العرف. وفَسِّره في جامع المقاصد بإسناد ما يقتضى نقصه إليه، مثل الوضع والناقص. وفي كلام بعض آخر: أنَّ السبَّ والشتم بمعنى واحد. وفي كلام ثالث: أنَّ السبَّ أنَّ تصف الشخص بما هو إزراءً ونقص [١]، فيدخل في النَّقص كلُّ ما يوجب الأذى، كالقذف والحقير والوضيع والكلب والكافر والمرتد والتعبير بشيء من بلاء الله تعالى كالأجذم والأبرص. ثمَّ الظاهر أنه لا يعتبر في صدق السبِّ مواجهه المسبوب، نعم يعتبر فيه قصد الإهانه والنقص، فالنسبه بينه وبين الغيبه عموم من وجه [٢].

الشرح:

دفاعاً عن عرضه وكرامته وجزاءً على البادى بمثل ما اعتدى عليه، فإنَّ السبَّ كذلك جائز، كما هو مقتضى آيه الاعتداء (١)، والتعبير في الروايه عن البادى بالأظلم لا- يدلُّ على أنَّ الآخر أيضاً ظالم، فإنَّه يمكن كونه أظلم بالإضافة إلى السابِّ الهدى لا يوجب سببه إيقاع الغير في الجواب. أو كان التعبير به لمجرد كون سببه موجبا للعقاب عليه مطلقاً، بخلاف سبِّ الآخر، فإنَّه قد لا يوجب عقاباً، ويشير إلى ذلك التعبير عنه بالمظلوم.

نعم، تقييد الوزر في الروايه بما إذا لم يعتذر إلى الآخر لا يمكن الأخذ بظاهره، فإنَّ الاعتذار إلى المظلوم عن سببه وإيقاعه إياه في السبِّ لا يوجب ارتفاع الوزر، بل ارتفاعه موقوف على التوبه، إلاَّ أن يكون الداعى إلى اعتذاره توبته.

[١] الإزراء هو ذكر العيب، ولم يظهر الفرق بين هذا وما ذكره في «جامع المقاصد» ليجعل هذا في مقابل ذاك.

[٢] أى إنَّ النسبه بين قصد الإهانه والغيبه عموم من وجه.

أقول: سيأتى إن شاء الله تعالى أنَّ الغيبه على ما هو مقتضى الروايات ذكر

ص: ٢٩٨

والظاهر تعدد العقاب في مادّة الاجتماع، لأنّ مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه ولو لا لقصد الإهانة غيبه محرّمه، والإهانة محرّم آخر.

ثمّ إنّه يستثنى من المؤمن المظاهر بالفسق، لما سيجيء في الغيبة: من أنّه لا حرمة له.

وهل يعتبر في جواز سبّه كونه من باب النهي عن المنكر فيشترط بشروطه، أم لا؟ ظاهر النصوص والفتاوى كما في الزوضه الثاني، والأحوط الأوّل. ويستثنى الشرح:

الشخص و إظهار سوئه وعيبه الذي ستر الله عليه، فلا- تعمّ ما إذا ذكره بعيوبه الظاهره، كما إذا ذكر زبداً وأراد رفع الإبهام عنه فوصفه بالأعمى، فإنّ مثل هذا الذكر إذا لم يكن بقصد التنقيص والتحقير لا بأس به.

نعم، إذا كان بقصدهما كان محرّماً من جهة حرمة الإهانة والسبّ، وإذا أظهر عيبه المستور بلا قصد الإهانة كان غيبه، ويجتمعان فيما إذا كان إظهاره للإهانة.

ثمّ إنّ حرمة السبّ، أي سبّ المؤمن للحفاظ على كرامته، فلا يكون حراماً فيما إذا لم يكن للمسبوب كرامه واحترام، كالمتجاهر بالفسق على ما سيأتي في الغيبة، فإنّ مقتضى جواز اغتيابه جواز سبّه، وأما وجوبه من جهة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فمشروط بشروطه المذكوره في ذلك الباب. ويلحق بالمتجاهر بالفسق المبدع، بل الجواز فيه أولى، ويكفي أيضاً في ذلك مثل صحيحه داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى، فأظهروا البراءه منهم وأكثروا من سبّهم والقول فيهم والوقيعه، وباهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام، ويحذرهم الناس ولا يتعلّمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات ويرفع لكم به الدرجات في الآخرة»(1).

ص: ٢٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٦٧، الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهي، الحديث الأوّل.

منه المبتدع أيضاً، لقوله صلى الله عليه وآله: «إذا رأيتم أهل البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم، وأكثروا من سبهم والوقيعة فيهم». ويمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر [١] المسبوب عرفاً، بأن لا يوجب قول هذا القائل في حقّه مذله ولا نقصاً، كقول الوالد لولده أو السيد لعبده عند مشاهدته ما يكرهه: يا حمار، وعند غيظه: يا خبيث، ونحو ذلك، سواء لم يتأثر المقول فيه بذلك بأن لم يكرهه أصلاً أم تأثر به، بناءً على أن العبرة بحصول الذلّ والنقص فيه عرفاً.

الشرح:

[١] يجوز للسيد ضرب عبده للتأديب، وفحواه جواز سبه تأديباً، وأما في غير ذلك المقام فمقتضى موثقه أبي بصير المتقدمه عدم الجواز، وكذا الحال بالإضافه إلى الوالد وولده، فإنه يجوز له سبه تأديباً، كما يجوز له ضربه لذلك، وأما في غير مقام التأديب فلا، إلا إذا لم يعدّ الكلام المزبور من المولى أو الأب سباً وإهانته، كما إذا تكلم به حباً لولده، فيكون نظير ما إذا قال للزوجه ما يستقبح ذكره للغير في عدم كونه هدرًا للكرامه.

والتمسك في جواز سب الوالد ولده مطلقاً، حتى فيما إذا لم يكن للتأديب بقوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» (١) لا يخفى ما فيه، فإن الولد لا يحكم شرعاً بأنه مملوك والده، نظير ملك العبد أو الحيوان للمولى والمالك ليجرى على الولد ما يجرى على مال الوالد؛ ولذا لولم يكن للوالد حاجه لما جاز له الأخذ من مال ولده بلا رضاه. وكذا لا يجوز ترتيب سائر أحكام الملك، والحكم الوارد في الروايه أخلاقى ذكره صلى الله عليه وآله؛ لئلا يتصدى الابن لمخاصمه أبيه في المحاكم الشرعيه لأجل ماله، بل على تقدير كونه مالاً لوالده كالعبد بالإضافه إلى مولاه، فلا يثبت جواز ضربه مطلقاً كما لم يثبت ذلك في العبد. وأما المعلم والمتعلم، فلا يجوز للأول سب الثاني في مورد الهتك والتنقيص، كما لا يجوز ذلك في مورد الإيذاء وتأثر المتعلم.

ص: ٣٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٦٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

ويشكل الثّاني بعموم أدلّه حرمة الإيذاء. نعم، لو قال السيّد ذلك في مقام التّأديب جاز، لفحوى جواز الضّرب. وأمّا الوالد: فيمكن استفادته الجواز في حقّه ممّا ورد من مثل قولهم عليهم السلام: «أنت ومالك لأبيك»، فتأمل. مضافاً إلى استمرار السيره بذلك، إلّا أن يقال: إنّ استمرار السيره إنّما هو مع عدم تأثر السّامع وتأديبه بذلك. ومن هنا يوهن التمسك بالسيره في جواز سبّ المعلّم للمتعلّم، فإنّ السيره إنّما نشأت في الأزمنة السّابقة من عدم تألم المتعلّم بشتّم المعلّم لعدّ نفسه أدون من عبده، بل ربّما كان يفتخر بالسبّ، لدلالته على كمال لطفه. وأمّا زماننا هذا الذي يتألم المتعلّم فيه من المعلّم ممّا لم يتألم به من شركائه في البحث من القول والفعل، فحلّ إيذائه يحتاج إلى الدليل، والله الهادي إلى سواء السبيل.

المسألة العاشرة: السحر حرام في الجملة بلا خلاف، بل هو ضروري كما سيجيء والأخبار به مستفيضه:

منها ما تقدّم من أنّ السّاحر كالكافر.

ومنها قوله عليه السلام: «من تعلّم شيئاً من السّحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر، وكان آخر عهده برّبّه [١] وحده أن يقتل، إلّا أن يتوب».

الشرح:

وبعبارة أخرى: كما لا يجوز للمعلّم سبّه مع التفاته إلى أنّ سبّه نقص للمتعلّم في أنظار الناس، كذلك لا يجوز له مع التفاته إلى أنّ سبه موجب لتأثره، وتوهم جوازه بالسيره الموهومه ضعيف.

نعم، يجوز للمعلّم سبّ الولد الصغير إذا كان ذلك تأديباً، مع فرض كونه مأذوناً في تأديبه عن وليّه.

[١] أي أنّ الله يبرأ منه بعد تعلّمه السحر، والرواية (١) سندها معتبر ومثلها الأخرى.

ص: ٣٠١

وفى روايه السِّكونى عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل، قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله لم لا يقتل ساحر الكفار، قال: لأنَّ الشُّركَ أعظم من السِّحر ولأنَّ السِّحر والشُّركَ مقرَّونان».

فى نبوى آخر «ثلاثه لا يدخلون الجنه مُدمنُ حَمِرٍ، ومُدمنُ سحرٍ، وقاطع رحمٍ». الى غير ذلك من الأخبار.

ثمَّ إنَّ الكلام هنا يقع فى مقامين:

الأول: فى المراد بالسِّحر. وهو لغه على ما عن بعض أهل اللغه هو: ما لطف مأخذه ودق [١]. وعن بعضهم: أنه صرف الشىء عن وجهه. وعن ثالث: أنه الشرح:

[١] المراد باللطيف والدقيق هو الخفى، أى أنَّ السحر هو ما يكون سببه ومأخذه خفياً، وهذا كتعريف الزرافه مثلاً بأنَّه حيوان شرح اسمى، وبيان للمعنى بالوجه العام، وإلَّا لصحَّ إطلاق السحر على كل ما يكون سببه خفياً كالرؤيا الصادقه التى لا نعرف منشأها.

ثمَّ إنَّ هذا التعريف لا ينافى أن يكون للسحر حقيقه، كما عن بعض، بخلاف التفاسير المذكوره عن أهل اللغه بعد هذا التعريف، فإنَّ مقتضاها عدم ثبوت الحقيقه له، كما عن بعض آخر، منهم المحقق الإيروانى (١)، ويستدلُّ عليه بقوله سبحانه فى قضيه سحره فرعون: «فَإِذَا جِبَالُهُمْ وَعِصَىٰ يُهْمُ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسَيِّعُ» (٢)، وقوله: «فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَاسْتَرَهُبُوهُمْ» (٣). وبما أنَّ السحر أمر خيالى لا حقيقه له، فعبر سبحانه عن السحر بالكيد فى قوله: «فَتَوَلَّىٰ فِرْعَوْنُ فَجَمَعَ كَيْدَهُ» (٤)، نعم

ص: ٣٠٢

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للمحقق الإيروانى ١: ١٧٠.

٢- (٢) سوره طه: الآيه ٦٦.

٣- (٣) سوره الأعراف: الآيه ١١٦.

٤- (٤) سوره طه: الآيه ٦٠.

الخدع. وعن رابع: أنه إخراج الباطل في صورة الحق. وقد اختلفت عبارات الأصحاب في بيانه:

الشرح:

لا يلتفت الغير غالباً إلى فعل الساحر وأنه أمر خيالي، فيرتب عليه أثر الواقع، فيركض بعد خياله أن في أطرافه ناراً تحرقه بالمكث ويفترق عن زوجته بعد تخيله أنها عدوته الأولى والأخيره . . . وهكذا.

ولكن لا يخفى أنه لا دلالة في الآيه على أن السحر على الإطلاق أمر خيالي، بل الحل والعقد يكونان بالسحر ويبعد كونهما بالخيال، هذا مع ما ورد في سحر بعض الناس على النبي صلى الله عليه وآله والالتزام بالتخييل بالإضافة إلى الرسول الأكرم كما ترى.

لا يقال: ما الفرق بين السحر وبين المعجزه، بناءً على القول بأن للسحر حقيقه ولو في الجملة.

فإنه يقال: يكون في المورد الذي للسحر حقيقه تحقق الشيء بالسبب، ولكن السبب خفي لا يدركه عامه الناس، وهذا بخلاف المعجزه، فإنه يكون فيها تحقق الشيء بلا سبب عادي كالإراداه، كما يفصح عن ذلك الكتاب المجيد: «إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ اذْكُرْ نِعْمَتِي عَلَيْكَ وَعَلَىٰ وَالِدَتِكَ إِذْ أُيِّدْتُكَ بِرُوحِ الْقُدُسِ تَكَلَّمَ النَّاسُ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا وَإِذْ عَلَّمْتُكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَالتَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَإِذْ تَخَلَّقُ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ بِإِذْنِي فَتَنْفُخُ فِيهَا فَتَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِي وَتُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَالْأَبْرَصَ بِإِذْنِي وَإِذْ تُخْرِجُ الْمَوْتَىٰ بِإِذْنِي» (١). والمراد بالإذن هو التكوين، أي إعطاء السلطنه نظير قوله سبحانه: «مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ» (٢)، حيث لا معنى للإباحه والترخيص الشرعي في مثل المقام.

ص: ٣٠٣

١- (١) سورة المائدة: الآيه ١١٠.

٢- (٢) سورة الحشر: الآيه ٥.

فقال العلامة رحمه الله في القواعد والتحرير: إنه كلام يتكلم به أو يكتبه، أو رُقيهُ [١] أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور [٢] أو قلبه أو عقله من غير مباشره.

وزاد في المنتهى: أو عقد. وزاد في المسالك: أو أقسام أو عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير. وزاد في الدروس الدُّخنه والتصوير والنَّفث وتصفيه النَّفس، ويمكن أن يدخل جميع ذلك في قوله في القواعد: أو يعمل شيئاً. نعم ظاهر المسالك ومحكي الدروس: أنَّ المعبر في السحر الإضرار [٣]. فإن أُريد من الشرح:

وعلى الجملة، فالأفعال المنسوبة إلى عيسى على نبينا وآله وعليه الصلاه والسلام، نظير الأفعال المنسوبة إلينا صادرة منه كصدورها منّا، غايه الأمر السلطنه عليها بإرادته الله ومشيته على ما ذكرنا تفصيل ذلك في بحث الطلب والإرادته.

[١] المراد بها العوده، كالتى تعلق على الرقبه أو تشدّ على اليد أو غيرها للوقايه من الإغماء والصداع أو غيرهما من العاهات.

[٢] قيد لجميع ما تقدّم من قوله: كلام يتكلم به . . .

[٣] وهل يعتبر في تحقّق عنوان السحر أو حرمة الإضرار بالنفس أو بالغير، أو لا يعتبر وأنه حرام مطلقاً؟

ظاهر الآيه الوارده في قضيه هاروت وماروت أنه كان الحرام هو المضرّ فقط، مع كون النافع أيضاً سحراً، ولكن لادلاله فيها على بقاء النافع على الجواز في غير ذلك الزمان، والروايات الوارده في حرمة السحر بعضها مطلقه تعمّ المضرّ وغيره، كموثقه اسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه: أن علياً عليه السلام كان يقول: «من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده برّبّه، وحدّه القتل إلا أن يتوب» (١)، وليس في البين ما يوجب رفع اليد عن إطلاقها. ومرسله إبراهيم بن هاشم وإن كانت ظاهره في جواز النافع، لكن إرسالها

ص: ٣٠٤

الشرح:

مانع عن الاعتماد عليهما، فإنه روى على بن إبراهيم عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين قال: دخل عيسى بن شقفي على أبي عبد الله عليه السلام، وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على ذلك الأجر، فقال له: جعلت فداك، أنا رجل كانت صناعتى السحر وكنت آخذ عليه الأجر وكان معاشى، وقد حججت منه ومن الله عليّ بقلائك، وقد تبت إلى الله عزّ وجل، فهل لى فى شىء من ذلك مخرج؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام: «حلّ ولا تعقد»^(١).

والصحيح أن يقال: العمل الذى أحرز أنه سحر يحكم بحرمه تعليمه وتعلمه وعمله، سواء كان ضاراً أم لا، أخذاً بإطلاق مثل موثقه إسحاق بن عمار، وأما ما لم يحرز كونه سحراً كالتسخيرات والعزائم فإن كان مضرّاً بحيث يكون ذلك الإضرار محرماً، سواء كان بالنفس أم بالغير، فلا يجوز مع خوفه، وإلا فلا يمكن الحكم بحرمته؛ لعدم إحراز عموم السحر له. ومجرّد ذكر العزائم أو التسخيرات فى بعض الكلمات من أقسام السحر لا يثبت، خصوصاً بملاحظه أنه عدّ أيضاً منها النميمه، ودعوى الشخص بأنّه يعلم علم الكيمياء لجلب قلوب الناس إليه.

وروايه «الاحتجاج»^(٢) الحاكاه لقضه زنديق لاتزيد على الروايه المرسله، وذلك للجهل بطريق الطبرسى كما لا يخفى، وما فى كلام بعض الأصحاب من جواز دفع السحر بالسحر حتى نسب إلى الصدوق رحمه الله، من أنّ توبه الساحر أن يحلّ ولا يعقد لا يخلو عن تأمل.

نعم، مرسله إبراهيم بن هاشم ظاهره بإطلاقها فى جواز إبطال السحر والحلّ

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٤٥، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث الأول.

٢- (٢) الاحتجاج ٢ : ٢٢٠. طبعه دار الأسوه.

التأثير في عبارته القواعد وغيرها خصوص الإضرار بالمسحور فهو، وإلا كان أعمّ، ثم إنَّ الشَّهيدَينِ رحمهما اللهُ عدَا من السَّحر [١] استخدام الملائكة واستنزال الشَّرح:

ولو بالسحر، ولكنَّها كما ذكرنا لا يمكن الاعتماد عليها، ولكن لا بأس بتعلُّم السحر والعمل به لإبطال مثل الدعوى من المدعى للنبوه ونحوه ممَّن يكون غرضه إفساد عقائد الناس بالسحر أو غيره، بل لا يبعد وجوب ذلك كفايًّا.

ثمَّ إنَّ ظاهر بعض الروايات كروايه السكوني جواز قتل الساحر حتَّى فيما إذا لم يكن مستحلًّا له، قال جعفر بن محمد عليهما السلام فيها: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل» (١)، ومثلها إطلاق غيرها كموثِّقه إسحاق بن عمَّار المتقدِّمه، وحملها على صورته الاستحلال، كما هو ظاهر جمع لا يمكن مساعدته عليه.

نعم، توبته توجب سقوط حد القتل، كما ذكر في الموثِّقه، وبها يرفع اليد عن إطلاق غيرها، ولا بعد في جواز قتله، بل وجوبه تحفظًا على مصالح المسلمين؛ ليكونوا على أمن من كيده.

ودعوى أنَّ السحره في عصر الأئمه عليهم السلام كانوا غالبًا من الكفار ويعتقدون تأثير الكواكب والأجرام العلويّه لا يخفى ما فيها، مع أنَّ روايه السكوني دالّه على قتل خصوص الساحر من المسلمين، فكيف تحمل على صورته كونه كافرًا؟

[١] أى إنَّ الشَّهيدَينِ جعلاً- تسخير الملائكة والشَّياطين والأجنّه وإحضارهم من أقسام السحر، ويكون استخدام الملائكة والشَّياطين وتسخيرهم في مثل كشف الغائبات وعلاج المصاب، كما يكون إحضارهم لغايه الكشف عن الغائبات بتلييسهم ببدن صبيّ أو امراه.

ص: ٣٠٦

١- (١) الكافي ٧: ٢٦٠، باب حدّ الساحر، الحديث الأول.

الشياطين في كشف الغائبات وعلاج المصاب واستحضارهم وتلييسهم ببدن صبيّ أو امرأه وكشف الغائبات على لسانه، والظاهر أنّ المسحور فيما ذكره [١] هي الملائكة والجنّ والشياطين والإضرار بهم يحصل بتسخيرهم وتعجيزهم من المخالفه له، وإلجائهم الى الخدمه.

وقال في الإيضاح: إنّه استحداث الخوارق [٢] إمّا بمجرد التأثيرات النفسانيه، وهو السحر، أو بالاستعانه بالفلكيات فقط، وهو دعوه الكواكب، أو بتمزيج القوى السماويه بالقوى الأرضيه، وهي الطلسمات، أو على سبيل الاستعانه بالأرواح الساذجه، وهي العزائم، ويدخل فيه التّبرّجات، والكلّ حرام في شريعته الإسلام، ومستحلّه كافر، انتهى.

الشرح:

وبعبارة أخرى: تسليطهم على بدنهما بحيث يكون تكلم الصبي أو المرأه بتلقين الملائكة والشياطين.

[١] كأن مراده بيان أنّ التسخير أو الإحضار يكون من السحر حتّى بناءً على أخذ الإضرار في تحقّق عنوان السحر، وذلك فإنّ المعبر في السحر الإضرار بالمسحور، والمسحور في التسخيرات والإحضارات هي الملائكة والجنّ والشياطين، والإضرار بهم يحصل بتسخيرهم وتعجيزهم عن المخالفه وإلجائهم إلى الخدمه والطاعه.

[٢] أي أنّ السحر هو إيجاد ما يعدّ خرقاً للعادة، ويكون إيجاداً بمجرد تأثير نفس الساحر أو باستعانه الساحر بالفلكيات بدعوتهم ويسمى بدعوه الكواكب، أو بتمزيج الساحر القوى السماويه بالقوى الأرضيه، كأن يلاحظ أنّ الكوكب الفلاني في أيّ برج، ويعمل في ذلك الزمان في الصفر أو غيره من الفلزات عملاً يوجب حدوث ذلك الخارق للعادة ويسمى بالطلسمات، أو يستعين الساحر بالأرواح الساذجه في

وتبعه على هذا التفسير في محكى التنقيح وفسر النيرانجات في الدروس بإظهار غرائب خواص الامتراجات وأسرار النيران.

وفي الإيضاح: أما ما كان على سبيل الاستعانه [١] بخواص الأجسام السفليه فهو علم الخواص، أو الاستعانه بالنسب الرياضيه فهو علم الحيل وجز الأثقال، وهذان ليسا من السحر، انتهى.

وما جعله خارجاً قد أدخله غيره، وفي بعض الروايات دلالة عليه، وسيجيء المحكى والمروى. ولا يخفى أن هذا التعريف أعم من الأول، لعدم اعتبار مسحور فيه فضلاً عن الإضرار ببدنه أو عقله.

وعن الفاضل المقداد في التنقيح: أنه عمل يستفاد منه ملكه نفسائيه يقتدر بها على أفعال غريبه بأسباب خفيه وهذا يشمل علمي الخواص والحيل.

وقال في البحار بعد ما نقل عن أهل اللغه أنه ما لطف وخفي سببه: إنه في عرف الشرع مختص بكل أمر يخفى سببه ويُخيل على غير حقيقته، ويجرى مجرى التمويه والخداع، انتهى.

الشرح:

إيجاد ذلك الأمر، واستعانه تكون باستخدامهم ويدخل فيه النيرانجات.

أقول: لعل المراد بالنيرانجات تسخير الشياطين والأجنه ولكن فسرها في «الدروس» بدعوه الكواكب والطلسمات، ويبقى على الإيضاح بيان الفرق بين المعجزه والقسم الأول من السحر.

[١] المراد أن ما يحدث بالاستعانه بخواص الأجسام السفليه فقط، كما في الآثار الحادته من تناول الأدوية من المبلده وغيرها، فإنه لا يسمي سحراً، كما لا يسمي به ما يحدث بالاستعانه بالنسب الرياضيه، كما إذا جعل قطعه حديد بحيث يرفع بها ثقيلًا، ويسمى بعلم الحيل وجز الأثقال.

ص: ٣٠٨

وهذا أعم من الكل، لأنه ذكر بعد ذلك ما حصله: أن السحر على أقسام:

الأول: سحر الكلدانيين الذين كانوا في قديم الدهر، وهم قوم كانوا يعبدون الكواكب، ويزعمون أنها المدبّره لهذا العالم، ومنها تصدر الخيرات والشّور والشّعادات والنّحوسات. ثم ذكر أنّهم على ثلاثه مذاهب:

فمنهم: من يزعم أنّها الواجبه لذاتها الخالقه للعالم.

ومنهم: من يزعم أنّها قديمه، لقدم العله المؤثره فيها.

ومنهم: من يزعم أنّها حادثه مخلوقه فعاله مختاره فوّض خالقها أمر العالم إليها.

والسّاحر عند هذه الفرق من يعرف القوى العاليه الفعّاله بسائطها ومرّباتها، ويعرف ما يليق بالعالم السّيفلى ويعرف معدّاتها ليعدها وعوائقها ليرفعها بحسب الطاقه البشريه، فيكون متمكّنًا من استجذاب ما يخرق العاده.

الثانى: سحر أصحاب الأوهام والنّفوس القويّه.

الثالث: الاستعانه بالأرواح الأرضيه، وقد أنكرها بعض الفلاسفه، وقال بها الأكابر منهم. وهى فى أنفسها مختلفه، فمنهم خيره، وهم مؤمنو الجنّ، وشريره، وهم كفّار الجنّ وشياطينهم.

الرّابع: التخيلات والأخذ بالعيون، مثل راكب السفينه يتخيّل نفسه ساكنًا والشّطّ متحرّكًا.

الخامس: الأعمال العجيبه التى تظهر من تركيب الآلات المركبه على نسب الهندسه، كرقاص يرقص، وفارسان يقتتلان.

السادس: الاستعانه بخواص الأدوية، مثل أن يجعل فى الطّعام بعض الأدوية المبلّده أو المزيله للعقل، أو الدّخن المسكر، أو عصاره البنّج المجمعول فى الملبّس وهذا ممّا لا سبيل إلى إنكاره، وأثر المغناطيس شاهد.

السابع: تعليق القلب، وهو أن يدعى السّاحر أنّه يعرف علم الكيمياء وعلم السّيمياء والاسم الأعظم حتّى يميل إليه العوام، وليس له أصل.

الثامن: التّميمه، انتهى الملخّص منه. وما ذكره من وجوه السّحر بعضها قد تقدّم عن الإيضاح وبعضها قد ذكر في ما ذكره في الاحتجاج من حديث الزّنديق الذي سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيره:

منها: ما ذكره بقوله: أخبرني عن السّحر ما أصله؟ وكيف يقدر السّاحر على ما يوصف من عجائبه وما يفعل؟ قال أبو عبد الله عليه السلام: «إنّ السّحر على وجوه شتى.

منها: بمنزله الطبّ، كما أنّ الأطيِّاء وضعوا لكلّ داء دواء، فكذلك علماء السّحر، احتالوا لكلّ صرحه آفه، ولكلّ عافيه عاهه، ولكلّ معنى حيله. ونوع آخر منه خطفه وسّيرعه ومخاريق وخفّه. ونوع منه ما يأخذه أولياء الشّياطين منهم. قال: فمن أين علم الشّياطين السّحر؟ قال: من حيث علم الأطباء الطبّ، بعضه بتجربه وبعضه بعلاج. قال: فما تقول في الملكين هاروت وماروت، وما يقول الناس: إنهما يعلمان الناس السّحر؟ قال: إنّما هما موضع ابتلاء وموقف فتنه، تسيبهما: اليوم لو فعل الإنسان كذا وكذا لكان كذا، ولو تعالج بكذا وكذا لصار كذا، فيتعلّمون منهما ما يخرج عنهما، فيقولان لهم: إنّما نحن فتنه، فلا تأخذوا عنّا ما يضرّكم ولا ينفعكم.

قال: أفيقدر السّاحر على أن يجعل الإنسان بسحره في صوره كلب أو حمار أو غير ذلك؟ قال: «هو أعجز من ذلك، وأضعف من أن يغيّر خلق الله! إنّ من أبطل ما ركبه الله تعالى وصوّر غيره فهو شريك الله في خلقه، تعالى الله عن ذلك علوّاً كبيراً، لو قدر السّاحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهزم والآفه والأمراض، ولنقى البياض عن رأسه والفقر عن ساحتة. وإنّ من أكبر السّحر التّميمه، يفرّق بها بين المتحابين، ويجلب العداوه على المتصافين، ويسفك بها الدّماء، ويهدم بها الدّور، ويكشف بها السّتور، والنّمام شرّ من وطأ الأرض بقدمه، فأقرب أقاويل السّحر من

الصواب أنه بمنزلة الطب، إن السّاحر عالج الرّجل فامتنع من مجامعه النّساء فجاءه الطّبيب فعالجه بغير ذلك فأبرأه . . . الحديث».

ثمّ لا يخفى أنّ الجمع بين ما ذكر في معنى السّحر في غايه الإشكال، لكن المهم بيان حكمه، لا موضوعه.

المقام الثّاني: في حكم الأقسام المذكوره فنقول: أمّا الأقسام الأربعة المتقدّمه من الإيضاح، فيكفي في حرمتها مضافاً إلى شهاده المحدّث المجلسي رحمه الله في البحار بدخولها في المعنى المعروف للسّحر عند أهل الشّرع، فيشمّلها الإطلاقات دعوى فخر المحقّقين في الإيضاح كون حرمتها من ضروريات الدّين، وأنّ مستحلّها كافر وهو ظاهر الدّروس أيضاً فحكم بقتل مستحلّها، فإنّا وإن لم نطمئن بدعوى الإجماعات المنقوله، إلّا أنّ دعوى ضروره الدّين ممّا يوجب الاطمئنان بالحكم، واتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار.

نعم، ذكر شارح النخبة أنّ ما كان من الطّلسمات مشتملاً على إضرار أو تمويه على المسلمين، أو استهانه بشيء من حرّات الله كالقرآن وأبعاضه وأسماء الله الحسنی، ونحو ذلك فهو حرام بلا ريب، سواء عدّ من السّحر أم لا، وما كان للأغراض كحضور الغائب، وبقاء العماره، وفتح الحصون للمسلمين، ونحوه فمقتضى الأصل جوازه، ويحكي عن بعض الأصحاب، وربّما يستندون في بعضها إلى أمير المؤمنين عليه السلام، والسّند غير واضح. وألحق في الدّروس تحريم عمل الطّلسمات بالسّحر، ووجهه غير واضح، انتهى.

ولا وجه أوضح من دعوى الضروره من فخر الدّين، والشّهيد .

وأما غير تلك الأربعة، فإن كان ممّا يضرّ بالنّفس المحترمه، فلا إشكال أيضاً في حرّمته، ويكفي في الضرر صيرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى إرادته، فمثل إحداث حبّ مفرط في الشّخص يُعدّ سحراً.

روى الصِّدوق في الفقيه في باب عقاب المرأة [١] على أن تسحر زوجها بسنده عن السِّكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لامرأة سألته: أن لي زوجاً وبه غلظه عليّ وأنتى صنعت شيئاً لأعطفه عليّ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: أف لك! كدّرت البحار وكدّرت الطين، ولعنتك الملائكة الأخيار، وملائكة السموات والأرض قال: فصامت المرأة نهارها وقامت ليلها وحلقت رأسها ولبست المسوح، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فقال: إن ذلك لا يقبل منها». بناءً على أن الظاهر من قولها: صنعت شيئاً المعالجه بشيء غير الأدعيه والصلوات ونحوها، ولذا فهم الصدوق منها السحر، ولم يذكر في عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية.

وأما ما لا يضرّ، فإن قصد به دفع ضرر السحر أو غيره من المضار الدنيويّة أو الأخرويّة، فالظاهر جوازه مع الشكّ في صدق اسم السِّحر عليه، للأصل، بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحراً، وإلا فلا دليل على تحريمه، إلا أن يدخل في اللهو أو الشّعْبَدَه.

الشرح:

[١] الرواية لا تخلو عن المناقشه؛ لوقوع النوفلى في سندها، بل لو كانت في أعلى مراتب الصحه لكانت أيضاً مطروحه، باعتبار مخالفتها للكتاب العزيز، فإنّ ظاهرها عدم قبول توبه الساحر، ومن المقطوع به أنّ السحر ليس بأعظم من الكبائر ومن الارتداد، مع قبول التوبه من المرتد ومرتكبها.

ودعوى عدم فرض التوبه في الروايه يدفعها قوله: «فصامت المرأة نهارها، وقامت ليلها، وحلقت رأسها ولبست المسوح» (١)، حيث إنّ ظهوره في التوبه غير قابل للإنكار.

ص: ٣١٢

نعم، لو صحَّ سند روايه الاحتجاج صحَّ الحكم بحرمه جميع ما تضمَّنته، وكذا لو عمل بشهاده من تقدّم كالفاضل المقداد والمحدّث المجلسي رحمهما الله بكون جميع ما تقدّم من الأقسام داخلاً في السّحر أتجه الحكم بدخولها تحت إطلاقات المنع عن السّحر. لكن الظاهر استناد شهادتهم إلى الاجتهاد، مع معارضته بما تقدّم من الفخر من إخراج علمي الخواصّ والحيل من السّحر وما تقدّم من تخصيص صاحب المسالك وغيره السّحر بما يحدث ضرراً، بل عرفت تخصيص العلامة له بما يؤثّر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله. فهذه شهاده من هؤلاء على عدم عموم لفظ السّحر لجميع ما تقدّم من الأقسام. وتقديّم شهاده الإثبات لا يجرى في هذا الموضوع، لأنّ الظاهر استناد المثبتين إلى الاستعمال، والتّافين إلى الاطلاع على كون الاستعمال مجازاً للمناسبه. والأحوط الاجتناب عن جميع ما تقدّم من الأقسام في البحار، بل لعله لا يخلو عن قوّه، لقوّه الظنّ من خبر الاحتجاج وغيره.

بقي الكلام في جواز دفع ضرر السّحر بالسّحر. ويمكن أن يستدلّ له مضافاً إلى الأصل بعد دعوى انصراف الأدلّه إلى غير ما قصد به غرض راجح شرعاً بالأخبار: منها: ما تقدّم في خبر الاحتجاج.

ومنها: ما في الكافي عن القمّي، عن أبيه، عن شيخ من أصحابنا الكوفيين، «قال: دخل عيسى بن شفقى على أبي عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! أنا رجل كانت صناعتي السّحر، وكنت آخذ عليه الأجر وكان معاشي، وقد حججت منه، وقد منّ الله عليّ بلقائك، وقد تبت إلى الله عزّ وجلّ من ذلك، فهل لي في شيء من ذلك مخرج؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام: حلّ ولا تعقد». وكان الصّيدوق رحمه الله في العلل أشار إلى هذه الروايه، حيث قال: «روى أنّ توبه السّاحر أن يحلّ ولا يعقد». وظاهر المقابله بين الحلّ والعقد في الجواز والعدم كون كلّ منهما بالسّحر، فحمل الحلّ على ما كان بغير السّحر من الدّعاء والآيات ونحوهما كما عن بعض

لا يخلو عن بعد.

ومنها: ما عن العسكرى، عن آبائه عليهم السلام فى قوله تعالى: «وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكِينَ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ» قال: «كان بعد نوح عليه السلام قد كثرت السحرة والممّوهون، فبعث الله ملكين إلى نبي ذلك الزمان بذكر ما يسحر به السحرة، وذكر ما يبطل به سحرهم ويردّ به كيدهم، فتلّقه النبي عن الملكين وأداه إلى عباد الله بأمر الله، وأمرهم أن يقضوا به على السحرة، وأن يبطلوه، ونهاهم عن أن يسحروا به الناس. وهذا كما يقال: إنّ السّم ما هو؟ وإنّ ما يدفع به غائله السّم ما هو، ثمّ يقال للمتعلّم: هذا السّم فمن رأيتَه سُمّ فادفع غائلته بهذا، ولا تقتل بالسّم إلى أن قال: «وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ» ذلك السحرة وإبطاله «حَتَّى يَقُولَا» للمتعلّم: «إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ» وامتحان للعباد، ليطيعوا الله فى ما يتعلّمون من هذا ويبطلوا به كيد السحرة ولا يسحروهم، «فَلَا تَكْفُرْ» باستعمال هذا السحرة وطلب الإضرار ودعاء الناس إلى أن يعتقدوا أنّك تحيى وتميت وتفعل ما لا يقدر عليه إلا الله عزّ وجلّ، فإنّ ذلك كفر إلى أن قال: «وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ»، لأنهم إذا تعلّموا ذلك السحرة ليسحروا به ويضروا به، فقد تعلّموا ما يضرّ بدينهم ولا ينفعهم... الحديث».

وفى روايه على بن محمد بن الجهم، عن مولانا الرضا عليه السلام فى حديث قال: «وأقربا هاروت وماروت فكانا ملكين علّما الناس السحرة ليحترزوا به عن سحر السحرة ويبطلوا به كيدهم، وما علّما أحداً من ذلك شيئاً حتّى قالوا: إنّما نحن فتنه فلا تكفر، فكفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز منه وجعلوا يفترقون بما تعلّموه بين المرء وزوجه، قال الله تعالى: «وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ» يعنى بعلمه».

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّ ظاهر أخبار السّاحر إرادته من يخشى ضرره، كما اعترف به بعض الأساطين واستقرب لذلك جواز الحلّ به بعد أن نسبه إلى كثير من

أصحابنا. لكنّه مع ذلك كلّه، فقد منع العلامه في غير واحد من كتبه والشّهد رحمه الله في الدّروس والفاضل الميسى والشّهد الثّاني رحمه الله من حلّ السّحر به، ولعلّهم حملوا ما دلّ على الجواز مع اعتبار سنده على حاله الصّور وانهصار سبب الحّل فيه، لا مجرّد دفع الصّور مع إمكانيه بغيره من الأدعيه والتعويذات، ولذا ذهب جماعه منهم الشّهدان والميسى وغيرهم إلى جواز تعلّمه ليُتوقّى به من السّحر ويُدفع به دعوى المتنبّي. وربّما حمل أخبار الجواز الحاكيه لقصّه هاروت وماروت على جواز ذلك في الشّريعه السّابقه، وفيه نظر.

ثمّ الظّاهر أنّ التّسخيرات بأقسامها داخله في السّحر على جميع تعاريفه، وقد عرفت أنّ الشّهدين مع أخذ الإضرار في تعريف السّحر ذكراً أنّ استخدام الملائكه والجنّ من السّحر، ولعلّ وجه دخوله تضرّر المسخّر بتسخيره.

وأما سائر التعاريف، فالظّاهر شمولها لها، وظاهر عبارته الإيضاح أيضاً دخول هذه في معقده دعواه الصّور على التحريم، لأنّ الظّاهر دخولها في الأقسام والعزائم والتّفث. ويدخل في ذلك تسخير الحيوانات [١] من الهوامّ والسّباع والوحوش وغير ذلك خصوصاً الانسان. وعمل السّيمياء ملحق بالسّحر اسماً أو حكماً، وقد صرح بحرمة الشّهد في الدّروس. والمراد به على ما قيل: إحداث خيالات لا وجود لها في الحسّ يوجب تأثيراً في شيء آخر.

المسألة الحاديّة عشره: الشعبة حرام [٢]. بلا خلاف، وهي الحركة السّريعه الشّرح:

[١] لم يظهر كون مجرد التسخير سحراً، وعليه فلا بأس به حتّى فيما إذا كان ذلك إضراراً بالحيوان، فإنّ إضراره لا يزيد على ضرب الحيوان والركوب أو حمل الثقل عليه كما لا يخفى، بل لا دليل على حرمة الإضرار بالأجنّه فضلاً عن الشياطين.

[٢] فيه تأمل، بل منع، حيث لا دليل على حرمة مطلق اللهو، بل دخول الشعبة

بحيث يوجب على الحسّ الانتقال من الشيء إلى شبهه كما يرى النار المتحركة على الاستداره دائره متصله، لعدم إدراك السّيكونات المتخلّله بين الحركات. ويدلّ على الحرمة بعد الاجماع مضافاً إلى أنّه من الباطل واللّهو دخوله في السّحر في الزّوايه المتقدّمه عن الاحتجاج المنجبر وهنها بالاجماع المحكى، وفي بعض التعاريف المتقدّمه للسّحر ما يشملها.

المسألة الثّانيّة عشره: الغشّ حرام [١] بلا خلاف، والأخبار به متواتره نذكر بعضها تيمناً، فعن النّبي صلى الله عليه وآله [٢] بأسانيد متعدّده «ليس من المسلمين من غشهم».

وفي روايه العيون بأسانيد [٣] قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ليس منّا من غشّ مسلماً أو ضرّه أو ماكره».

وفي عقاب الأعمال [٤] عن النّبي صلى الله عليه وآله «من غشّ مسلماً في بيع أو شراء فليس منّا ويحشر مع اليهود يوم القيامة، لأنّه من غشّ النّاس فليس بمسلم إلى أن قال: الشّرح:

في اللّهو ممنوع أيضاً، والشعبذه إيجاد الشيء بأسبابه العاديه، ولكن بما أنّ الإيجاد سريع تكون السرعه موجه لتخييل وجوده بلا سبب عادى.

[١] الغشّ مصدر وبالكسر اسم.

[٢] كما في صحيحه هشام بن سالم (١).

[٣] تعرّض لتلك الأسانيد في «الوسائل» في باب إسباغ الوضوء، وهي ثلاثه طرق عن الرضا عليه السلام كلها ضعاف؛ لما فيها عدّه مجاهيل، فراجعها.

[٤] تعرّض لسنده في «الوسائل» في باب استحباب عياده المريض، وفيه أيضاً مجاهيل.

ص: ٣١٦

ومن غشنا فليس منا قالها ثلاثاً . ومن غش أخاه المسلم نزع الله بركه رزقه، وأفسد عليه معيشته ووكله إلى نفسه».

وفى مرسله هشام عن أبي عبدالله عليه السلام [١] «أنه قال لرجل يبيع الدقيق: إياك والغش، فإن من غش غش في ماله، فإن لم يكن له مال غش في أهله».

وفى روايه سعد الإسكاف عن أبي جعفر عليه السلام قال: «مرّ النبي صلى الله عليه وآله في سوق المدينة بطعام، فقال لصاحبه ما أرى طعامك إلا طيباً فأوحى الله عزوجل إليه: أن يدس يده في الطعام ففعل، فأخرج طعاماً رديئاً، فقال لصاحبه ما أراك إلا وقد جمعت خيانه وغشاً للمسلمين».

وروايه موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام «أنه أخذ ديناراً من الدنانير المصبوبه بين يديه ثم قطعه بنصفين، ثم قال لى: ألقه في البالوعه حتى لا يباع بشيء فيه غش . . . الخبر».

وقوله: فيه غش جملة ابتدائية [٢]، والضمير فى لا يباع راجع إلى الدينار.

الشرح:

[١] بل مرسله عيسى بن هشام ورواها الشيخ عن عيسى عن أبي عبدالله عليه السلام ، والظاهر أنه أيضاً اشتباه، فإن عيسى على ما ذكر تاريخ وفاته سنة (٢٢٠) وتاريخ وفاه أبي عبدالله عليه السلام سنة (١٤٨)، مع أن الشيخ رحمه الله عدّ الرجل فى فهرسته ممن لم يرو عن الإمام عليه السلام .

[٢] أى أن الدينار لا يباع بشيء، ويتعين أن تكون جملة «فيه غش» ابتدائية، موضع التعليل، ويحتمل رجوع الضمير فى «لا يباع» إلى سائر الأموال، والمراد «بشئ» هو الدينار و«فيه غش» وصف للشئ، أى لا يباع أموال الناس بشئ مغشوش.

ولكنّ الظاهر هو الأوّل؛ لأنّ إرجاع الضمير إلى غير المذكور فى الكلام مع وجود ما يصلح له فى الكلام خلاف الظاهر، وليس المراد من البيع بناءً على الجملة

وفى روايه هشام بن الحكم، قال: «كنت أبيع السّيابرى فى الظلال، فمرّ بى أبو الحسن عليه السلام فقال لى: يا هشام إنّ البيع فى الظلال غشّ والغشّ لا يحلّ».

وفى روايه الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يشتري طعاماً فيكون أحسن له وأنفق له أن يبلّه من غير أن يلمس زيادته، فقال: إن كان بيعاً لا يصلحه إلا ذلك ولا ينفقه غيره من غير أن يلمس فيه زياده، فلا بأس، وإن كان إنّما يغشّ به المسلمين فلا يصلح».

و روايته الأخرى، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يكون عنده لوان من الطّعام سغّرها بشىء. وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً، ثم يبيعهما بسعر واحد؟ فقال: لا يصلح له أن يغشّ المسلمين حتّى يبيّنه».

و روايه داود بن سرحان، قال: «كان معى جرابان من مسك، أحدهما رطب والآخر يابس، فبدأت بالرّطب فبعته، ثم أخذت اليابس أبيع، فإذا أنا لا أعطى باليابس الثمن الذى يسوى، ولا يزيدونى على ثمن الرّطب، فسألت أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك: أ يصلح لى أن أنديه؟ قال: لا، إلا أن تعلمهم، قال: فنديته ثم أعلمتهم، قال: لا بأس».

ثم إنّ ظاهر الأخبار [١] هو كون الغشّ بما يخفى، كمزج اللبن بالماء، وخلط الجيد بالرّدىء فى مثل الدّهن، ومنه وضع الحرير فى مكان بارد ليكتسب ثقلاً، ونحو ذلك.

الشرح:

الابتدائيه هو الاشرء ليقال: إنّه أيضاً خلاف الظاهر، بل المراد البيع وتعلّقه بالدراهم كما فى بيع الصرف متعارف.

[١] فرّق قدس سره أولاً بين الغشّ فى مثل مزج اللبن بالماء، ومزج الدهن الجيّد بالرّدىء، ووضع الحرير فى المكان البارد لكسب الثقل، ممّا يكون العيب والنقص فيه خفياً لا يعرف غالباً، إلا من قبل بائعه، وبين النقص اللذى لا يخفى على من يلاحظ المبيع وأمر المزج والخلط بما لا يخفى فلا يحرم، لعدم انصراف الغشّ إليه، ويدلّ عليه مضافاً إلى بعض الأخبار المتقدّمه: صحيحه ابن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سئل عن الطّعام يخلط بعضه ببعض، وبعضه أجود من بعض، قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغطّ الجيّد الرّدىء» ومقتضى هذه الزوايه بل روايه الحلبي

الثانية، وروايه سعد الإسكاف أنه لا- يشترط في حرمة الغش كونه مّياً لا- يعرف إلا- من قبل البائع، فيجب الإعلام بالعيب الغير الخفى، إلا أن تُنزّل الحرمة في موارد الروايات الثلاث على ما إذا تعمّد الغش برجاء التلبس على المشتري وعدم التفطن له وإن كان من شأن ذلك العيب أن يتفطن له، فلا- تدلّ الروايات على وجوب الإعلام إذا كان العيب من شأنه التفطن له، فقصر المشتري وسامح في الملاحظه.

الشرح:

ولا يتسامح في التعرّف على حاله، كما فى مثل خلط الحنطه الجيده بالردينه.

وذكر أنّ مثل هذا الخلط جائز، كما يشهد له صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، وبعضه أجود من بعض؟ قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغطّ الجيد الرديء»^(١).

ومثلها صحيحه الحلبي الثانيه عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد سعرهما بشيء، وأحدهما أجود من الآخر، فيخلطهما جميعاً ثم يبيعهما بسعر واحد؟ فقال: لا يصلح له أن يغشّ المسلمين حتى يبينه»^(٢).

وظاهرهما وإن كان جواز الخلط ولكن عدم بيان ذلك للمشتري الغافل غشّ محرم، فيجب الإعلام به، ويستفاد ذلك من روايه سعد الاسكاف^(٣)، فإنّ النقص فى موردها ثم إنّ غشّ المسلم إنّما هو بيع المغشوش عليه مع جهله، فلا- فرق بين كون الاغتشاش بفعله أو بغيره، فلو حصل اتفاقاً أو لغرض فيجب الإعلام بالعيب الخفى.

ويمكن أن يمنع صدق الأخبار المذكوره إلا على ما إذا قصد التلبس، وأمّا ما هو ملتبس فى نفسه فلا يجب عليه الإعلام.

نعم، يحرم عليه إظهار ما يدلّ على سلامته من ذلك، فالعبره فى الحرمة بقصد تلبس الأمر على المشتري، سواء كان العيب خفياً أم جلياً كما تقدّم لا بكتمان العيب مطلقاً، أو خصوص الخفى وإن لم يقصد التلبس. ومن هنا منع فى التذكرة

ص: ٣١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١١٢، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٨٢، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

من كون بيع المعيب مطلقاً مع عدم الإعلام بالعيب غشاً.

وفى التفصيل المذكور فى روايه الحلبي إشاره إلى هذا المعنى، حيث إنّه عليه السلام جوّز بلّ الطّعام بدون قيد الإعلام إذا لم يقصد به الزّيادة و إن حصلت به، وحرّمه مع قصد الغشّ.

الشرح:

و إن كان يظهر بملاحظه المبيع وعدم التسامح فى معرفته، إلّا أنّ عدم الإظهار عدّ فيها غشاً.

ويمكن حمل هذه الروايات الظاهره فى الغشّ بالنقص غير الخفى على صورته كونه بفعل البائع، بقصد تلبيس الأمر على المشتري، فلا يجب عليه الإعلام إلّا فى هذه الصوره، وأما إذا كان بداع آخر أو بفعل شخص آخر، كما إذا اشترى طعاماً مختلطاً من الجيّد والرديء، وأراد بيعه من آخر ثانياً، فلا يجب عليه الإعلام. وأما المخفى وإن كانت الحرمة فيه أيضاً ببيع المغشوش مع جهل المشتري بالحال، إلّا أنّه لا فرق بين كون الغشّ بفعله أو بفعل آخر أو لغرض آخر، ففى جميع ذلك يجب الإعلام.

ثمّ إنّه رحمه الله ساوى بين النقصين، وذكر أنّه لا يجب عليه الإعلام إلّا فى مورد قصد التلبيس، وأما ما هو ملتبس فى نفسه فلا يجب. نعم، لا يجوز إظهار سلامه المبيع نعم، يمكن أن يقال فى صورته تعيب المبيع بخروجه عن مقتضى خلقته الأصليه بعيب خفى أو جليّ: إنّ التزام البائع بسلامته عن العيب مع علمه به غشّ للمشتري، كما لو صرّح باشتراط السّلامه، فإنّ العرف يحكمون على البائع بهذا الشرط مع علمه بالعيب أنّه غاشّ.

ثمّ إنّ الغشّ يكون بإخفاء الأدنى فى الأعلى كمزج الجيّد بالرديء، أو غير المراد فى المراد كإدخال الماء فى اللبن، وبإظهار الصّفه الجيّد المفقوده واقعاً، وهو التّدليس، أو بإظهار الشّيء على خلاف جنسه كبيع المُمّوه على أنّه ذهب أو فضّه.

الشرح:

وعدم وجود النقص فيه، بلا فرق فى ذلك أيضاً بين النقص الخفى وغيره، فالعبره فى حرمة الغشّ بقصد التلبيس على المشتري. وقال رحمه الله: «إنّ فى التفصيل الوارد فى صحيحه الحلبي الأولى شهاده لذلك»، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري

طعاماً، فيكون أحسن له وأنفق أن يبله، من غير أن يلتمس زيادته، فقال: إن كان بيعاً لا يصلحه إلا ذلك ولا ينفقه غيره، من غير أن يلتمس فيه زياده فلا بأس، وإن كان إنما يغش به المسلمين فلا يصلح» (١). فإنه سلام الله عليه جَوَزَ بَلَّ الطَّعَامِ بدون الإعلام، مع عدم قصد الزيادة؛ لأنَّ الرواية لو كانت ناظرة إلى صورة الإعلام لم يكن وجهاً للتفصيل في الجواب بين قصد الزيادة وعدمه، فإنه مع الإعلام يجوز البَلُّ مطلقاً.

أقول: لم يظهر من صحيحه الحلبي جواز السكوت فيما إذا كان في المبيع ما لا يعرف إلا من قبل البائع، ولو لم يكن ذلك بفعله كحيوان أكل ما يوجب موته، بل يكون ترك الإعلام في بيعه غشاً، فيعمه ما دلَّ على حرمة الغش.

ثم إنَّ في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى [١] بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين في صحَّه المعامله وفسادها من حيث إنَّ المحرَّم هو الغش والمبيع عين مملوكة ينتفع بها، ومن أنَّ المقصود بالبيع هو اللبن، والجاري عليه العقد هو المشوب.

الشرح:

لا- يقال: النقص في المبيع إذا كان من قبيل العيب فعلى البائع الإعلام به مطلقاً، سواء كان العيب خفياً أم لا؛ لأنَّ بيعه بالتزام الصحة مع علمه بالعيب يعدُّ غشاً، كما لو صرَّح بأنه يبيعه على شرط الصحة، والحيوان الذي أكل ما يوجب موته من بيع المعيوب على شرط السلامة.

فإنَّه يقال: الموجب لصدق الغش عدم إعلام البائع بالعيب مع علمه به، حتَّى فيما لو تبرَّأ من عيوب المبيع، حيث يعدُّ بيع الحيوان المزبور غشاً، حتى مع التبرُّي منها، وإلا- فليس الالتزام بالصحة إخباراً عنها ليقال: إنَّ الالتزام بها مع العلم بالعيب غش، بل معناه جعل الخيار للمشتري على تقدير العيب، كما سيأتى في بحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

نعم، إذا كان النقص مما يعرفه الناظر في المبيع، فلا- يجب إعلام المشتري بالحال إلا فيما إذا كان فعله بقصد التليس؛ لعدم صدق الغش على ترك الإعلام، حيث إنَّ الغش بمعناه المصدري ضد النصيحة لا ترك النصيحة مطلقاً ليتحقَّق بمجرد ترك الإعلام.

ص: ٣٢١

نعم، إذا أظهر ما يكون إغراءً أو موجباً لوقوع الآخر في خلاف الواقع كان ذلك غشاً في المعامله.

[١] يقع الكلام في حكم المعامله، فنقول: الغش إما بإخفاء الأدنى في الأعلى، كمزج الجيد بالردىء، أو بإخفاء غير المراد في المراد، نعى بالمراد ما ينطبق عليه عنوان المبيع، ومن غيره ما لا ينطبق عليه، أو بإظهار الصفه الجيده في المبيع مع ثم قال: وفي الذكري في باب الجماعه ما حاصله، أنه لو نوى الاقتداء بامام معين على أنه زيد فبان عمراً أن في الحكم نظراً ومثله ما لو قال بعتك هذا الفرس، فإذا هو حمار وجعل منشأ التردد تغليب الإشاره أو الوصف انتهى.

الشرح:

عدمها واقعاً، ويعبر عنه بالتدليس، أو بإظهار ما لا ينطبق عليه عنوان المبيع بصوره ما ينطبق عليه، كمبيع المموه وما يكون مصبوغاً بماء الذهب بعنوان أنه ذهب.

ثم إن الغش وإن كان محزماً لكن النهي عنه لا يقتضى فساد المعامله فيما إذا لم يخرج المغشوش بالغش عن عنوان المبيع، كما في مزج الماء باللبن، مع استهلاك الماء باعتبار قلته، فيكون البيع صحيحاً، غايه الأمر يثبت للمشتري خيار العيب مع جهله بالحال، ونظيره ما إذا كثر التراب في الحنطه، فإن كثره التراب فيها لا يخرج المبيع عن عنوان الحنطه، بل تعدد معيوبه.

وما ذكره المصنّف رحمه الله في الفرق بين المثالين لا- يرجع إلى محصل، وإذا خرج المبيع بالغش عن عنوان المبيع، بحيث لم يصدق ذلك العنوان على الموجود، كما في بيع المموه كان البيع باطلاً، باعتبار أن عنوان المبيع يكون بنظر العرف مقوماً للبيع، ومع فقدته لا- يكون بيع، وهذا بخلاف ما إذا صدق عليه عنوانه ولكن خرج بالغش عن الوصف الملحوظ فيه، فإنه مع فقد الوصف يكون المورد تاره من تخلف الوصف المشترط، ومن تخلف الداعي أخرى.

وإذا لم يستهلك غير المراد في المراد، بأن كان الموجود هو المبيع وغيره، فيتبع البيع ويكون بالإضافة إلى المراد صحيحاً، كما إذا خلط دهن النبات بدهن الحيوان بلا استهلاك أحدهما في الآخر، وباعه بعنوان دهن الحيوان وبالإضافه إلى غيره باطلاً باعتبار عدم القصد إلى بيعه.

وما ذكره من وجهي الصّحه والفساد [١] جارٍ في مطلق العيب، لأن المقصود

هو الصَّيِّحُ، والجاري عليه العقد هو المعيب، وجعله من باب تعارض الإشاره والوصف مبنى على إرادته الصَّيِّحُ من عنوان المبيع، فيكون قوله: بعتك هذا العبد بعد تبين كونه أعمى بمنزله قوله: بعتك هذا البصير. وأنت خير بأنه ليس الأمر كذلك كما سيحىء في باب العيب، بل وصف الصَّيِّحُ ملحوظ على وجه الشرطيه وعدم كونه مقوماً للمبيع، كما يشهد به العرف والشرع. ثم لو فرض كون المراد من عنوان المشار إليه هو الصَّيِّحُ، لم يكن إشكال في تقديم العنوان على الإشاره بعد ما فرض رحمه الله أن المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه العقد هو المشوب، لأنَّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، ولذا اتفقوا على بطلان الصَّرف فيما إذا تبين أحد العوضين معيماً من غير الجنس.

الشرح:

[١] أى أن ما ذكر في «جامع المقاصد» في وجه الصحه في بيع اللبن الممزوج بالماء وفي وجه فساده يجرى في سائر موارد عيب المبيع، فيتردّد أمر البيع فيها بين الصحه والفساد، حيث إن المبيع فيها أيضاً عين متمول، وهذا وجه الصحه. وكون المقصود فيها هو الصحيح، كإرادته البصير في بيع العبد، وهو غير متحقّق وهذا وجه الفساد.

مع أنه لا ينبغي الريب في أن العيب في المبيع لا يوجب بطلان البيع، بل يثبت معه خيار العيب، وذلك فإن أوصاف الصحه حتّى في مثل شوب اللبن بالماء ليست مقومه للمبيع عرفاً. ويتعلّق البيع بالموجود الخارجى بعنوان أنه يطلق عليه اللبن، ويكون خلوصه شرطاً، بمعنى أنه يثبت للآخر الخيار على تقدير شوبه، وعليه فلا يكون في البين وجه لبطلان البيع.

نعم، إذا كان العنوان مقوماً للمبيع، كما إذا كان مثل عنوان الفرس وباع الحيوان وأما التردّد في مسأله تعارض الإشاره والعنوان، فهو من جهه اشتباه ما هو المقصود بالذات بحسب الدلاله اللفظيه، فإنها مردده بين كون متعلّق القصد أولاً وبالذات هو العين الحاضره ويكون اتصافه بالعنوان مبنياً على الاعتقاد، وكون متعلّقه هو العنوان والإشاره إليه باعتبار حضوره. أما على تقدير العلم بما هو المقصود بالذات ومغايرته للموجود الخارجى كما فيما نحن فيه فلا يتردّد أحد في البطلان، وأمّا وجه تشبيه مسأله الاقتداء [١] في الذكري بتعارض الإشاره

والوصف فى الكلام مع عدم الإجمال فى التيه، فباعترار عروض الاشتباه للناوى بعد ذلك فى ما نواه، إذ كثيراً ما يشتبه على الناوى أنه حضر فى ذهنه العنوان ونوى الاقتداء به معتقداً لحضوره المعتبر فى إمام الجماعة، فىكون الإمام هو المعنون بذلك العنوان و إنما أشار إليه معتقداً لحضوره، أو أنه نوى الاقتداء بالحاضر وعنونه بذلك العنوان لإحراز معرفته بالعداله، أو تعنون به بمقتضى الاعتقاد من دون اختيار، هذا.

الشرح:

بعنوانه فبان حماراً حكم ببطلان البيع؛ لأن قصد البيع يتعلّق بعنوان الفرس؛ ولذا قالوا فى بيع الصرف: إنه لو ظهر أحد العوضين معيماً ولكن من غير الجنس المذكور فى العقد بطل البيع.

[١] وأما الصلاه فى مسأله الاقتداء فمحكومه بالصحه، حتّى فيما إذا كان ناوياً لأحد الشخصين بنحو التقييد، حيث إن الفردى لا تنقص عن صلاه الجماعة إلا فى القراءه الساقطه حال العذر، كما هو مقتضى حديث «لا تعاد»، والمفروض أن تركها كان لتوهم أنه مأموم.

نعم، لو كان المراد من التفصيل بين التقييد وغيره هو الحكم ببطلان الجماعة فى الأول لا فى الثانى، فهو صحيح، ولكن لا يساعد على ذلك ظاهر كلماتهم.

ثم إنه قد استدلل على الفساد [١] كما نسب إلى المحقق الأردبيلى رحمه الله بورود النهى عن هذا البيع، فىكون المغشوش منهيّاً عن بيعه، كما أشير إليه فى روايه قطع الدينار والأمر بإلقائه فى البالوعه، معللاً بقوله: «حتّى لا يباع بشىء» ولأن نفس البيع غشّ منهي عنه.

وفيه نظر، فإن النهى عن البيع لكونه مصداقاً لمحرم هو الغش لا يوجب فساده، كما تقدّم فى بيع العنب على من يعمله خمراً. وأما النهى عن بيع المغشوش لنفسه فلم يوجد فى خبر.

الشرح:

[١] قد تقدّم أن المعامله بلحاظ النهى عن غش المؤمن فيها لا تفسد، وقد ذكر فى محلّه أن النهى عن معامله تكليفاً لا يقتضى فساده، ولم يرد فى خطاب النهى عن بيع المغشوش بهذا العنوان ليقال بظهور النهى وفساده، على ما ذكرنا سابقاً من كون الفساد

هو الظهور الأولى للنهي عن المعامله.

وأما النهي عن بيع الدرهم المغشوش في مرسله موسى بن بكر (1) فمحمول على صورته عدم المائته، وكون بيع الدرهم من التمويه في الجنس، بقريته الأمر بالقائه في البالوعه، فإنه لو كان مالاً - كما إذا كان الغش في سكوته فقط، لكان الإلقاء المزبور تذكيراً خصوصاً بعد كسره.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن ما ذكر الشهيد رحمه الله (2) من التردد في صحه بيع هذا بعنوان الفرس فبان حماراً، وأنه يبتنى على تقديم الإشاره على العنوان فهو أيضاً غير صحيح، فإن مثل عنوان الفرس من العناوين المقومه للمبيع، فيكون مقدماً على الإشاره بلا ريب، وأما خبر الدينار، فلو عمل به خرجت المسأله عن مسأله الغش، لأنه إذا وجب إتلاف الدينار وإلقاؤه في البالوعه كان داخلاً في ما يكون المقصود منه حراماً، نظير آيات اللهو والقمار، وقد ذكرنا ذلك في ما يحرم الاكتساب به لكون المقصود منه محرماً، فيحمل الدينار على المضروب من غير جنس التقدين أو من غير الخالص منهما لأجل التلبس على الناس، ومعلوم أن مثله بهيته لا يقصد منه إلا التلبس، فهو آله الفساد لكل من دفع إليه، وأين هو من اللبن الممزوج بالماء وشبهه؟ فالأقوى حينئذ في المسأله: صحه البيع في غير القسم الرابع، ثم العمل على ما تقتضيه القاعده عند تبين الغش. فإن كان قد غش في إظهار وصف مفقود كان فيه خيار التبدليس، وإن كان من قبيل شوب اللبن بالماء، فالظاهر هنا خيار العيب، لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن، فهو لبن معيوب. وإن كان من قبيل التراب الكثير في الحنطه، كان له حكم تبعض الصفقه، ونقص الثمن بمقدار التراب الزائد، لأنه غير متمول، ولو كان شيئاً متمولاً بطل البيع في مقابله.

الشرح:

حيث إن البيع يتعلق بالعين الخارجيه بما أنه ينطبق عليها ذلك العنوان ويقصد المشتري شراء الفرس والبائع يريد بيعه، وإسناد البيع إلى المشار إليه باعتبار اعتقادهما أنه فرس. وهذا بخلاف مسأله الاقتداء، فإنه يمكن فيها أن يقصد المأموم الاقتداء بزيد،

ص: ٣٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٨١، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢- (٢) الذكرى ٤ : ٤٢٣.

وإشارته إلى الحاضر باعتبار اعتقاده أنه زيد، وهذا معنى تقديم الوصف، ويمكن أن يقصد الاقتداء بالحاضر زيداً كان أو غيره، ولكن توصيفه بزيد باعتبار اعتقاده أن الحاضر فعلاً هو عمرو، كما هو تقديم الإشارة. وبما أن القصد من الأمور الوجدانيه ولا يمكن فيها الشكّ حال حصولها، فيمكن للمأموم حصول التردد بعد فراغه عن العمل.

الثاني: ذكر المحقق الإيرواني (١) رحمه الله عليه أن الذي يظهر لى من الأخبار المسأله الثالثه عشر: الغناء لا خلاف فى حرمة فى الجملة [١] والأخبار بها مستفيضه، وادعى فى الإيضاح تواترها.

الشرح:

أنّ الغشّ بعنوانه لا يكون محرّماً، بل هو محرّم بعنوان الكذب.

وفيه: أنه لم يعلم وجه هذا الظهور، سواء كان الغشّ فى المعاملات أو غيرها، بعد ما ذكرنا من أنّ أخذ عنوان موضوعاً فى خطاب الشرع، وان احتمل كونه مشيراً إلى عنوان آخر يكون هو الموضوع واقعاً، إلا أنّ هذا خلاف ظاهر الخطاب، فإن مقتضى أصاله تطابق مقام الإثبات مع مقام الثبوت أن يكون الموضوع فى خطاب هو الموضوع للحكم واقعاً، بل القرينه فى المقام على أنّ الغشّ بعنوانه موضوع للحكم لا بعنوان الكذب ظاهره، حيث إنّ الأحكام المتقدمه من التكليف والوضع ترتّب، حتى فيما إذا كان غشّ البائع مثلاً بعنوان التوريه لا الكذب؛ ولذا يتعدّد العقاب فى فرض الغشّ بالكذب، فلاحظ وتدبر.

[١] لا- خلاف فى حرمة الغناء فى الجملة، ويستدلّ عليه بالروايات المستفيضه الوارده (٢) فى تفسير قول الزور من قوله سبحانه: «وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ»، والوارده (٣) فى تفسير لهو الحديث من قوله سبحانه: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ»، والوارده (٤) فى تفسير الزور من قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ».

وذكر المصنّف رحمه الله بما حاصله: أنّ المطلوب فى المقام إثبات حرمة الغناء بمعناه

ص: ٣٢٤

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للمحقق الإيروانى ١: ١٧٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٠٣ و ٣٠٥ و ٣٠٨، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ و ٨ و ٩ و ٢٠.

٣- (٣) المصدر السابق: ٣٠٤ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠، الحديث ٦ و ١١ و ١٦ و ٢٠ و ٢٥.

٤- (٤) المصدر السابق: ٣٠٤، الحديث ٣ و ٥.

الظاهر المتعارف الذى هو عبارته عن كيفيته الصوت الذى يكون بها مطرباً، وما منها: ما ورد مستفيضاً فى تفسير قول الزور فى قوله تعالى: «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» فى صحيحه زيد الشحام ومرسله ابن أبى عمير وموثقه أبى بصير المرويات عن الكافى، وروايه عبد الأعلى المحكيه عن معانى الأخبار وحسنه هشام المحكيه عن تفسير القمى رحمه الله: تفسير قول الزور بالغناء.

ومنها: ما ورد مستفيضاً فى تفسير لهو الحديث، كما فى صحيحه ابن مسلم وروايه مهرا بن محمد وروايه الوشاء وروايه الحسن ابن هارون وروايه عبد الأعلى السابقيه.

الشرح:

ورد فى تفسير «قَوْلَ الزُّورِ» لا- يدل على حرمه ذلك، حيث إن تطبيق «قَوْلَ الزُّورِ». على الغناء قرينه على كون المراد به الكلام الباطل، لا الكيفيه فى الصوت مطلقاً. ويؤيد كون المراد بالغناء فيها هو الكلام الباطل، صحيحه حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الزور؟ قال: منه قول الرجل للذى يغتنى: أحسنت»^(١)، فإن قوله: أحسنت، باعتبار تضمينه مدح الفاعل على فعله الحرام باطل، اللهم إلا- أن يقال: إن «قَوْلَ الزُّورِ» فى قوله سبحانه عام يعم الباطل فى معناه أو فى جهة قراءته ولعله لذلك عدّه تأييداً.

نعم، فى مرسله الصدوق، قال: «سأل رجل على بن الحسين عليهما السلام عن شراء جاريه لها صوت، فقال: ما عليك لو اشتريتها، فذكرتك الجنّه يعنى بقراءه القرآن والزهد والفضائل التى ليست بغناء، فأما الغناء فمحظور»^(٢)، فإن التعبير عن الكلام الصحيح والفضائل الحقه بعدم الغناء دليل على كون المراد بالغناء ولو فى بعض استعمالاته هو الكلام الباطل. وكذا ناقش رحمه الله فى ما ورد فى تفسير لهو الحديث، بناءً على كون إضافه ومنها: ما ورد فى تفسير الزور فى قوله تعالى: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» كما فى صحيحه ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام تاره بلا- واسطه وأخرى بواسطه أبى الصّباح الكناني، وقد يחדش فى الاستدلال بهذه الروايات بظهور الطائفه الأولى بل الثانيه فى أنّ الغناء من مقوله الكلام، لتفسير قول الزور به. ويؤيده ما فى بعض

ص: ٣٢٧

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٠٩، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢١.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ١٢٢، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

الأخبار، من أن من قول الزور أن تقول للذي يغنى: أحسنت ويشهد له قول علي بن الحسين عليهما السلام في مرسله الفقيه الآتيه في الجاربه التي لها صوت: لا بأس لو اشتريتها فذكرتك الجنه، يعنى بقراءه القرآن والزهد والفضائل التي ليست بغناء. ولو جعل التفسير من الصي دوق دل على الاستعمال أيضاً. وكذا لهو الحديث بناءً على أنه من إضافه الصي فه إلى الموصوف، فيختص الغناء المحرم بما كان مشتملاً على الكلام الباطل، فلا تدل على حرمه نفس الكيفيه ولو لم يكن في كلام باطل.

الشرح:

اللهو إلى الحديث من إضافه الصفه إلى موصوفها، حيث إن كون الحديث لهواً عبارته أخرى عن بطلان معناه. نعم، لو كانت إضافته إليه من إضافه المظروف إلى ظرفه المعبر عن ذلك في علم الأدب بكون الإضافه بمعنى (فى) فيعم الغناء فى الكلام الصحيح، بل أجرى رحمه الله المناقشه فيما ورد فى تفسير الزور فى قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ»، وذكر أن المدح فيه لمن لا يحضر مجالس التغنى، يعنى الأباطيل من الكلام.

أقول: لم يظهر وجه صحيح للخدشه فيما ورد فى تفسير الزور، فإنه لا قرينه فى البين على أن تطبيق الإمام عليه السلام عنوان الزور على الغناء باعتبار الكلام، كما كانت فى الوارد فى تفسير الآيه الأولى، بل الثانية أيضاً.

وبعبارة أخرى: صحيحه أبى الصباح عن أبى عبدالله عليه السلام (1) داله على كون ومنه تظهر الخدشه فى الطائفه الثالثه، حيث إن مشاهد الزور التي مدح الله تعالى من لا يشهداها، هى مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام.

فالإنصاف: أنها لا تدل على حرمه نفس الكيفيه إلا- من حيث إشعار لهو الحديث بكون اللهو على إطلاقه مبغوضاً لله تعالى، وكذا الزور بمعنى الباطل، وإن تحققت فى كيفيه الكلام، لا فى نفسه، كما إذا تغنى فى كلام حق، من قرآن أو دعاء أو مرثيه.

وبالجملة، فكل صوت يُعد فى نفسه مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به لهواً وباطلاً فهو حرام. ومما يدل على حرمه الغناء من حيث كونه لهواً وباطلاً ولغوياً: روايه عبد الأعلى وفيها ابن فضال [1] قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الغناء، الشرح:

ص: ٣٢٨

الغناء بنفسه زوراً وباطلاً، وظاهر الغناء هي الكيفية في الكلام الحق أو الباطل.

وما ذكر رحمه الله أيضاً من دلالة المرسله على استعمال الغناء في الكلام الباطل ضعيف؛ لاحتمال أن يكون قوله فيها «التي ليست بغناء» راجعه إلى القراء لا قيماً للفضائل.

نعم، مجرد المدح على الحضور في مجلس اللهو والباطل المستفاد من قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» لا يكفى في الحكم بالحرمة كما لا يخفى.

[١] كأن مراده أن وجود بنى فضال في سند الروايه كاف في اعتبارها للأمر بالأخذ برواياتهم، وقد روى محمد بن الحسن في كتاب «الغيبه» عن أبي الحسين التمام عن عبدالله الكوفي خادم الحسين بن روح عن الحسين بن روح عن أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام، أنه سئل عن كتب بنى فضال؟ فقال: «خذوا بما رووا وذرُوا ما رأوا»(١).

وقلت: إنهم يزعمون: أن رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم، حيونا حيونا نحياكم، فقال: كذبوا، إن الله تعالى يقول: «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ * لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهَوًا لَاتَّخَذْنَا مِنْ لَدُنَّا إِنْ كُنَّا فَاعِلِينَ * بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمْ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ». ثم قال: ويل لفلان مما الشرح:

وفيه: أنه لا سبيل لنا إلى إحراز أن روايه عبدالأعلى مرويه عن كتب بنى فضال، بل على تقديره أيضاً لا تكون الروايه معتبره، فإن الأمر بالعمل برواياتهم إرشاد إلى أن مجرد فساد اعتقادهم لا يوجب طرح رواياتهم بأن لا يصح الاعتماد على روايه يكون أحد منهم في سندها، لا أن وجودهم في سند روايه يكون تمام الموضوع لاعتبارها، بحيث لا تضر جهاله باقى رواياتها حتى مع كون بعضهم كذاباً وجعلاً. ولذا لا يصح عند معارضه روايه صحيحه مع روايه أخرى في سندها منهم طرح الصحيحه والأخذ بالروايه بدعوى أنه مقتضى الأمر بالأخذ بكتبهم، هذا مع أن الأمر بالأخذ غير ثابت، ومنشؤه الروايه التي نقلناها كما لا يخفى.

نعم، دلالة الروايه وظهورها في كون الغناء المحرم عباره عن الكيفية في

ص: ٣٢٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٤٢، الباب ١١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣.

الصوت واضحه، فإنَّ الكلام الَّذِي يزعم فيه ترخيص رسول الله صلى الله عليه وآله ليس من الباطل من جهه المعنى، ولعلَّ وجه الاستشهاد بالآيه كون المحكى عن رسول الله صلى الله عليه وآله هو تجويزه القول المزبور مطلقاً بأن يقال عنده صلى الله عليه وآله و آله أيضاً، وهذا نوع من اتخاذه صلى الله عليه وآله للهو. أو أنَّ حكاية تجويز القول المزبور عنه صلى الله عليه وآله كانت افتراءً عليه صلى الله عليه وآله، نظير افتراء الكفار على الله سبحانه من أخذه تعالى مريم وابنها صاحبه وولداً، فيعمّ الحاكين لترخيصه ما ذكر في حق هؤلاء الكفار من الويل.

ثم إنَّ الظاهر كون الروايه موثقه؛ لأنَّ عبد الأعلى هو ابن أعين وقد وثقه المفيد في رسالته الإعدادية، كما يعمّه التوثيق العام من على بن إبراهيم، حيث روى في يصف [١] رجل لم يحضر المجلس الخبر». فإنَّ الكلام المذكور المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل واللهو للذين يكذب الإمام عليه السلام رخصه النبي صلى الله عليه وآله فيه فليس الانكار الشديد المذكور وجعل ما زعموا الرخصه فيه من اللهو والباطل إلا من جهه التغنى به.

وروايه يونس [٢] قال: «سألت الخراساني عليه السلام عن الغناء، وقلت: إنَّ العباسي زعم أنك ترخص في الغناء، فقال: كذب الزنديق ما هكذا، قلت له: سألتني عن الغناء، فقلت له: إنَّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء، فقال له: إذا ميز الله بين الحق والباطل فأين يكون الغناء؟، قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت».

الشرح:

تفسيره عنه. ووجه كونه في هذه الروايه هو ابن أعين روايه يونس بن يعقوب الذي روى بعض الروايات الأخر عنه بعنوان ابن أعين، فلاحظ.

[١] يعنى: ممَّا يذكر ويحكى، وقوله: رجل بدل عن فلان ولم يحضر المجلس وصف للرجل، أى ويل للذى لم يحضر مجلس رسول الله صلى الله عليه وآله ولم يسمع ترخيصه من حكايته عنه صلى الله عليه وآله .

[٢] لا يخفى أنه ليس في الروايه تعيين المراد من الغناء وقد طرّق عليه فيها عنوان الباطل، نظير الروايه الوارده في تفسير قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» (١)، وعلى المصنف رحمه الله بعد إشكاله في دلاله ما ورد في تفسيره واستظهاره أنَّ المراد به

ص: ٣٣٠

الكلام الباطل، بيان الفرق بينها وبين روايه يونس، ووجه قبوله دلالة هذه على حرمة الكيفيه للصوت، سواء كانت في كلام باطل أو صحيح.

وعلى كل فالروايه لا بأس بالاعتماد عليها، فإنها مرويه في «قرب الإسناد» عن وروايه محمد بن أبي عباد [١] وكان مستهتراً مشتهراً بالسِّماع ويشرب التَّبِيد قال: «سألت الرِّضا عليه السلام عن السِّماع، قال لأهل الحجاز فيه رأى، وهو في حيز الباطل واللَّهو. أمَّا سمعت الله عزَّ وجلَّ يقول: «وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا»». والغناء من السِّماع كما نصَّ عليه في الصِّحاح، وقال أيضاً: جاريه مُسمعه أي مغنّيه.

وفى روايه الأعمش [٢] الوارده في تعداد الكبائر قوله: «والملاهي التي تصدّ عن ذكر الله كالغناء وضرب الأوتار». وقوله عليه السلام وقد سئل عن الجاريه [٣] الشرح:

الريان بن الصلت عن الرضا عليه السلام، بل وهذه هي العمده في الحكم بحرمة الغناء، وإلا فما ذكره المصنّف رحمه الله من إشعار الروايات المتقدّمه بأنّ المحرم هو عنوان اللّهُ والباطل، وإن كان ذلك في كيفيه الصوت لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الاعتبار بالظهور لا بالإشعار.

مع أنّ لازم ما ذكر كون مطلق اللّهُ والباطل محرّماً حتّى ما لم يكن في البين غناء، كما إذا قرأ الأشعار الراجعه إلى العشق ونحوها بلا ترجيع صوت أصلاً.

[١] ولكن مضافاً إلى ضعف سندها لا دلالة لها على الحرمة، لما تقدّم من أنّ المدح لفعل لا يكشف عن كونه واجباً.

[٢] وباعتبار ضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

[٣] وفى روايه الحسن بن على الوشّاء، قال: سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنّيه؟ قال: «قد يكون للرّجل الجاريه تُلهيه، وما ثمنها إلاّ ثمن الكلب، وثمان الكلب سحت» (١)، وفى صحيحه إبراهيم بن أبي البلاد: «ثمان الكلب والمغنّيه سحت» (٢). ومثل هذا كاشف عن حرمة الغناء، فإنّه لا يكون بطلان المعامله على المغنّيه «قد يكون للرّجل جاريه تُلهيه، وما ثمنها إلاّ كثمان الكلب». وظاهر هذه الأخبار بأسرها حرمة الغناء من حيث اللّهُ والباطل، فالغناء وهى من مقوله

ص: ٣٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ١٢٤، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٢٣، الحديث ٤.

الكيفيَّة للأصوات، كما سيجيء، إن كان مساوياً للصَّوت اللّهُوى والباطل كما هو الأقوى، وسيجيء فهو، وإن كان أعمّ وجب تقييده بما كان من هذا العنوان، كما أنه لو كان أخصّ وجب التعدّي عنه إلى مطلق الصَّوت الخارج على وجه اللّهُوى.

وبالجملة، فالمحرّم هو ما كان من لحن أهل الفسوق والمعاصى التي ورد النّهي عن قراءه القرآن بها سواء كان مساوياً للغناء أو أعمّ أو أخصّ، مع أنّ الظاهر أن ليس الغناء إلّا هو وإن اختلفت فيه عبارات الفقهاء واللّغويين.

الشرح:

الجاريه بما أنها مغنيه إلّا مع حرمة، وإلّا فكونها مغنيه ككونها خياطه أو كاتبه من الأوصاف التي توجب زياده ماليتها.

لا يقال: نعم، ولكن لا يكون مثلها كاشفاً عن حرمة الغناء مطلقاً حتّى فيما إذا كان في الكلام الصّحيح.

فإنه يقال: بطلان بيعها كاشف عن حرمة الغناء حتّى فيما إذا كان في الكلام المزبور، وإلّا فكونها مغنيه ككونها كاتبه من الأوصاف التي تكون منشأ للحلال والحرام، ولا يوجب مثلها بطلان البيع فتدبر.

ونظيرها ما ورد في حرمة الاستماع إلى الغناء، فإنه كاشف عن حرمة نفس الغناء، حيث لا يحتمل حرمة الاستماع والجلوس إلى الحلال. وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يجلس إليه، قال: «لا» (١).

فعن المصباح: أنّ الغناء الصَّوت وعن آخر: أنّه مدّ الصَّوت [١] وعن النّهايه عن الشّافعي: أنّه تحسّين الصَّوت وترقيقه. وعنهما أيضاً: أنّ كلّ من رفع صوتاً ووالاه فصوته عند العرب غناء وكلّ هذه المفاهيم ممّا يعلم عدم حرمتها وعدم صدق الغناء عليها، فكّلها إشاره إلى المفهوم المعين عرفاً. والأحسن من الكلّ ما تقدّم من الصّيحاح ويقرب منه المحكى عن المشهور بين الفقهاء من أنّه مدّ الصَّوت المشتمل على الترجيع المطرب. والطّرب على ما في الصّيحاح: خفّه تعترى الإنسان لشده حزن أو سرور. وعن الأساس للزمخشري: خفّه لسرور أو همّ. وهذا

ص: ٣٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣١٢، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣٢.

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ الغناء وإن كان بإطلاقه محرّماً إلاّ أنّه لا يمكن الحكم بكونه من الكبائر، إلاّ فيما إذا كان فى ضمن كلام باطل، كالكذب وما يوجب إضلال الناس عن الدّين الحقّ وإفساد عقيدتهم. وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، قال: سمعته يقول: «الغناء ممّا وعد الله عليه النّار» (١) وتلا هذه الآية: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ» (٢). . . الخ، فإنّ الآية ناظره إلى شراء لهو الحديث الموجب لإضلال الناس. وما فى روايه الأعمش أيضاً لا يدلّ على أنّه بإطلاقه من الكبائر، حيث إنّ المذكور فيها الملاهى الّتى تصدّ عن ذكر الله، والملاهى جمع ملهى بمعنى اللّهو، بقرينه التمثيل بالفعل، ومدلولها كون الغناء الموجب لنسيان الله كبيره، فلا تعمّ ما يكون فى ضمن الأشعار المتضمّنه للوعظ والإرشاد ونحوهما.

[١] لا ينبغى التأمّل فى كون الغناء عرفاً هى الكيفيّة للصّوت، ولا دخل فى صدقه لبطلان معنى الكلام وعدمه؛ ولذا من سمع من بعيد صوتاً يكون فيه الترجيع

ص: ٣٣٣

١- (١) المصدر السابق: ٣٠٤، الحديث ٦.

٢- (٢) سورة لقمان: الآية ٦.

القيد هو المدخل للصوت في أفراد اللّهُو، وهو الذي أرادهُ الشّاعر بقوله: أَطْرَبًا وَأَنْتَ قَسِيرَى أَي شَيْخٍ كَبِيرٍ، وِإِلَّا فَمَجْرَدُ السَّرورِ
أَو الحزن لا يبعد عن الشّيخ الكبير.

وبالجمله، فمجرّد مدّ الصّوت لا مع التّرجيع المطرب، أو ولو مع التّرجيع لا يوجب كونه لهوًا. ومن اكتفى بذكر التّرجيع كالقواعد
أراد به المقتضى للإطراب. قال في جامع المقاصد في الشّرح: ليس مجرّد مدّ الصّوت محرماً و إن مالت إليه النّفوس ما لم ينته
إلى حدّ يكون مطرباً بالتّرجيع المقتضى للإطراب، انتهى.

الشّرح:

الخاصّ المناسب للرقص وضرب الأوتار يحكم بأنّه غناء، وإن لم يتميّز عنده مواد الكلام، ولعلّ هذا هو المراد من قولهم بأنّه مدّ
الصوت المشتمل على التّرجيع المطلوب، بأن يكون مرادهم تطويل الصوت بنحو خاصّ، أي تطويله بترجيعه وترديده في الحلق،
بنحو يقتضى الطرب، أي يناسبه. والطرب حاله تعرض النفس من شدّه الفرح أو الحزن، وحقيقته خروج النفس عن اعتدالها؛ ولذا
ربّما يفعل الإنسان في ذلك الحال ما لا يفعله في غيره.

وعلى كلّ فإنّ أحرز في مورد كون الكيفيه غناء فهو، وإلّا- فمقتضى الأصل الإباحه، ويكون الشك في المقام من الشبهه
المفهوميّه، حيث يكون المفهوم مجهولاً- من حيث سعه دائرته وضيقة كما لا- يخفى. ويشهد على ما ذكرنا من كون الغناء هي
كيفيه الصوت من غير دخل لمعنى الكلام فيه موثقه عبد الأعلى المتقدّمه، حيث إنّ الكلام المنكر الوارد فيها ليس باطلاً من جهه
المعنى.

ثمّ إنّ المراد بالمطرب ما كان مطرباً في الجمله بالنّسبه إلى المعنى أو المستمع، أو ما كان من شأنه الإطراب ومقتضياً له لو لم
يمنع عنه مانع من جهه قبح الصّوت أو غيره، وأمّا لو اعتبر الإطراب فعلاً خصوصاً بالنّسبه إلى كلّ أحد، وخصوصاً بمعنى الخفّه
لشدّه السّرور أو الحزن فيشكل بخلو أكثر ما هو غناء عرفاً عنه. وكأنّ هذا هو الذي دعا الشّهيد الثّاني إلى أن زاد في الزوضه
والمسالك

ص: ٣٣٤

بعد تعريف المشهور قوله: أو ما يسمّى في العرف غناء وتبعه في مجمع الفائده وغيره. ولعلّ هذا أيضاً دعا صاحب مفتاح الكرامه إلى زعم أنّ الإطراب في تعريف الغناء غير الطرب المفسيّر في الصّيحاح بخفّه لشده سرور أو حزن وإن توهمه صاحب مجمع البحرين وغيره من أصحابنا. واستشهد على ذلك بما في الصّيحاح من أنّ التّطريب في الصّوت: مدّه وتحسينه. وما عن المصباح من أنّ طرب في صوته: مدّه ورجعه. وفي القاموس: الغناء ككساء من الصّوت ما طرب به، وأنّ التّطريب: الإطراب، كالتّطرب والتّغنى. قال رحمه الله: فتحصّل من ذلك أنّ المراد بالتّطريب والإطراب غير الطرب بمعنى الخفّه لشده حزن أو سرور كما توهمه صاحب مجمع البحرين وغيره من أصحابنا فكأنّه قال في القاموس: الغناء من الصّوت ما مُدّ وحُسن ورجع، فانطبق على المشهور، إذ التّرجيع تقارب ضروب حركات الصّوت والنّفس، فكان لازماً للإطراب والتّطريب، انتهى كلامه رحمه الله.

وفيه: أنّ الطرب إذا كان معناه على ما تقدّم من الجوهري والزّمخشري هو ما يحصل للإنسان من الخفّه، لا جرم يكون المراد بالإطراب والتّطريب إيجاد هذه الحاله، وإلا لزم الاشتراك اللفظي، مع أنّهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشتقّ منه لفظ التّطريب والإطراب. مضافاً إلى أنّ ما ذكر في معنى التّطريب من الصّيحاح والمصباح إنّما هو للفعل القائم بذى الصّوت، لا الإطراب القائم بالصّوت، وهو المأخوذ في تعريف الغناء عند المشهور، دون فعل الشّخص، فيمكن أن يكون معنى تطريب الشّخص في صوته: إيجاد سبب الطرب بمعنى الخفّه بمدّ الصّوت وتحسينه وترجيّعه، كما أنّ تفريح الشّخص: إيجاد سبب الفرح بفعل ما يوجهه، فلا ينافي ذلك ما ذكر في معنى الطرب. وكذا ما في القاموس من قوله: ما طرب به يعني ما أُوجد به الطرب. مع أنّه لا مجال لتوهم كون التّطريب بمادّته بمعنى التّحسين والتّرجيع، إذ لم يتوهم أحد كون الطرب بمعنى الحسن والرجوع، أو كون التّطريب هو نفس المدّ، فليست هذه الأمور إلاّ أسباباً للطرب يراد إيجادها من فعل هذه الأسباب.

هذا كلّّه، مضافاً إلى عدم إمكان إرادته ما ذكر من المدّ والتّحسين والتّرجيع من المطرب في قول الأكثر: إنّ الغناء مدّ الصّوت المشتمل على التّرجيع المطرب كما لا يخفى. مع أنّ مجرّد المدّ والتّرجيع والتّحسين لا يوجب الحرمة قطعاً، لما مرّ وسيجيء.

فتبين من جميع ما ذكرنا أنّ المتعين حمل المطرب في تعريف الأكثر للغناء على الطرب بمعنى الخفّه، وتوجيه كلامهم: بإرادته ما يقتضى الطرب ويعرض له بحسب وضع نوع ذلك التّرجيع، وإن لم يطرب شخصه لمانع، من غلظه الصّوت ومجّ الأسماع له. ولقد أجاد فى الصّيحاح حيث فسّر الغناء بالسماع، وهو المعروف عند أهل العرف، وقد تقدّم فى روايه محمد بن أبى عباد المستهتر بالسماع .

وكيف كان: فالمحصّل من الأدلّه المتقدّمه حرمة الصّوت المرّجّع فيه على سبيل اللّهُو، فإنّ اللّهُو كما يكون بآله من غير صوت كضرب الأوتار ونحوه وبالصّوت فى الآله كالزممار والقصب ونحوهما فقد يكون بالصّوت المجرد. فكلّ صوت يكون لهواً بكيفيته ومعدوداً من ألحان أهل الفسوق والمعاصى فهو حرام، وإن فرض أنّه ليس بغناء. وكلّ ما لا يعدّ لهواً فليس بحرام، وإن فرض صدق الغناء عليه، فرضاً غير محقّق، لعدم الدليل على حرمة الغناء إلّا من حيث كونه باطلاً ولهواً ولغوياً وزوراً، ثمّ إنّ اللّهُو يتحقّق بأمرين:

أحدهما: قصد التّلهّى وإن لم يكن لهواً.

والثانى: كونه لهواً فى نفسه عند المستمعين وإن لم يقصد به التّلهّى.

ثمّ إنّ المرجع فى اللّهُو إلى العرف، والحاكم بتحقيقه هو الوجدان، حيث يجد الصّيوت المذكور مناسباً لبعض آلات اللّهُو وللرقص ولحضور ما تستلذه القوى الشّهويّه، من كون المغنى جاريه أو أمرداً ونحو ذلك، ومراتب الوجدان المذكور مختلفه فى الوضوح والخفاء، فقد يحسّ بعض التّرجيع من مبادئ الغناء ولم يبلغه. وظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق بين استعمال هذه الكيفيه فى كلام حقّ أو باطل، فقراءه القرآن والدعاء والمرائى بصوت يُرّجّع فيه على سبيل اللّهُو لا- إشكال فى حرمتها ولا فى تضاعف عقابها، لكونها معصيه فى مقام الطّاعه، واستخفافاً بالمقرّو والمدعو والمرئى.

ومن أوضح تسويلات الشّيطان: أنّ الرّجل المتستّر [١] قد تدعوه نفسه لأجل التّفرّج والتّنزّه والتلذذ إلى ما يوجب نشاطه ورفع الكساله عنه من الزّمزمه الملهيّه فيجعل ذلك فى بيت من الشّعير المنظوم فى الحِكم والمرائى ونحوها، فيتغنى به، أو يحضر عند من يفعل ذلك. و ربّما يُعدّ مجلساً لأجل إحضار أصحاب الألحان ويسمّيه مجلس المرثيه فيحصل له بذلك ما لا يحصل له من ضرب الأوتار من

النشاط والانبساط، وربما يبكي في خلال ذلك [٢] لأجل الهموم المركوزه في قلبه الغائبه عن خاطره، من فقد ما تستحضره القوى الشهويه، ويتخيل أنه بكى في المرثيه وفاز بالمرتبه العاليه، وقد أشرف على النزول إلى دركات الهاويه، فلا ملجأ إلا إلى الله من شر الشيطان والنفس الغاويه.

الشرح:

[١] أي الرجل الجالس مكان الخلوه.

[٢] ويظهر ذلك بملاحظه مثل الأب العذى مات ولده المحبوب له الشاب، فإنه وربما يجزئ على هذا عروض الشبهه في الأزمنه المتأخره في هذه المسأله، تاره من حيث أصل الحكم، وأخرى من حيث الموضوع، وثالثه من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

أما الأول: فلأنه حكى عن المحدث الكاشاني [١] أنه خص الحرام منه بما الشرح:

يقراً عنده تعزیه سيد الشهداء وولده الأكبر سلام الله عليهما، ويبكى أشد البكاء، مع أنه لم يكن يبكي من قبل بمثل هذه التعزیه، فإن بكاءه حقيقه لموت ولده.

ثم إن الوجه في هلاك الرجل المتستر المفروض ما أشرنا إليه، من أن الجهل بحرمة هذا النحو من كفيته القراءه في التعزیه أو غيرها شبهه حكميه منشؤها الجهل بعموم مفهوم الغناء وشموله لها، والجهل في تلك الشبهه لا يكون عذراً إلا بعد الفحص وعدم الظفر بما يكون دليلاً على حرمة تلك الكيفيه كما لا يخفى.

[١] المنسوب إلى المحدث الكاشاني وصاحب «الكفايه» جواز الغناء، وأن الحرام ما يقترب به من المزمار ودخول الرجال على النساء ونحوهما، وأن الأخبار الناهيه عن الغناء ناظره إلى المتعارف في ذلك الزمان، وهو الغناء المقترب بالأباطيل والمحرمات، ولعله يشير إلى ذلك قوله عليه السلام في صحيحه أبي بصير: «أجر المغنيه التي تزف العرائس ليس به بأس، وليست بالتي يدخل عليها الرجال» (١).

ويمكن دعوى ظهور الجواز من بعض الروايات الأخرى، كخبر أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنيات؟ فقال: التي يدخل عليها الرجال حرام،

ص: ٣٣٧

والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس، وهو قول الله عز وجل (١)، وخبر على بن جعفر عن «قرب الإسناد» عن عبد الله بن الحسن قال: «سألته عن الغناء، هل يصلح اشتمل على محرّم من خارج مثل اللّعب بالآلات اللّهو ودخول الرّجال، والكلام بالباطل و إلاّ فهو فى نفسه غير محرّم. والمحكى من كلامه فى الوافى أنّه بعد حكاية الأخبار التى يأتى بعضها قال: الذى يظهر من مجموع الأخبار الواردة اختصاص حرمة الغناء وما يتعلّق به من الأجر والتعليم والاستماع والبيع والشراء، كلّها بما كان على النّحو المتعارف فى زمن الخلفاء، من دخول الرّجال عليهنّ وتكلمهنّ بالباطل ولعبهنّ بالملاهى من العيدان والقصب وغيرهما، الشّرح:

فى الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به» (٢). ورواه على بن جعفر فى كتابه إلاّ أنّه قال: «ما لم يزم به»، وفى بعض النسخ «مالم يؤمر به»، والصحيح هو الأول. وظاهر هذه أيضاً جواز الغناء فى نفسه، حيث لا- يحتمل جوازه فى الأعياد والأفراح كلّها وحرمة فى غير ذلك.

أقول: ما ذكر من نظر الأخبار النّاهية إلى الغناء المتعارف فى ذلك الزمان وكان مقارناً بالأباطيل والمحرمات الأخر فاسد، فإنّه مضافاً إلى أنّ النهى عن عنوان ظاهره كونه المنهى عنه، لا- كونه إشارة إلى عنوان آخر يكون مقارناً له، أو متّحداً معه بعضاً أو غالباً أنّ إنكار الترخيص راجع فى موثقه عبدالأعلى إلى نفس القول والغناء، لا إلى استعمال الملاهى أو غيره من المحرّمات.

وأما صحيحه أبى بصير فلا بدّ من حمل قوله عليه السلام: «بالتى يدخل عليها الرّجال» على العنوان المشير، يعنى إلى التى تغنى فى غير الزفاف، ولعلّ دخول الرّجال عليها كان متعارفاً فى غنائها فى غير الزفاف. ويحتمل أن يكون قوله: «وليست . . . إلخ» حالاً، أى التى تزفّ العرائس لا بأس بكسبها حال عدم دخول الأجنب عليها، وعدم دون ما سوى ذلك من أنواعه، كما يشعر به قوله عليه السلام: «ليست بالتى يدخل عليها الرّجال» إلى أن قال: وعلى هذا فلا بأس بالتغنى بالأشعار المتضمّنه لذكر الجنّه والنّار والتشويق إلى دار القرار، ووصف نعم الله الملك الجبار، وذكر العبادات،

ص: ٣٣٨

١- (١) المصدر السابق: ١٢٠، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٢٢، الحديث ٥.

والتَّوْبَةُ فِي الْخَيْرَاتِ، وَالزَّهْدُ فِي الْفَانِيَاتِ، وَنَحْوَ ذَلِكَ، كَمَا أُشِيرَ إِلَيْهِ فِي حَدِيثِ الْفَقِيهِ بِقَوْلِهِ: «فَذَكَرْتُكَ الْجَنَّةَ» وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا كَلِمَةُ ذِكْرِ اللَّهِ، «تَقْشَعِرُّ مِنْهُ جُلُودُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ ثُمَّ تَلِينُ جُلُودُهُمْ وَقُلُوبُهُمْ إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ».

الشرح:

دخولهم من باب المثال، والمراد عدم ارتكاب محرّم آخر. ولا بأس بالالتزام بجواز الغناء في الأعراس ما لم يقترن بمحرّم آخر، حيث إنّ حلّ الكسب بعمل يلزم جواز ذلك العمل.

ويدلّ عليه روايتان لأبي بصير أيضاً، وفي إحداهما ولا يبعد كونها معتبرة، فإنّه ليس في سندها غير حكم الخياط، والظاهر أنّه ثقة باعتبار كونه من مشايخ ابن أبي عمير قال أبو عبدالله عليه السلام: «المغنيّة التي تزفّ العرائس لا بأس بكسبها»^(١).

والوجه في اعتبار عدم الاقتران بحرام آخر، مضافاً إلى ما استظهرناه من صحيحته المتقدّمه، إطلاق أدلّه حرمة استعمال الملاهي ونحوه، فإنّها تعمّ الزفاف وغيره. وظاهر الرواية المجوّزه تجويز الغناء دون المحرّم الآخر.

ودعوى أنّ المتعارف من الغناء في الزفاف كان مقترناً باستعمال الملاهي لم تثبت، بل هذه نظير دعوى أنّ المتعارف من الغناء في الزفاف كان مقترناً بشرب الخمر كما لا يخفى.

وأما ما رواه في «قرب الإسناد» عن علي بن جعفر فلضعف سنده ساقط عن وبالجملة: فلا يخفى على أهل الحجى بعد سماع هذه الأخبار تمييز حقّ الغناء عن باطله، وأنّ أكثر ما يتغنّى به الصّوفيه في محافلهم من قبيل الباطل، انتهى.

أقول: لولا استشهاده بقوله: «ليست بالتي يدخل عليها الرجال» أمكن بلا تكلف تطبيق كلامه على ما ذكرناه من أنّ المحرّم هو الصوت اللّهوي الذي يناسبه اللّعب بالملاهي والتكلم بالأباطيل ودخول الرجال على النساء، لحظّ السيّد والبصر من شهوه الزّنا، دون مجرّد الصّوت الحسن الذي يذكرّ أمور الآخرة وينسى شهوات الدّنيا، إلّا أنّ استشهاده بالزّوايه: «ليست بالتي يدخل عليها الرجال» ظاهر في التّفصيل بين أفراد الغناء لا من حيث نفسه، فإنّ صوت المغنيّة التي تزفّ

ص: ٣٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٢١، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

العرائس على سبيل اللّهُ لا محاله، ولذا لو قلنا بإباحته فيما يأتي كُنّا قد خصّصناه بالدليل. ونسب القول المذكور إلى صاحب الكفايه أيضاً، والموجود فيها بعد ذكر الأخبار المتخالفه جوازاً ومنعاً في القرآن وغيره: أن الجمع بين هذه الأخبار يمكن بوجهين:

أحدهما: تخصيص تلك الأخبار الوارده المانعه بما عدا القرآن، وحمل ما الشرح:

الاعتبار، فإنّ في سنده عبدالله بن الحسن ولم يثبت له توثيق. نعم، روايته عن كتابه معتبره، ولكن دلالتة على جواز الغناء الذي لا يزم به قابل للخدشه، فإنّه يحتمل أن يكون المراد بالغناء مطلق مدّ الصوت، وقيد «ما لم يزم به» إشاره إلى عدم البلوغ إلى حد الغناء المعروف. وهذا الاحتمال وإن كان خلاف الظاهر، إلا أنّه لا بأس به في مقام الجمع.

ولو فرض عدم تماميه ما ذكرنا في هذه الصحيحه وصحيحه أبي بصير المتقدمه ووقعت المعارضه بين هذه الطائفة الموافقه للعامه والطائفة المانعه المخالفه لهم، فالمتعين الأخذ بالمانعه، باعتبار أنّ مخالفه العامه هو المرجح الثاني في باب يدلّ على ذمّ التغنى بالقرآن على قراءه تكون على سبيل اللّهُ، كما يصنعه الفساق في غنائهم ويؤيده روايه عبدالله بن سنان المذكوره: «اقرأوا القرآن بألحان العرب، وإياكم ولحون أهل الفسق والكبائر وسيجيء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء».

وثانيهما: أن يقال وحاصل ما قال: حمل الأخبار المانعه على الفرد الشائع في ذلك الزمان، قال: والشائع في ذلك الزمان الغناء على سبيل اللّهُ من الجوارى وغيرهنّ في مجالس الفجور والخمور والعمل بالملاهي والتكلمّ بالباطل وإسماعهنّ الرجال، فحمل المفرد المعرفّ يعنى لفظ الغناء على تلك الأفراد الشائعه في ذلك الزمان غير بعيد.

ثمّ ذكر روايه على بن جعفر الآتيه وروايه «اقرأوا القرآن» المتقدمه، وقوله: «ليست بالتى يدخل عليها الرجال» مؤيداً لهذا الحمل.

الشرح:

المعارضه، فتدبر.

ص: ٣٤٠

ثم إنه لا- يسعنا الحكم بحرمة الباطل واللهو ما لم يدخل في عنوان الغناء أو غيره من المحرمات، ولكن نسب التحريم إلى بعض الأصحاب.

ويستدل عليه تاره بمثل قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ»^(١)، وفيه ما تقدم من أن المدح بفعل لا يدل على وجوب ذلك الفعل.

وأخرى بروايات وارده في وجوب التمام في سفر الصيد تنزهاً، وفي موثقه ابن بكير: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصيد اليوم واليومين والثلاثة، أيقصير الصلاة؟ قال: «لا، إلا أن يشيع الرجل أخاه في الدين، فإن الصيد مسير باطل لا تقصر قال: إن فيه إشعاراً بأن منشأ المنع في الغناء هو بعض الأمور المحرمة المقترنه به كالاتهاء وغيره إلى أن قال: إن في عدّه من أخبار المنع عن الغناء إشعاراً بكونه لهواً باطلاً، وصدق ذلك في القرآن والدعوات والأذكار المقروءة بالأصوات الطيبة المذكورة المهيجه للأشواق إلى العالم الأعلى محلّ تأمّل، على أن التعارض واقع بين أخبار الغناء والأخبار الكثيره المتواتره الداله على فضل قراءه القرآن والأدعية والأذكار مع عمومها لغه، وكثرتها، وموافقها للأصل، والنسبه بين الموضوعين عموم من وجه، فإذا لا ريب في تحريم الغناء على سبيل اللهو والافتران بالملاهي ونحوهما.

ثم إن ثبت إجماع في غيره، وإلا بقي حكمه على الإباحه، وطريق الاحتياط واضح، انتهى.

أقول: لا- يخفى أن الغناء على ما استفدنا من الأخبار، بل فتاوى الأصحاب وقول أهل اللغة هو من الملاهي، نظير ضرب الأوتار والتنفخ في القصب والمزمار، وقد تقدم التصريح بذلك في روايه الأعمش الوارده في الكبائر فلا يحتاج في حرمة إلى أن يقترن بالمحرمات الأخر، كما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثين المذكورين.

الشرح:

الصلاه فيه^(٢)، وفي موثقه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عمّن يخرج عن أهله بالصقوره والبزاه والكلاب يتنزه الليله والليلتين والثلاثة، هل يقصّر من صلاته أم لا؟

ص: ٣٤١

١- (١) سورة المؤمنون: الآية ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٨: ٤٨٠، الباب ٩ من أبواب صلاه المسافر، الحديث ٧.

قال: «إنما خرج في لهُو لا يقصّر» (١). ولكن لا يخفى عدم دلالتهما على حرمة اللهُو والباطل بالسفر فضلاً عن غيره أيضاً. بل مدلولهما عدم تشريع القصر في ذلك السفر نعم، لو فرض كون الغناء موضوعاً لمطلق الصّوت الحسن كما يظهر من بعض ما تقدّم في تفسير معنى التّطريب توجه ما ذكرناه، بل لا- أظنّ أحداً يفتى بإطلاق حرمة الصّوت الحسن. والأخبار بمدح الصّوت الحسن وأنّه من أجمل الجمال، واستحباب القراءة والدّعاء به، وأنّه حليه القرآن، واتصاف الأنبياء والأئمّه عليهم السلام به في غايه الكثره. وقد جمعها في الكفايه بعد ما ذكر: أنّ غير واحد من الأخبار يدلّ على جواز الغناء في القرآن، بل استحبابه، بناءً على دلاله الزوايات على استحباب حسن الصّوت والتّحزين والترجيع به، والظاهر أنّ شيئاً منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللّغه وغيرهم على ما فصلناه في بعض رسائلنا، انتهى.

وقد صرّح في شرح قوله عليه السلام: «اقرأوا القرآن بألحان العرب» أنّ اللّحن هو الغناء.

الشرح:

المقصود به اللهُو والتّنزه والباطل، والمراد بالباطل عدم غرض مطلوب فيه، كالتكسّب وتشيع الأخ، وغايه الأمر بالالتزام بالتمام في السفر كذلك، مع عدم كونه من أفراد السفر للمعصيه، ويناسب ذلك عطف سفر الصيد تنزّهاً في كلام الأصحاب على السفر للمعصيه، فلاحظ.

وأما موثقه عبدالأعلى فقد تقدّم أنّ مدلولها عدم اتّخاذ الله تعالى أو رسوله لنفسه اللهُو، وأمّا أنّ اللهُو بإطلاقه محرّم على الإنسان المكلف فلا دلاله لها على ذلك أصلاً، بل ذكرنا احتمال أن يكون الاستشهاد بالآيه باعتبار ما في ذيلها من الويل للمفتري.

وفي صحيحه الريان بن الصلت، قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الغناء، وأنّ العباسي ذكر عنك أنّك ترخص في الغناء؟ فقال: كذب الزنديق، ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء فقلت: إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء، فقال: إذا ميّز الله وبالجملة، فنسبه الخلاف إليه في معنى الغناء أولى من نسبه التفصيل إليه، بل

ص: ٣٤٢

١- (١) المصدر السابق: ٤٧٨، الحديث الأول.

ظاهر أكثر كلمات المحدث الكاشاني أيضاً ذلك، لأنه في مقام نفي التحريم عن الصوت الحسن المذكور لأمور الآخرة المنسوبة لشهوات الدنيا.

نعم، بعض كلماتهما ظاهره في ما نسب إليهما من التفصيل في الصوت اللهوى الذى ليس هو عند التأمل تفصيلاً، بل قولاً بإطلاق جواز الغناء وأنه لا حرمه فيه أصلاً، وإنما الحرام ما يقترن به من المحرمات، فهو على تقدير صدق نسبتة إليهما في غايه الضعف لا شاهد له يقيد الإطلاقات الكثيره المدعى تواترها، إلا بعض الروايات التى ذكرها:

منها: ما عن الحميرى بسند لم يُعَد في الكفايه إلحاقه بالصحيح حاح عن على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن الغناء فى الفطر والأضحى والفرح، قال: لا بأس ما لم يُعص به» والمراد به ظاهراً ما لم يصير الغناء سبباً للمعصيه ولا مقدمه للمعاصى المقارنه له. وفى كتاب على بن جعفر، عن أخيه، قال: «سألته عن الغناء هل يصلح فى الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس ما لم يزمر به». الشرح:

بين الحقّ والباطل، فأين يكون الغناء؟ فقال: مع الباطل، فقال: «حكمت» (١)، فإن صدرها ظاهر فى نفي الترخيص فى الغناء لا أنه حرام، وقول أبى جعفر عليه السلام لا يدلّ على خصوص الحرمة، كما لا يدلّ على الجواز بنحو الكراهه، حيث إنّ الباطل جامع بينهما ويناسب كلاً منهما. وبهذا الاعتبار ذكر سلام الله عليه كذب الزنديق.

وبهذا يظهر الحال فى موثقه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه «سئل عن الشطرنج وعن لعبه شبيب التى يقال لها لعبه الأمير، وعن لعبه الثلث، فقال: أرايتك إذا ميز الله والظاهر أنّ المراد بقوله: «ما لم يُزمر به» أى لم يلعب معه بالمزمار، أو ما لم يكن الغناء بالمزمار ونحوه من آلات الأغاني. وروايه أبى بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنّيات، فقال: التى يدخل عليها الرجال حرام، والتى تدعى إلى الأعراس لا بأس به، وهو قول الله عزّ وجلّ: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ».

وعن أبى بصير، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال عليه السلام: أجر المغنّيه التى تزفّ

ص: ٣٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٠٦، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣.

العرائس ليس به بأس، ليست بالتي يدخل عليها الرجال». فإن ظاهر الثانيه وصريح الأولى: أن حرمه الغناء منوط بما يقصد منه، فإن كان المقصود إقامه مجلس اللّهُو حرم، وإلا فلا.

وقوله عليه السلام فى الروايه: «وهو قول اللّهُ» إشاره إلى ما ذكره من التفصيل، ويظهر منه أن كلا الغنائين من لهو الحديث، لكن يقصد بأحدهما إدخال الناس فى المعاصى والإخراج عن سبيل الحق وطريق الطّاعه، دون الآخر.

وأنت خبير بعدم مقاومه هذه الأخبار للإطلاقات، لعدم ظهور يعتدّ به فى دلالتها، فإنّ الروايه الأولى لعلّى بن جعفر ظاهره فى تحقّق المعصيه بنفس الغناء، فىكون المراد بالغناء مطلق الصّوت المشتمل على التّرجيع، وهو قد يكون مطرباً ملهياً فىحرم، وقد لا ينتهى إلى ذلك الحدّ فلا يعصى به.

الشرح:

الحق والباطل مع أيّهما تكون؟ قال: مع الباطل، قال: فلا خير فيه» (1)، حيث إنّ نفي الخير لا يدلّ على الحرمة، بل يناسب الكراهه أيضاً، وإن كان المراد منه بالإضافه إلى بعض مورد السؤال أو كلّ الحرمة، ولكنّها بقرينه خارجيه. ولو كنّا وهذه الروايه لما ومنه يظهر توجيه الروايه الثانيه لعلّى بن جعفر، فإنّ معنى قوله: «لم يزم به» لم يرجع فيه ترجيع المزمار، أو لم يقصد منه قصد المزمار، أو أنّ المراد من الزمّ التّعنى على سبيل اللّهُو.

وأما روايه أبى بصير مع ضعفها سنداً بعلّى بن أبى حمزه البطائنى فلا تدلّ إلاّ على كون غناء المغنّيه التى يدخل عليها الرجال داخلًا فى لهو الحديث فى الآيه، وعدم دخول غناء التى تدعى إلى الأعراس فيه، وهذا لا يدلّ على دخول ما لم يكن منهما فى القسم المباح، مع كونه من لهو الحديث قطعاً. فإذا فرضنا أنّ المغنّى يغنّى بأشعار باطله، فدخول هذا فى الآيه أقرب من خروجه.

وبالجملة، فالمذكور فى الروايه تقسيم غناء المغنّيه باعتبار ما هو الغالب من أنّها تطلب للتّعنى، إمّا فى المجالس المختصّه بالنساء كما فى الأعراس، وإمّا

ص: ٣٤٤

للتغنى في مجالس الرجال.

نعم، الإنصاف أنه لا يخلو من إشعار بكون المحرّم هو الذى يدخل فيه الرجال على المغنّيات، لكن المنصف لا يرفع اليد عن الإطلاقات لأجل هذا الإشعار، خصوصاً مع معارضته بما هو كالصريح فى حرمة غناء المغنّيه ولو لخصوص مولاها، كما تقدّم من قوله عليه السلام: «قد يكون للرجل الجارية تُلهيه، وما ثمنها إلا ثمن الكلب»، فتأمل.

وبالجملة، فضعف هذا القول بعد ملاحظه النصوص أظهر من أن يحتاج إلى الإظهار. وما أبعد بين هذا وبين ما سيجىء من فخر الدّين من عدم تجويز الغناء الشّرح:

أمكن الحكم بالحرمة حتّى فى مورد السؤال، وكيف كان فلا دلالة فى الروايتين على حرمة الباطل أصلاً.

بالأعراس، لأنّ الروايتين وإن كانتا نصّين فى الجواز، إلا أنّهما لا تقاومان الأخبار المانعه، لتواترها. وأمّا ما ذكره فى الكفايه من تعارض أخبار المنع للأخبار الوارده فى فضل قراءة القرآن فيظهر فساده عند التّكلم فى التّفصيل.

وأما الثانى وهو الاشتباه فى الموضوع: فهو ما ظهر من بعض من لا خيره له من طلبه زماننا تقليداً لمن سبقه من أعياننا من منع صدق الغناء فى المراثى، وهو عجيب! فإنّه إن أراد أنّ الغناء ممّا يكون لمواد الألفاظ دخل فيه، فهو تكذيب للعرف واللّغه. أمّا اللّغه فقد عرفت، وأمّا العرف فلاّنه لا ريب أنّ من سمع من بعيد صوتاً مشتملاً على الإطراب المقتضى للزّقص أو ضرب آلات اللّهو لا يتأمّل فى إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد الألفاظ. وإن أراد أنّ الكيفيه التى يقرأ بها للمرثيه لا يصدق عليها تعريف الغناء، فهو تكذيب للحسن.

وأما الثالث وهو اختصاص الحرمة ببعض أفراد الموضوع: فقد حكى فى جامع المقاصد قولاً لم يسمّ قائله باستثناء الغناء فى المراثى نظير استثناءه فى الأعراس ولم يذكر وجهه، وربّما وجهه بعض من متأخري المتأخّرين بعمومات أدلّه الإيكاء والزّناء، وقد أخذ ذلك ممّا تقدّم من صاحب الكفايه من الاستدلال بإطلاق أدلّه قراءة القرآن.

وفيه: أنّ أدلّه المستحبات لا تقاوم أدلّه المحرّمات، خصوصاً التى تكون من

مقدماتها، فإن مرجع أدله الاستحباب [١] إلى استحباب إيجاد الشيء بسببه المباح، الشرح:

[١] وحاصله: أن المحرّم قد يكون له وجود آخر ويحسب مقدّمه للمستحب أو المكروه أو المباح، وقد يكون متّحداً مع العنوان المستحب أو المكروه أو المباح في الوجود، ولا بدّ في كلا القسمين من تقديم خطاب التحريم ولو مع كون النسبه بين الخطابين العموم من وجه، فإنّ هذا التقديم مقتضى الجمع العرفي بين الخطابين، لا بسببه المحرّم، ألا ترى أنّه لا يجوز إدخال السّرور في قلب المؤمن وإجابته بالمحرّمات، كالزنا واللواط والغناء. والسّر في ذلك أنّ دليل الاستحباب إنّما يدلّ على كون الفعل لو خلى وطبعه خالياً عمّا يوجب لزوم أحد طرفيه، فلا ينافي ذلك طرّو عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله أو تركه كما إذا صار مقدّمه لواجب، أو صادفه عنوان محرّم فإجابته المؤمن، وإدخال السّرور في قلبه ليس في نفسه شيء ملزم لفعله أو تركه، فإذا تحقّق في ضمن الزنا فقد طرأ عليه عنوان ملزم لتركه، كما أنّه إذا أمر به الوالد أو السيد طرأ عليه عنوان ملزم لفعله.

الشرح:

حيث إنّ الاستفادة عرفاً من خطاب استحباب الشيء مع ملاحظه كون بعض سببه محرّماً استحباب إيجاده بسبب مباح. كما أنّ الاستفادة من خطابه مع ملاحظه خطاب النهي في مورد اتحاد العنوانين كون الاستحباب اقتضائياً بالإضافة إلى العنوان المحرّم، بمعنى أنّه يثبت الاستحباب لو لم يكن في البين ذلك العنوان الحرام. وكذا الحال في مورد اتحاد العنوان المحكوم بالإباحه مع العنوان المحرّم، ولذا لا يستفاد من خطاب حلّ أكل لحم مثل الغنم حلّه حتّى فيما إذا كان الغنم مغصوباً أو موطوءاً، ولعلّ الوجه في هذا الجمع العرفي هي القرينه العامه، وهي ملاحظه الفاعل الجبه الأهمّ والملاك الملزم في مورد مزاحمته بغيره.

وقد تحصّل ممّا ذكرنا أنّه لا يمكن دعوى المعارضه بين خطاب النهي عن الغناء وبين خطاب استحباب قراءه القرآن أو المراثي، فيما إذا كانت القراءه أو المراثيه بنحو الغناء؛ ليرجع بعد تساقط الإطلاق من الجانبين إلى أصاله الحلّيه، أو تقديم جانب الاستحباب ببعض الروايات القاصره في دلالتها أو في سندها أيضاً عن إثبات

والحاصل: أنّ جهات الأحكام الثلاثة أعنى الإباحة والاستحباب والكره لا تزاحم جهة الوجوب أو الحرمة، فالحكم لهما مع اجتماع جهتهما مع إحدى الجهات الثلاث. ويشهد بما ذكرنا من عدم تأدى المستحبات فى ضمن المحرّمات قوله صلى الله عليه وآله: «أقرأوا القرآن بألحان العرب، وإيّاكم ولحون أهل الفسق والكبائر، وسيجيء بعدى أقوام يرجعون ترجيع الغناء والنوح والزهبانية، لا- يجوز تراقيهم، قلوبهم مقلوبه، وقلوب من يعجبه شأنهم». قال فى الصّيحاح: اللّحن واحد الألحان واللحون، ومنه الحديث: «أقرأوا القرآن بلحون العرب»، وقد لحن فى قراءته: إذا طرّب بها وغزّد، وهو ألحن النّاس إذا كان أحسنهم قراءه أو غناء، انتهى.

وصاحب الحدائق جعل اللّحن فى هذا الخبر بمعنى اللّغه، أى بلغه العرب وكأّنه أراد باللّغه اللّهجه، وتخيّل أنّ إبقاءه على معناه يوجب ظهور الخبر فى جواز الغناء فى القرآن.

وفيه: ما تقدّم من أنّ مطلق اللّحن إذا لم يكن على سبيل اللّهو ليس غناء، وقوله صلى الله عليه وآله: «وإيّاكم ولحون أهل الفسق» نهى عن الغناء فى القرآن.

ثمّ إنّ فى قوله: لا-يجوز تراقيهم إشاره إلى أنّ مقصودهم ليس تدبّر معانى القرآن، بل هو مجرّد الصّوت المطرب. وظهر ممّا ذكرنا أنّه لا-تنافى بين حرمة الغناء فى القرآن وما ورد من قوله صلى الله عليه وآله: «وَرَجَّعَ بِالْقُرْآنِ صَوْتَكَ، فَإِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ الشَّرْح:

استحباب الغناء فى القرآن، نظير قوله: «أقرؤوا القرآن بألحان العرب»^(١)، وكقوله: «لكل شىء حليه، وحليه القرآن الصوت الحسن»^(٢)، وغيرهما من المرويّات فى أبواب قراءه القرآن.

الصّوت الحسن» فإنّ المراد بالترجيع ترديد الصّوت فى الحلق، ومن المعلوم أنّ مجرّد ذلك لا يكون غناء إذا لم يكن على سبيل اللّهو، فالمقصود من الأمر بالترجيع أن لا- يقرأ كقراءه عبائر الكتب عند المقابله، لكن مجرّد التّرجيع لا يكون غناء، ولذا جعله نوعاً منه فى قوله صلى الله عليه وآله: «يرجعون القرآن ترجيع الغناء». وفى محكى شمس

ص: ٣٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ٦: ٢١٠، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٣.

العلوم: أن الترجيع ترديد الصوت مثل ترجيع أهل الألحان والقراء والغناء، انتهى.

وبالجملة، فلا- تنافى بين الخبرين، ولا بينهما وبين ما دلّ على حرمة الغناء حتّى في القرآن، كما تقدّم زعمه من صاحب الكفاية تبعاً في بعض ما ذكره من عدم اللّهُو في قراءه القرآن وغيره لما ذكره المحقّق الأردبيلي رحمه الله ، حيث إنّ بعدما وجّه استثناء المراثي وغيرها من الغناء، بأنّه ما ثبت الإجماع إلّا في غيرها، والأخبار ليست بصحيحه صريحه في التّحريم مطلقاً أيّد استثناء المراثي بأنّ البكاء والتفجّع مطلوب مرغوب، وفيه ثواب عظيم، والغناء معين على ذلك، وأنّه متعارف دائماً في بلاد المسلمين من زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير تكبير.

ثمّ أيّده بجواز النّياحه وجواز أخذ الأجر عليها، والظاهر أنّها لا تكون إلّا معه، وبأنّ تحريم الغناء للطرب على الظاهر، وليس في المراثي طرب، بل ليس إلّا الحزن، انتهى.

وأنت خير بأنّ شيئاً ممّا ذكره لا- ينفع في جواز الغناء على الوجه الذي ذكرناه. أما كون الغناء معيناً على البكاء والتفجّع، فهو ممنوع، بناءً على ما عرفت من كون الغناء هو الصوت اللّهُوي، بل وعلى ظاهر تعريف المشهور من الترجيع المطرب، لأنّ الطّرب الحاصل منه إن كان سروراً فهو منافٍ للتفجّع، لا- معين، وإن كان حزناً فهو على ما هو المركوز في النّفس الحيوانيه من فقد المشتهيّات النّفسانيه، لا على ما أصاب سادات الزّمان، مع أنّه على تقدير الإعانه لا ينفع في جواز الشّيء كونه مقدّمه لمستحب أو مباح، بل لا- بدّ من ملا-حظه عموم دليل الحرمة له، فإن كان فهو، وإلّا- فيحكم بإباحته، للأصل. وعلى أيّ حال، فلا يجوز التمسك في الإباحه بكونه مقدّمه لغير حرام، لما عرفت.

ثمّ إنّ يظهر من هذا وممّا ذكر أخيراً من أنّ المراثي ليس فيها طرب أنّ نظره إلى المراثي المتعارفه لأهل الدّيانه التي لا يقصدونها إلّا- للتفجّع، وكأنّه لم يحدث في عصره المراثي التي يكتفى بها أهل اللّهُو والمترفون من الرّجال والنّساء عن حضور مجالس اللّهُو وضرب العود والأوتار والتغنّى بالقصب والمزمار، كما هو الشّائع في زماننا الذي قد أخبر النبي صلى الله عليه وآله بنظيره في قوله: «يتخذون القرآن مزامير» كما أنّ زياره سيدنا ومولانا أبي عبدالله عليه السلام صار سفرها من أسفار اللّهُو والتّزهه لكثير من المترفين، وقد أخبر النبي صلى الله عليه وآله بنظيره في سفر الحجّ، وأنّه «يحجّ

أغنياء أمتي للتزهره، والأوساط للتجاره، والفقراء للسمع» وكان كلامه صلى الله عليه وآله كالكتاب العزيز وارد في موردٍ وجارٍ في نظيره. والذى أظن أن ما ذكرنا في معنى الغناء المحرم من أنه الصوت اللهوى أن هؤلاء وغيرهم غير مخالفين فيه، وأما ما لم يكن على وجه الله المناسب لسائر آياته، فلا دليل على تحريمه لو فرض شمول الغناء له، لأن مطلقات الغناء منزله على ما دل على إناطه الحكم فيه باللهو والباطل من الأخبار المتقدمه، خصوصاً مع انصرافها في أنفسها كأخبار المغنيه إلى هذا الفرد.

بقى الكلام فيما استثناه المشهور من الغناء، وهو أمران:

أحدهما: الحداء بالضم كداء [١] صوت يرجع فيه للسير بالإبل. الشرح:

[١] قيل بجواز الغناء للسير بالإبل، ويستدل عليه: بما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال لعبد الله بن رواحه: «حرّك بالنوق، فاندفع يرتجز، وكان عبد الله جيّد الحداء، وكان مع الرجال، وكان أنجشه مع النساء فلمّا سمعه تبعه، فقال صلى الله عليه وآله و آله لأنجشه: رويداً وفي الكفايه: أن المشهور استثنائه وقد صرح بذلك في شهادات الشرائع والقواعد، وفي الدروس. وعلى تقدير كونه من الأصوات اللهويه كما يشهد به استثنائهم إيّاه عن الغناء بعد أخذهم الإطراب في تعريفه فلم أجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الأخبار بالتحريم، عدا روايه نبويه ذكرها في المسالك من تقرير النبي صلى الله عليه وآله لعبد الله بن رواحه حيث حدا للإبل، وكان حسن الصوت. وفي دلالتة وسنده ما لا يخفى.

الثاني: غناء المغنيه في الأعراس إذا لم يكتنف بها محرّم آخر من التكلم بالأباطيل، واللعب بالآلات الملاهي المحرّمه، ودخول الرجال على النساء والمشهور استثنائه، للخبرين المتقدمين عن أبي بصير في أجر المغنيه التي ترفّ العرائس، ونحوهما ثالث عنه أيضاً، وإباحه الأجر لازمه لإباحه الفعل.

الشرح:

رفقاً بالقوارير» (١).

ص: ٣٤٩

وفيه: أنّ الحديث نبويّ مجهول السند وقاصر الدلالة، حيث إنّ الرجز لا يلازم الغناء، كما أنّه لم يعلم كون الحداء مساوياً للغناء، مع أنّه صلى الله عليه وآله لم يأمر رواحه بالحداء حتى يستظهر منه أنّه تجويز للغناء للسير بالإبل.

وبروايه السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «زاد المسافر الحداء، والشعر ما كان منه ليس فيه جفاء»^(١)، وفي بعض النسخ «ليس فيه خناء» وهذه الرواية ضعيفه سنداً ودلالة.

أمّا دلالة فلما تقدّم أنّه لم يعلم كون الحداء مساوياً للغناء، بل من المحتمل قريباً أنّه مطلق مدّ الصوت وترجيعة فيقتد بما لم يصل إلى حد الغناء، كما هو مقتضى ودعوى: أنّ الأجر لمجرّد الزفّ لا للغناء عنده، مخالفه للظاهر. لكن في سند الروايات أبو بصير وهو غير صحيح، والشّهرة على وجه توجب الانجبار غير ثابتة، لأنّ المحكى عن المفيد رحمه الله والقاضي وظاهر الحلبيّ وصريح الحلّي والتدكره والإيضاح، بل كلّ من لم يذكر الاستثناء بعد التعميم: المنع.

لكن الإنصاف، أنّ سند الروايات وإن انتهت إلى أبي بصير إلاّ أنّه لا يخلو من وثوق، فالعمل بها تبعاً للأكثر غير بعيد، وإن كان الأحوط كما في الدروس الترك. والله العالم.

الشرح:

الجمع بينها وبين روايات حرمة الغناء على ما مر.

وأما سنداً، فإنّ في سندها الحسين بن يزيد النوفلي، فيه كلام أشرنا إليه آنفاً.

وما يقال من أنّه موثّق، فإنّ الشيخ رحمه الله وثّقه في «العدة»، حيث فيها: «ولأجل ما قلنا عملت الطائفه بما رواه حفص بن غياث، وغيث بن كلوب، ونوح بن دراج، والسكوني وغيرهم من العامه . . .»^(٢)، ووجه كون هذا الكلام توثيقاً للنوفلي هو أنّ الراوي عن السكوني هو النوفلي غالباً، فعمل الأصحاب بروايات السكوني يكون عملاً بروايه النوفلي.

لا- يخفى ما فيه، فإنّ ظاهر الكلام المزبور هو توثيق السكوني، وأنّ كونه عامياً لا يضّرّ باعتبار روايته عند الأصحاب. وأمّا سائر شرائط العمل بالخبر الواحد فليس ذلك الكلام

ص: ٣٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١١ : ٤١٨، الباب ٣٧ من أبواب آداب السفر، الحديث الأول.

٢- (٢) العده ١ : ١٤٩. طبعه مؤسسه البعثه.

ناظراً إليها؛ ولذا لا يمكن دعوى اعتبار كل روايه يكون في سندها أحد هؤلاء الجماعه.

هذا، مع أنّ روايه غير النوفليّ عن السكونيّ غير عزيز، فلاحظ الروايات الكثيره المتفرقه في أبواب الفقه وفي أسانيد السكونيّ أو إسماعيل بن مسلم.

المسأله الرابعه عشر: الغيبه حرام بالأدله الأربعة، ويدلّ عليه من الكتاب قوله تعالى: «وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا» فجعل المؤمن أخاً [١] وعرضه كلحمه والتفكّه به أكلاً، وعدم شعوره بذلك بمنزله حاله موته، الشرح:

[١] أى أنه سبحانه وتعالى شبّه عرض المؤمن بلحم الأخر، وجعل التعرّض لعرضه وإظهار سوته أكلاً. ولحم الأخر، وشبّه عدم حضوره عند التعرّض لعرضه بموته، وقال عزّ من قائل: «أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ» (١).

وأورد على ذلك الإيروانى رحمه الله (٢) بأنّه لا يناسب العرض مع اللحم والتعرّض له مع الأكل، وعدم الحضور مع الموت، وأى مناسبه تقتضى التشبيه المزبور، وفيه اشمئزاز الطباع.

وبعباره أخرى: لا- يكون فى البين شبيه فى ناحيه الأجزاء المفروضه فى قوله عزّ من قائل: «وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا»، بل التشبيه ناظر إلى الوزر، وأنّ وزر الغيبه كوزر أكل لحم الميت، وهذا الوزر إمّا من قبيل العقاب على العمل، حيث يكلف المغتاب بالكسر فى الآخره بأكل لحم الموتى، أو من باب تجسّم الأعمال، حيث تكون الغيبه فى الدار الآخره أكل لحم الميت. وقد ورد فى روايه نوف البكالى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «اجتنب الغيبه فإنّها إدام كلاب النار» (٣).

أقول: لم يظهر اشمئزاز الطباع بالإضافه إلى التشبيه فى الأجزاء، كيف وقد عبّر فى بعض الروايات المعبره عن الغيبه بأكل لحوم الناس، كما فى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل وقوله تعالى: «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ» [١] وقوله تعالى: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ»، وقوله تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ» [٢] فى الذين

ص: ٣٥١

١- (١) سورة الحجرات: الآيه ١٢.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب للمحقّق الإيروانى ١: ١٩١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ٢٨٣، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٦.

آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ». ويدلّ عليه من الأخبار ما لا يحصى:

فمنها: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله بعدّه طرق: «أنّ الغيبه أشدّ من الزّنا، وأنّ الرّجل يزنى فيتوب ويتوب الله عليه، وأنّ صاحب الغيبه لا يغفر له حتّى يغفر له صاحبه».

الشرح:

لحمه معصيه، وحرمة ماله كحرمة دمه^(١)، فإنّ إطلاق أكل اللحم على الغيبه فى قوله: «وأكل لحمه معصيه» بالنظر إلى الدنيا، حيث إنّها دار المعصيه ووعاء العصيان، وروايه نوف البكالى مضافاً إلى ضعف سندها لا دلالة لها على تعيين غذاء المغتابين بالكسر يوم القيامة، ولعلّ كلاب النار غيرهم.

[١]- يخفى أنّ الهمز أو اللمز ذكر العيب وتنقيص الآخر فى حضوره أو غيابه، والغيبه على ما سيأتى إظهار عيب أخيه المستور عليه، فتكون النسبه بينها وبين المراد من الهمز أو اللمز العموم من وجه، فإنّه ربّما يكون التنقيص بذكر عيبه الظاهر فلا تكون غيبه، وربّما يكون إظهار عيبه المستور عليه بداع آخر غير هتكه وتنقيصه فلا يكون همزاً ولمزاً، وقد يجتمعان ولا يصحّ جعل الدليل على حرمة أحد العنوانين كذلك دليلاً على حرمة الآخر.

[٢]- لا يخفى أنّ إضافه الشياخ إلى شىء قابل للكثرة والتكرار ظاهرها كثرتّه وجوداً لا بيانه وإظهاره، فالآيه المباركه ظاهرها حرمة دعوه المؤمنين وتحريضهم إلى الفواحش فى مقابل نهيمهم عن المنكرات.

نعم، فى صحيحه محمد بن حمران دلالة على عموم الآيه للغيبه أيضاً، حيث قال وعنه صلى الله عليه وآله: «أنّه خطب يوماً فذكر الرّبا وعظّم شأنه، فقال: «إنّ الدرهم يصيبه الرّجل من الرّبا أعظم من سنّه وثلاثين زنيه، وإنّ أربى الرّبا عرض الرّجل المسلم».

وعنه صلى الله عليه وآله: «من اغتاب مسلماً أو مسلمه لم يقبل الله صلواته ولا صيامه أربعين صباحاً، إلّا أن يغفر له صاحبه».

وعنه صلى الله عليه وآله: «من اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما فى الجنّه، ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه انقطعت العصمه بينهما، وكان المغتاب خالداً فى النّار وبئس المصير».

ص: ٣٥٢

وعنه صلى الله عليه و آله : « كذب من زعم أنه وُلِدَ من حلال وهو يأكل لحوم النَّاسِ بالغيبه، فاجتنب الغيبه فإنَّها إدام كلاب النَّارِ».

وعنه صلى الله عليه و آله : «من مشى في غيبه أخيه وكشف عورته كانت أوَّل خطوه خطأها وضعها في جهنم».

وروى: «أنَّ المغتاب إذا تاب فهو آخر من يدخل الجنَّة، وإن لم يتب فهو أوَّل من يدخل النَّار».

وعنه صلى الله عليه و آله : «أنَّ الغيبه حرام على كلِّ مسلم . . . وأنَّ الغيبه لتأكل الحسنات كما تأكل النَّار الحطب». وأكل الحسنات إمَّا أن يكون على وجه الإحباط، أو لاضمحلال ثوابها في جنب عقابه، أو لأنَّها تنقل الحسنات إلى المغتاب، كما في غير واحد من الأخبار.

ومنها النبوى صلى الله عليه و آله : «يؤتى بأحدٍ يوم القيامة فيوقف بين يدي الربِّ عزَّ وجلَّ، الشَّرْح:

فيها أبو عبدالله عليه السلام : من قال في مؤمن ما رأته عيناه وسمعتة أذناه، فهو من الذين قال الله عزَّ وجلَّ: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ يُدْفَعُ إِلَيْهِ كِتَابَهُ، فَلَا يَرَى حَسَنَاتِهِ فِيهِ، يَقُولُ: إِلَهِي لَيْسَ هَذَا كِتَابِي لَا أَرَى فِيهِ حَسَنَاتِي! يُقَالُ لَهُ: إِنَّ رَبَّكَ لَا يَضِلُّ وَلَا يَنْسَى، ذَهَبَ عَمَلُكَ بِاِغْتِيَابِ النَّاسِ، ثُمَّ يَأْتِي بِآخِرٍ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ كِتَابَهُ فَيَرَى فِيهِ طَاعَاتٍ كَثِيرَةً، يَقُولُ: إِلَهِي مَا هَذَا كِتَابِي فَإِنِّي مَا عَمَلْتُ هَذِهِ الطَّاعَاتِ! يُقَالُ لَهُ: إِنَّ فَلَانًا اغْتَابَكَ فَدَفَعَ حَسَنَاتِهِ إِلَيْكَ . . . الخبر».

ومنها: ما ذكره كاشف الرِّيبه رحمه الله من روايه عبدالله بن سليمان التَّوْفَلِي الطَّوِيلَه عن الصَّادِق عليه السلام ، وفيها: عن النبي صلى الله عليه و آله : «أدنى الكفر أن يسمع الرَّجل من أخيه كلمه فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها، أولئك لا خلاق لهم»، وحدثنى أبى، عن آباءه، عن على عليه السلام أنه: «من قال في مؤمن ما رأته عيناه أو سمعت أذناه ممَّا يشينه ويهدم مروته، فهو من الذين قال الله عزَّ وجلَّ: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ». ثمَّ ظاهر هذه الأخبار كون الغيبه من الكبائر كما ذكره جماعه بل أشدَّ من بعضها [١].

وعُدَّ في غير واحد من الأخبار من الكبائر الخيانه، ويمكن إرجاع الغيبه إليها فأى خيانه أعظم من التَّفَكُّه بلحم الأخ على غفله منه، وعدم شعور؟

أَلَيْمٌ»(١)، ولكن الاعتماد عليها خارج عن الاستدلال بالآيه.

[١]- لا يخفى كون الغيبه أشد من الكبيره فى الوزر، وإن كان مقتضاه أنها أيضاً من الكبائر، إلا أن كونها أشد من الكبيره فى التخلص عن وزرها لا يقتضى ذلك، كما إذا كانت الغيبه من حقوق الناس وحرمة شرب الخمر من حقوق الله، فالتخلص عن وزر شرب الخمر يكون بمجرد التوبه، بخلاف وزر الغيبه. فمثل هذه الأشديه لا تقتضى أن تكون الغيبه من الكبائر، والمروى عن النبى صلى الله عليه وآله بعدّه طرق قال: «الغيبه أشد من وكيف كان، فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسه فى عدّها من الكبائر أظنّها فى غير المحل. ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبه بالمؤمن، الشرح:

الزنا»(٢) ناظر إلى مرحله التخلص عن الوزر، كما هو مفاد ذيله من قوله: «إن الرجل يزنى فيتوب . . .».

نعم، روى أن الغيبه أشد من سته وثلاثين زنيه(٣)، وذكر العدد ظاهره النظر إلى العقاب، وإلا لكان الأنسب أن يقول: «الغيبه أشد من الزنا»، ولكنّه نبوى مرسل لا يمكن الاعتماد عليه، بل لو كان حديثاً صحيحاً لكان اللازم تأويله لو لم يمكن طرحه؛ للجزم بأن الغيبه لا تكون أشد حرمة ووزراً من زنيه واحده، فضلاً عن الثلاثين. ولذا لو أكره على الزنا أو الغيبه تعين اختيار الثانى، وذكرنا نظير ذلك فيما ورد من أن «درهم ربا أشد من سبعين زنيه كلّها بذات محرم»(٤).

نعم، يستفاد كون الغيبه كبيره من صحيحه محمد بن حمران المتقدمه، حيث إن ظاهرها شمول ما أوعده الله عليه العذاب للغيبه أيضاً.

وذكر المصنّف رحمه الله وجهاً آخر لكونها كبيره، وهو اندراجها فى الخيانه. وفيه: أن كون الغيبه من الخيانه ممنوع، كيف؟ ولو لم يكن فى البين دليل على حرمتها بعنوان الغيبه، فباعبار دخولها فى الخبر الصدق كانت جائزه، بل على تقدير كونها خيانه لما أمكن

١- (١) المصدر السابق: ٢٨٠، الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ٢٨٤، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٨.

٣- (٣) تنبيه الخواطر: ١٢٤، ومستدرک الوسائل ٩: ١١٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١١٧، الباب الأول من أبواب الربا، الحديث الأول.

الحكم بكونها من الكبائر، حيث لا دليل على كون الخيانه بمعناها العام من الكبائر.

والعجب منه رحمه الله ، حيث أغمض في الاستدلال على كونها كبيره عن آيه: «وَيَلِّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ»^(١)، وعن قوله سبحانه: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ»^(٢)، مع فيجوز اغتياى المخالف^[١]، كما يجوز لعنه. وتوهم عموم الآيه كبعض الروايات لمطلق المسلم، مدفوع بما علم بضروره المذهب من عدم احترامهم، وعدم جريان أحكام الإسلام عليهم^[٢] إلا قليلاً مما يتوقف استقامه نظم معاش الشرح:

استدلاله بهما على حرمتها، مع أنّ الويل والوعيد بالعذاب على عمل في الكتاب المجيد ملاك كون ذلك العمل من الكبائر.

[١] لا- ينبغى التأمل والريب في جواز اغتياى المخالف وسائر فرق الشيعة فيما إذا كان خلافهم أو مخالفتهم الحقّ بنحو التقصير، ولو بتركهم الفحص عن الحقّ، فإنهم في هذه الصوره من أظهر أفراد الفسّاق والمتجاهرين بفسقهم؛ إذ التجاهر بترك الولايه الحقّه لا- يقصر عن التجاهر بترك سائر الواجبات وارتكاب المحرّمات، الموجب لجواز الاغتياى على ما سيأتى، كيف؟ وأنّ الولايه من عماد الدين، وأهمّ ما بنى عليه الإسلام، على ما فى الروايات المعتمده، وبعضها مرويه فيالباب الأول من أبواب مقدّمات العبادات، بل لايبعد اندراج المخالفين وسائر الفرق فى أهل البدع والريب، مع تقصيرهم أو مطلقاً، حيث ينسبون إلى الشريعه والرسول الأكرم ما يبرأ منه الرسول صلى الله عليه وآله . فيعمّم مثل صحيحه داود بن سرحان، عن أبى عبدالله عليه السلام ، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى، فأظهروا البراءه منهم، وأكثروا من سيّهم والقول فيهم والوقيعه، وباهتوهم، كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام»، الحديث^(٣).

[٢] أى أنّه لا يترتب على المخالفين إلا قليل من أحكام الإسلام، وترتب هذا القليل لأجل توقّف نظام معاش المؤمنين عليه، ومن ذلك حكم الشارع بعدم انفعال ما المؤمنين عليه، مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالزطوبه، وحلّ ذبائهم ومناكحتهم

ص: ٣٥٥

١- (١) سورة الهمزه: الآيه ١.

٢- (٢) سورة النور: الآيه ١٩.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٦٧، الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث الأول.

وحرمة دمائهم لحكمه دفع الفتنة، ونسائهم؛ لأنَّ لكلِّ قوم نكاحاً ونحو ذلك. مع أنَّ التَّمثيل المذكور في الآية مختص بمن ثبت أخوته، فلا يعمُّ من وجب التَّبَرُّى عنه.

وكيف كان فلا إشكال في المسألة، بعد ملاحظه الزوايات الواردة في الغيبة، وفي حكمه حرمتها، وفي حال غير المؤمن في نظر الشارع.

ثمَّ الظاهر دخول الصَّبيِّ المميِّز [١] المتأثر بالغيبة لو سمعها، لعموم بعض الزوايات المتقدِّمه وغيرها الدالَّة على حرمة اغتياب النَّسِاس وأكل لحومهم مع صدق الأَخ عليه، كما يشهد به قوله تعالى: «وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ» مضافاً إلى إمكان الاستدلال بالآية وإن كان الخطاب للمكلفين، بناءً على عدِّ أطفالهم منهم تغليبا، الشَّرْح:

يلاقِيهم بالرطوبه، وحلَّ ذبائِحهم، وحلَّ مناكحتهم، وحكمه باحترام دمائهم. وهذا الاحترام لأجل أن لا يوقعوا المؤمنين فيالفتنه، وكحكمه بحرمة نسائهم، باعتبار أنَّ الشارع أمضى لكلِّ قوم النكاح المرسوم عندهم.

أقول: كلُّ حكم ترتَّب في لسان الأدلَّة على الإسلام أو عنوان المسلم يترتَّب عليهم، كما يترتَّب على المؤمنين، وهذا ليس بقليل، فيثبت التوارث بينهم وبين المؤمنين، ويجب علينا تجهيز موتاهم . . . وهكذا. نعم، الخلود إلى الراحة بعد الموت والدخول في الجنة في الدار الآخرة، وغير ذلك من آثار الإطاعة والإيمان لا يثبت في حقِّهم؛ لبطلان أعمالهم باعتبار عدم التزامهم بالولاية التي شرط صحه الأعمال على الأظهر، وهذا أمر آخر.

[١] لا يبعد شمول المراد من البعض في قوله سبحانه: «لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا» (١) الصبي المميِّز أيضاً، غايه الأمر أنَّ ما دلَّ على رفع القلم عن الصبيِّ حتى و إمكان دعوى صدق المؤمن عليه مطلقاً أو في الجملة. ولعلَّه لما ذكرنا صرَّح في كشف الرِّيبه بعدم الفرق بين الصَّغير والكبير، وظاهره الشُّمول لغير المميِّز أيضاً. ومنه يظهر حكم المجنون، إلَّا أنَّه صرَّح بعض الأساطين باستثناء من لا- عقل له ولا- تمييز، معللاً بالشكِّ في دخوله تحت أدلَّة الحرمة. ولعلَّه من جهه أنَّ الإطلاقات منصرفة إلى من يتأثر لو سمع، وسيتضح ذلك زياده على ذلك.

ص: ٣٥٦

بقى الكلام فى أمور:

الأول: الغيبة اسم مصدر [١] ل «اغتَاب» أو مصدر ل «غَاب».

ففى المصباح: اغتابه، إذا ذكره بما يكرهه من العيوب وهو حقّ، والاسم: الغيبة.

وعن القاموس: غابه، أى عابه وذكره بما فيه من السوء.

الشرح:

يحتلم يقتضى خروجه عن المراد بالبعض الأول، وليس فى البين ما يدلّ على تساوى البعضين فى المراد، بل يكون فى البين ما يقتضى عدمه، حيث إنّ المتجاهر بالفسق خارج عن المراد من البعض الثانى، وداخل فى المراد من الأول كما لا يخفى. نعم، فى شمول الآيات والروايات للمجنون، بل الصبى غير المميّز تأمل، ولا يبعد انصرافهما عنهما.

[١] بقى فى المقام أمور:

الأول: أنّ الغيبة اسم مصدر لاغتَاب، أو مصدر لغَاب، والمستفاد ممّا ذكر فى «المصباح» أنّها: ذكر الإنسان بما يكرهه من العيب الموجود فيه (١)، كما أنّ المستفاد من «القاموس» أنّها: ذكر العيب للإنسان مع كونه فيه (٢).

وعن التّهايه: أن يُذكر الإنسان فى غيبته بسوء ممّا يكون فيه. والظاهر من الكلّ خصوصاً القاموس المفسّر لها أولاً بالعيب أنّ المراد ذكره فى مقام الانتقاص، والمراد بالموصول هو نفس التّقص الذى فيه.

والظاهر من الكراهه فى عباره المصباح كراهه وجوده، ولكنه غير مقصود قطعاً. فالمراد إمّا كراهه ظهوره ولو لم يكره وجوده كالميل إلى القبائح وإمّا كراهه ذكره بذلك العيب.

وعلى هذا التعريف دلّت جملة من الأخبار، مثل قوله صلى الله عليه وآله وقد سأله أبوذر عن الغيبة: «إنّها ذكرك أخاك بما يكرهه». وفى نبوىّ آخر، قال صلى الله عليه وآله: «أتدرون ما الغيبة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: ذكرك أخاك بما يكره». ولذا قال فى جامع المقاصد: أنّ حقيقه الغيبة على ما فى الأخبار أن تقول فى أخيك ما يكرهه ممّا

ص: ٣٥٧

١- (١) المصباح المنير: ٤٥٨.

٢- (٢) القاموس المحيط ١: ١١٦.

هو فيه. والمراد بما يكرهه كما تقدّم في عبارته المصباح ما يكره ظهوره، سواء كره وجوده كالبرص والجذام، أم لا، كالميل إلى القبائح. ويحتمل أن يراد بالموصول نفس الكلام الذي يذكر الشخص به، ويكون كراهته إمّا لكونه إظهاراً الشرح:

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ ظاهر تعريفهما خصوصاً تعريف «القاموس»، حيث عدّ غابه مرادفاً لعابه هو كون ذكر العيب لغايه الانتقاص، أى نسبه النقص إلى المغتاب بالفتح. وقد صرّح باعتبار هذا القصد الشهيد الثانى رحمه الله فى «كشف الريبه»، حيث قال: «إنّ الغيبه ذكر الإنسان فى غيابه بما يكره نسبتبه إليه، ممّا يعدّ نقصاً فى العرف بقصد الانتقاص والذمّ»^(١)، وعلى ذلك فلا يكون من الغيبه ذكر العيوب فى غير مقام الانتقاص، كما إذا ذكرها فى مقام المعامله على الجاريه، أو ذكرها فى المعرف للشخص.

للعيب، و إمّا لكونه صادراً على جهه المذمّه والاستخفاف والاستهزاء و إن لم يكن العيب ممّا يكره إظهاره، لكونه ظاهراً بنفسه، و إمّا لكونه مشعراً بالذمّ و إن لم يقصد المتكلم الذمّ به، كالألقاب المشعره بالذمّ.

قال فى الصّيحاح: الغيبه أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه. وظاهره التكلّم بكلام يغمّه لو سمعه. بل فى كلام بعض من قارب عصرنا أنّ الإجماع والأخبار متطابقان على أنّ حقيقه الغيبه أن يذكر الغير بما يكره لو سمعه، سواء كان بنقص فى نفسه أو بدنه، أو دينه أو دنياه، أو فى ما يتعلّق به من الأشياء وظاهره أيضاً إرادته الكلام المكروه.

الشرح:

لا- يقال: يكون قصد الانتقاص بمجرد ذكر النقائص، فيحصل قصد الانتقاص فى المثالين أيضاً، فلا يكون المثالان خارجين عن عنوان الغيبه حتّى على تعريف الشهيد رحمه الله .

فإنّه يقال: لو كان قصد الانتقاص حاصلاً بمجرد ذكر العيب والنقص لكان اعتبار قيد قصد الانتقاص فى تعريفه لغواً. والحاصل: أنّه لا يلزم أن تكون الغايه فى ذكر النقائص هو الانتقاص.

ص: ٣٥٨

أقول: على ذلك لم يتضح وجه استظهار قصد الانتفاص من كلام «المصباح» أو «القاموس» بعد إمكان كون الغايه في ذكر العيب والنقص أمراً آخر غير الانتفاص، وأمّا ما في «المصباح» من اعتبار كون العيب مما يكرهه المغتاب بالفتح فالمراد كراهه ظهوره أو كراهه ذكره. والأوّل، كما في العيب المخفّي، حيث إنّ المغتاب بالفتح كثيراً ما يكره ظهوره. والثاني، كما في العيب الظاهر، حيث إنّ الإنسان كثيراً ما يكره ذكره بذلك العيب تعبيراً له أو في مقام ذمّه.

والوجه في كون المراد ذلك هو أنّ الإنسان يجد في الغالب ما يرتكبه من القبائح وقال الشهيد الثاني في كشف الزّيبه: إنّ الغيبه ذكر الإنسان في حال غيبته بما يكره نسبه إليه ممّا يُعدّ نقصاً في العرف بقصد الانتفاص والذمّ. ويخرج على هذا التعريف ما إذا ذكر الشخص بصفات ظاهره يكون وجودها نقصاً مع عدم قصد انتفاصه بذلك، مع أنّه داخل في التعريف عند الشهيد رحمه الله أيضاً، حيث عدّ من الغيبه ذكر بعض الأشخاص بالصفات المعروف بها، كالأعمش والأعور، ونحوهما. وكذلك ذكر عيوب الجارية التي يراد شراؤها إذا لم يقصد من ذكرها إلاّ بيان الواقع، وغير ذلك ممّا ذكره هو وغيره من المستثنيات.

ودعوى أنّ قصد الانتفاص يحصل بمجرد بيان النقائص، موجه لاستدراك ذكره بعد قوله: ممّا يُعدّ نقصاً.

والأولى بملاحظه ما تقدّم من الأخبار وكلمات الأصحاب بناءً على إرجاع الكراهه إلى الكلام المذكور به، لا إلى الوصف ما تقدّم من أنّ الغيبه أن يذكر الإنسان بكلام يسوؤه، إمّا بإظهار عيبه المستور وإن لم يقصد انتفاصه، وإمّا بانتفاصه بعيب غير مستور، إمّا بقصد المتكلّم، أو بكون الكلام بنفسه منقّصاً له، كما إذا اتّصف الشخص بالألقاب المشعره بالذمّ. نعم، لو أرجعت الكراهه إلى الوصف الذي يُسند إلى الإنسان تعيّن إرادته كراهه ظهورها، فيختصّ بالقسم الأوّل، وهو ما كان إظهاراً لأمر مستور.

الشرح:

موافقاً لقواه الشهويه فلا يكرهها، وإنّما يكره ظهورها للناس أو ذكرها كما ذكرنا.

وهذا كلّه فيما إذا كان المراد بما الموصول هو العيب، وأمّا لو كان المراد به هو الكلام لكان معنى ما في «المصباح» اغتابه: إذا ذكره بكلام يكره ذلك الكلام، وكراهه

الكلام أيضاً إمّا لكونه إظهاراً لعيبه المستور عليه، أو لكونه متضمناً للذمّ والتعير.

وكيف كان، فهذا التعريف موافق لما رواه في «المجالس» والأخبار من قوله صلى الله عليه وآله ويؤيد هذا الاحتمال، بل يعينه، الأخبار المستفيضة الدالة على اعتبار كون المقول مستوراً غير منكشف، مثل قوله عليه السلام في ما رواه العياشي بسنده عن ابن سنان: «الغيبه أن تقول في أخيك ما فيه ممّا قد ستره الله عليه». ورواه داود ابن سرحان المرويه في الكافي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبه، قال: هو أن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل، وتبث عليه أمراً قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد». ورواه أبان عن رجل لا يعلمه إلا يحيى الأزرق قال: قال لى أبو الحسن عليه السلام: «من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه ممّا عرفه الناس لم يغبه، ومن ذكره من خلفه بما هو فيه ممّا لا يعرفه الناس فقد اغتابه، ومن ذكره بما ليس فيه فقد بهته» وحسنه عبد الرحمن بن سيّاب بن هاشم قال، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الشرح:

لأبى ذر بعد سؤاله بقوله: «يا رسول الله صلى الله عليه وآله، وما الغيبه؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره» (١). ونحوه نبوى آخر (٢)، ولكن النبوى الأوّل كالثانى ضعيف سنداً لا يمكن الاعتماد عليهما، مع أنّ في النسخه الموجوده عندي: «ذكرك أخاك بما يكره» أى ما يكون مكروهاً، وهذه عبارته أخرى عن العيب، غايه الأمر يقيد بما إذا كان مستوراً كما سيأتى.

وبعبارة أخرى: لا دخل لكرهه المغتاب بالفتح وعدم كراهته في صدق الغيبه على إظهار عيبه ولا في حرمتها، فإنّه إذا فرض إنسان له عيب مستور عليه، ولكن لا يكره ظهوره للناس بالاغتياب؛ لاعتقاده أنّ الاغتياب يوجب انتقال حسنات المغتاب بالكسر إليه، وانتقال سيئاته إليه؛ ولذا يرضى بفعل ذلك المغتاب، فلا إشكال في كون الفعل المزبور اغتياًباً.

الغيبه أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه وأما الأمر الظاهر مثل الحده والعجله فلا، والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه» وهذه الأخبار كما ترى صريحه في اعتبار كون الشئ غير منكشف. ويؤيد ذلك ما فى الصّحاح من أنّ الغيبه أن يتكلم خلف

ص: ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٨٠، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩.

٢- (٢) تنبيه الخواطر: ١٢٦، وكشف الريبه: ٥٢.

إنسان مستور بما يغمه لو سمعه، فإن كان صدقاً سُمِّي غيبه، وإن كان كذباً سُمِّي بهتاناً. فإن أراد من المستور من حيث ذلك المقول وافق الأخبار، وإن أراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقه والمخالفه.

الشرح:

وعلى كل، فإن ما ورد في تفسير الغيبه ومنها حسنه عبدالرحمن بن سيّابه كاف في إثبات المراد بها، وأنها عبارته عن كشف عيب مستور على المؤمن، ويستفاد من الآيه المباركه أيضاً ذلك، وأنه لا يجوز إظهار ما فيه نقص عرض المؤمن وسقوطه عن أعين الناس. ولا يفرق في ذلك بين إظهار عيبه في حضوره أو في غيابه، حتى ولو فرض أنّ الغيبه بمعناها الظاهر لا تشمل الأول، فإن العبره بالملاك لكون حرمتها للحفاظ على كرامه المؤمن وعرضه، وعدم سقوطه عن أعين الناس.

وفى موثقه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصيه، وحرمة ماله كحرمة دمه»^(١)، فإن دلالتها على حرمة أكل لحم المؤمن وتنقيص عرضه واضحه. وفى روايه أخرى لعبدالرحمن بن سيّابه، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «الغيبه أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، وأما الأمر الظاهر مثل الحدّه والعجله فلا، والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه»^(٢).

وربما يستظهر منها عدم انحصار الغيبه بإظهار عيب مستور على مؤمن، حيث إنّ ظاهر لفظه (من) هو التبويض، ولكن لا يخفى أنّ المراد فى الروايه التبويض والملخص من مجموع ما ورد فى المقام: أنّ الشىء المقول إن لم يكن نقصاً، فلا يكون ذكر الشخص حينئذٍ غيبه، وإن اعتقد المقول فيه كونه نقصاً عليه، نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد وليس ممّن يكون ذلك نقصاً فى حقّه إلاّ أنّه معتقد باجتهاد نفسه. نعم، قد يحرم هذا من وجه آخر.

وإن كان نقصاً شرعاً أو عرفاً بحسب حال المغتاب فإن كان مخفياً للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس، وأراد القائل تنقيص المغتاب به، فهو المتيقّن من أفراد الغيبه. وإن لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمة، لكونه كشفاً لعوره المؤمن، وقد تقدّم الخبر: «من مشى فى غيبه أخيه وكشف عورته».

ص: ٣٦١

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ٢٩٧، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٨٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

وفى صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: «قلت له عوره المؤمن على المؤمن حرام؟ قال: نعم. قلت: تعنى سفلتيه؟ قال: ليس حيث تذهب إنما هو إذاعه سرّه».

وفى روايه محمد بن فضيل عن أبي الحسن عليه السلام : «ولا تديعنّ عليه شيئاً تشينه به وتهدم به مروّته، فتكون من الذين قال الله عزّ وجلّ: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»». ولا يقيد إطلاق النهي بصوره قصد الشين والهدم من جهه الاستشهاد بآيه حبّ شياح الفاحشه، بل الظاهر أنّ المراد مجرّد فعل ما يوجب شياحها، مع أنّه لا فائده كثيره فى التنبيه على دخول القاصد لإشاعه الفاحشه فى عموم الآيه، وإّما يحسن التنبيه على أنّ قاصد السبب قاصد للمسبب و إن لم يقصده بعنوانه.

الشرح:

بحسب المصداق، بمعنى أنّ قولك المزبور مصداق، وقول الآخر ذلك القول أيضاً مصداق آخر . . . وهكذا. والشاهد لكون التبويض بحسب المصداق قوله بعد ذلك: «و إنّ من البهتان»، حيث إنّ من الظاهر عدم تعدّد نوع البهتان، وفى روايه داود بن سرحان، وكيف كان، فلا- إشكال من حيث النقل والعقل فى حرمه إذاعه ما يوجب مهانه المؤمن وسقوطه عن أعين الناس فى الجملة، و إنّما الكلام فى أنّها غيبه أم لا؟ مقتضى الأخبار المتقدّمه بأسرها ذلك، خصوصاً المستفيضه الأخيره: فإنّ التفصيل فيها بين الظاهر والخفى إنّما يكون مع عدم قصد القائل المذمّه والانتقاص، وأّما مع قصده فلا فرق بينهما فى الحرمة. والمنفّى فى تلك الأخبار و إن كان تحقّق موضوع الغيبه دون الحكم بالحرمة، إلاّ أنّ ظاهر سياقها نفى الحرمة فيما عداها، أيضاً.

لكن مقتضى ظاهر التعريف المتقدّم عن كاشف الرّيبه عدمه، لأنّه اعتبر قصد الانتقاص والذّم. إلاّ أن يراد اعتبار ذلك فيما يقع على وجهين، دون ما لا- يقع إلاّ- على وجه واحد، فإنّ قصد ما لا ينفك عن الانتقاص قصد له. و إن كان المقول نقصاً ظاهراً للسّامع، فإن لم يقصد القائل الذّم ولم يكن الوصف من الأوصاف المشعره بالذّم نظير الألقاب المشعره به ، فالظاهر أنّه خارج عن الغيبه، لعدم حصول كراهه للمقول فيه، لا من حيث الإظهار، ولا من حيث ذّم المتكلّم، ولا من حيث

ص: ٣٦٢

الإشعار. و إن كان من الأوصاف المشعره بالذم أو قصد المتكلم التعيير والمذمه الشرح:

قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبه، قال: هو أن تقول لأخيك فى دينه ما يفعل، وتبث عليه أمراً قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد» (١).

وربما يقال: مقتضى ظهورها اختصاص الغيبه المحرمه بإظهار ما يكون فى ارتكابه حد.

ويجاب عن ذلك كما عن السيد الخوئى (٢)، بأنه يرفع اليد عن القيد ببركه حسنه بوجوده، فلا إشكال فى حرمه الثانى، بل وكذا الأول، لعموم ما دل على حرمه إيذاء المؤمن وإهانته وحرمه التناز بالألقاب وحرمه تعيير المؤمن على صدور معصيه منه، فضلاً عن غيرها، ففى عدّه من الأخبار: «من عير مؤمناً على معصيه لم يمت حتى يرتكبه». و إنما الكلام فى كونهما من الغيبه، فإن ظاهر المستفيضه المتقدمه عدم كونهما منها.

وظاهر ما عداها من الأخبار المتقدمه، بناءً على إرجاع الكراهه فيها إلى كراهه الكلام الذى يُذكر به الغير، وكذلك كلام أهل اللغه عدا الصّاح على بعض احتمالاته: كونهما غيبه. والعمل بالمستفيضه لا- يخلو عن قوّه، و إن كان ظاهر الأكثر خلافه، فيكون ذكر الشّخص بالعيوب الظّاهره الذى لا- يفيد السّماع اطلاعاً لم يعلمه، ولا يعلمه عادة من غير خبر مخبر ليس غيبه، فلا يحرم إلا- إذا ثبتت الحرمه من حيث المذمه والتّعيير، أو من جهه كون نفس الاتّصاف بتلك الصّيفه ممّا يستنكفه المغتاب ولو باعتبار بعض التعبيرات فيحرم من جهه الإيذاء والاستخفاف والذّم والتّعيير.

الشرح:

عبدالرحمن بن سيّابه، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الغيبه أن تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، وأمّا الظاهر مثل الحدّه والعجله فلا. والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه» (٣).

ص: ٣٦٣

١- (١) المصدر السابق: الحديث الأول.

٢- (٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١: ٣٨٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ٢٨٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

وفيه: أن مقتضى الجمع العرفي هو رفع اليد عن إطلاق الثانيه بالقيود الوارد في الروايه الأولى. هذا، ولكن الصحيح أنه لا دلالة في الروايه الأولى على التقييد، فإن عدم قيام الحد بمفاد ليس التامه يصدق على ما إذا لم يكن في ارتكابه حد، ولعل ذكر ذلك باعتبار أن مع قيام الحد يكون الارتكاب ظاهراً عند الناس، فلا يكون في البين غيبه.

الشرح:

وكشف عيب مستور. هذا مع ضعف سندها بمعلّى بن محمد، فلا تصلح لرفع اليد بها عن إطلاق الحسنه.

لا يقال: كيف تكون روايه عبدالرحمن حسنه، مع عدم التوثيق له.

فإنه يقال: يعمّه التوثيق العام الذي ذكره الشيخ رحمه الله في «العدّه»^(١)، فإنه من مشايخ ابن أبي عمير.

ثم إن الظاهر صدق الستر وكون العيب ممياً ستره الله حتى لو علمه واحد أو اثنان أو ثلاثه، وإنما لا يصدق فيما إذا علمه جلّ معاشريه أو جماعه، بحيث يصحّ أن يقال: إنه ممّا عرفه الناس، وفي روايه يحيى الأرزق، قال: قال لي أبو الحسن عليه السلام: «من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه ممياً عرفه الناس لم يغتبه، ومن ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه، ومن ذكره بما ليس فيه فقد بهته»^(٢).

ولو كان عيب إنسان مستوراً عند طائفه وظاهراً عند الأخرى، فهل يجوز إظهار ذلك العيب عند الطائفه الأولى؟ قد يقال بعدم جواز الإظهار، باعتبار أنه وإن لم يكن إظهاره عندهم اغتياًباً، وأنه عيب لم يستره الله على ذلك الإنسان، إلا أنه يعمّه ما في موثقه أبي بصير المتقدمه من قوله عليه السلام: «وأكل لحمه معصيه لله» فإن الإظهار المزبور أكل للحمه و إسقاط له عن أعين الطائفه الأولى بلا كلام. ولكن الأظهر جوازه، فإنه لا ينبغي التأمل في جواز إظهار ذلك العيب عند الجاهل به من الطائفه الثانيه، كما هو ظاهر الروايات الوارده في تحديد الغيبه وتفسيرها، وإذا جاز إظهار عيبه عنده، مع أنه إسقاط لعرضه عنده، جاز عند الطائفه الأولى أيضاً، باعتبار عدم احتمال الفرق. وبعبارة ثم الظاهر المصرّح به في بعض الروايات [١] عدم الفرق في ذلك على ما

ص: ٣٦٤

١- (١) العده ١ : ١٥٤، طبعه مؤسسه البعثه.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٨٩، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

صَرَّحَ به غير واحد بين ما كان نقصاناً في بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه، حتّى في ثوبه أو داره أو دابّته، أو غير ذلك.

وقد روى عن مولانا الصّادق عليه السلام الإشارة إلى ذلك بقوله: «وجوه الغيبة تقع بذكر عيب في الخلق والفعل والمعامله والمذهب والجهل وأشباهه».

قيل: أمّا البدن، فكذلك فيه العَمَش، والحَوْل، والعَوْر، والقَرَع، والقِصْر والطول، والسّواد والصُّفرة، وجميع ما يتصوّر أن يوصف به ممّا يكرهه.

والنّسب، بأن يقول: أبوه فاسق أو خبيث أو خسيس أو إسكاف أو حائك، أو نحو ذلك ممّا يكره.

وأما الخُلُق، فبأن يقول: إنّه سيّئ الخُلُق، بخيل، مرّاء متكبر، شديد الغضب، جبان، ضعيف القلب، ونحو ذلك.

وأما في أفعاله المتعلّقه بالدّين، فكقولك: سارق، كذاب، شارب، خائن، ظالم، متهاون بالصّلاه، لا يحسن الرّكوع والسّجود، ولا يجتنب من النّجاسات، ليس باراً بوالديه، لا يحرس نفسه من الغيبة والتّعرض لأعراض النّاس.

وأما أفعاله المتعلّقه بالدّنيا، فكقولك: قليل الأدب، متهاون بالنّاس، لا يرى لأحد عليه حقّاً، كثير الكلام، كثير الأكل، نؤوم يجلس في غير موضعه.

وأما في ثوبه، فكقولك: إنّه واسع الكُمّ، طويل الذّيل، وسخ الثّياب، ونحو ذلك.

الشرح:

أخرى: عدم احتمال الفرق موجب لرفع اليد في المورد عن إطلاق الموثّقه المزبوره كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم أنّ حدّ الغيبة كشف ما ستره الله على المؤمن من عيبه، فلا يكون اغتياّب في إظهار ما لا يكون من العيب، كما إذا قال: إنه ليس بمجتهد، أو ليس بأعلم، ثمّ إنّ ظاهر النّصّ و إن كان منصرفاً إلى الذّكر باللسان، لكن المراد به حقيقه الذّكر، فهو مقابل الإغفال، فكلّ ما يوجب التذكّر للشّخص من القول والفعل والإشارة وغيرها فهو ذكر له. ومن ذلك المبالغه في تهجين المطلب الذي ذكره بعض المصنّفين، بحيث يفهم منها الإجزاء بحال ذلك المصنّف، فإنّ قولك: إنّ هذا المطلب بديهيّ البطلان، تعريض لصاحبه بأنّه لا يعرف البديهيّات، بخلاف ما إذا قيل: إنّ مستلزم لما هو بديهيّ البطلان، لأنّ فيه تعريضاً بأنّ صاحبه لم ينتقل إلى

الملازمه بين المطلب وبين ما هو بديهى البطلان، ولعلّ الملازمه نظريه. وقد وقع من بعض الأعلام بالنسبه إلى بعضهم ما لا بدّ له من الحمل والتوجيه، أعوذ بالله من الغرور، وإعجاب المرء بنفسه، وحسده على غيره، والاستيكال بالعلم.

ثم إنّ دواعى الغيبه كثيره، روى عن مولانا الصادق عليه السلام التنبيه عليها إجمالاً بقوله عليه السلام: «أصل الغيبه تتنوع بعشره أنواع: شفاء غيظ، ومساعدته قوم، وتصديق خبر بلا- كشف، وتهمه، وسوء ظنّ، وحسد، وشيخريه، وتعجب وتبرّم، وتزيّن... الخبر».

الشرح:

فإنّ نفي الكمال لا يعدّ من إثبات العيب، حتّى فيما إذا كان المنفى عنه مدّعياً لذلك الكمال، كما لا يكون اغتيال في العيوب الظاهره، أى في العيوب التى شأنها الظهور كالعور والحول والقصر وسوء الخلق ونحوها، أو كان من الممكن ستره ولكن الله لم يستره على صاحبه، كما إذا علم الناس به.

ويدلّ على ذلك مضافاً إلى ما تقدّم ما فى حسنه عبدالرحمن بن سيّابه المتقدّمه من قوله عليه السلام: «وأما الأمر الظاهر مثل الحدّه والعجله فلا»، وعلى ذلك فلا بأس بإظهار العيوب الظاهره لمن لا يعلم بها.

نعم، يجب أن لا يكون بعنوان الإهانه وقصد هتكه، بل بداع آخر، ولو كان ذلك ثمّ إنّ ذكر الشخص قد يتّضح كونها غيبه، وقد يخفى على النفس لحبّ أو بغض، فيرى أنّه لم يغتب وقد وقع فى أعظمها! ومن ذلك: أنّ الإنسان قد يغتم بسبب ما يُبتلى به أخوه فى الدّين لأجل أمر يرجع إلى نقص فى فعله أو رأيه، فيذكره المغتمّ فى مقام التأسّف عليه بما يكره ظهوره للغير، مع أنّه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه، ليكون قد أحرز ثواب الاغتمام على ما أصاب المؤمن، لكن الشيطان يخدعه ويوقعه فى ذكر الاسم.

بقى الكلام فى أنّه هل يعتبر فى الغيبه حضور مخاطب عند المغتاب، أو يكفى ذكره عند نفسه؟ ظاهر الأكثر الدّخول، كما صرّح به بعض المعاصرين.

نعم، ربّما يستثنى من حكمها عند من استثنى ما لو علم اثنان صفه شخص فيذكر أحدهما بحضره الآخر. وأمّا على ما قوّيناه من الرجوع فى تعريف الغيبه إلى ما دلّت عليه المستفيضه المتقدّمه من كونها هتك ستر مستور، فلا يدخل ذلك فى

مجرد اطلاع الطرف عليه، فإنه سيأتي عدم جواز إهانته المؤمن غير المتجاهر بفسقه.

ثم إنه ليس المراد بالغيب في المقام خصوص الفسق، بل كل ما يكون مستوراً على الإنسان وفي إظهاره مهانه لكرامته وأكل لحمه، فإظهاره اغتياب له، كما إذا قال: إنه حال صباه فعل كذا، أو كان أبوه كذا. نعم، في رواية داود بن سرحان: «هو أن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل، وتبث عليه»^(١)، إلا أنها مع ضعف سندها يمكن المناقشه في دلالتها أيضاً كما لا يخفى.

ومنه يظهر أيضاً أنه لا يدخل فيها ما لو كان الغائب مجهولاً عند المخاطب مردداً بين أشخاص غير محصوره، كما إذا قال: جاءني اليوم رجل بخيل دنيء ذميم، فإن ظاهر تعريف الأكثر دخوله، وإن خرج عن الحكم، بناءً على اعتبار التأثير عند السامع، وظاهر المستفيضه المتقدمه عدم الدخول.

نعم، لو قصد المذمه والتعير حرم من هذه الجبهه، فيجب على السامع نهى المتكلم عنه، إلا إذا احتمل أن يكون الشخص متجاهراً بالفسق، فيحمل فعل المتكلم على الصحه، كما سيجيء في مسأله الاستماع.

والظاهر أن الذم والتعير لمجهول العين لا يجب الردع عنه، مع كون الذم والتعير في موقعهما، بأن كان مستحقاً لهما، وإن لم يستحق مواجهته بالذم أو ذكره عند غيره بالذم. هذا كله لو كان الغائب المذكور مشتبهاً على الإطلاق، أما لو كان مردداً بين أشخاص، فإن كان بحيث لا يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كان كالمشتبه على الإطلاق، كما لو قال: جاءني عجمي أو عربي كذا وكذا، إذا لم يكن بحيث يكون الذم راجعاً إلى العنوان، كأن يكون في المثالين تعريض إلى ذم تمام العجم أو العرب. وإن كان بحيث يكره كلهم^[١] ذكر واحد مبهم منهم، كأن يقول: الشرح:

[١] لا يخفى أنه مع عدم تعيين المغتاب بالفتح وإن لا يكون كشف لعيبه المستور

عليه، فلا يصدق على الإظهار المزبور عنوان الغيبة، إلا أن ملاك حرمتها وهو إيراد النقص على مؤمن، وإسقاطه عن أعين الناس، بل عنوان أكل لحمه الوارد في موثقه أبي بصير المتقدمه موجود بالإضافة إلى كل منهما، فإنه بذلك يكون كل منهما معرضاً للتهمه.

وأمّا كراهه كل منهما وعدمه، فقد تقدّم أنه لا دخل لكراهه الطرف في تحقّق عنوان الغيبة، بل ولا في حرمة الإظهار وعدمها، ومن ذلك يظهر حال ما إذا قال: أهل أحد ابني زيد، أو أحد أخويه كذا وكذا ففي كونه اغتياًباً لكلّ منهما، لتمدكهما بما يكرهانه من التعريض، لاحتمال كونه هو المعيوب، وعدمه، لعدم تهتك ستر المعيوب منهما، كما لو قال: أحد أهل البلد الفلاني كذا وكذا وإن كان فرق بينهما من جهه كون ما نحن فيه محرّماً من حيث الإساءه إلى المؤمن بتعريضه للاحتمال دون المثال، أو كونه اغتياًباً للمعيوب الواقعي منهما، وإساءه بالنسبه إلى غيره، لأنه تهتك بالنسبه إليه، لأنه إظهار في الجملة لعيه بتقليل مشاركه في احتمال العيب فيكون الاطلاع عليه قريباً، وأما الآخر فقد أساء بالنسبه إليه، حيث عرّضه لاحتمال العيب، وجوه: قال في جامع المقاصد: ويوجد في كلام بعض الفضلاء أنّ من شرط الغيبة أن يكون متعلقها محصوراً، وإلا فلا تُعدّ غيبه، فلو قال عن أهل بلده غير محصوره ما لو قاله عن شخص واحد كان غيبه، لم يحتسب غيبه، انتهى.

أقول: إن أراد أنّ ذمّ جمع غير محصور لا يعدّ غيبه وإن قصد انتقاص كلّ منهم، كما لو قال: أهل هذه القرية وهذه البلده كلّهم كذا وكذا، فلا إشكال في كونه غيبه محرّمه، ولا وجه لإخراجه عن موضوعها أو حكمها. وإن أراد أنّ ذمّ المرّد بين غير المحصور لا يُعدّ غيبه، فلا بأس كما ذكرنا، ولذا ذكر بعض تبعاً لبعض الأساطين في مستثنيات الغيبه ما لو علّق الذمّ بطائفه أو أهل بلده أو أهل قريه مع قيام القرينه على عدم إرادته الجميع، كذمّ العرب أو العجم أو أهل الكوفه أو البصره وبعض القرى، انتهى.

ولو أراد الأغلب، ففي كونه اغتياًباً لكلّ منهم وعدمه، ما تقدّم في المحصور.

وبالجملة، فالمدار في التحريم غير المدار في صدق الغيبه، وبينهما عموم من وجه.

الشرح:

ص: ٣٤٨

هذه القرية أو البلده كذا، وكان عليه غالبهم، حيث إنه إن أراد الكلّ كان بهتاناً، وإن أراد الثاني: في كفّاره الغيبه الماحيه لها. ومقتضى كونها من حقوق الناس [١] توقّف رفعها على إسقاط صاحبها. أمّا كونها من حقوق الناس: فلاّنه ظلم على المغتاب، وللأخبار في أنّ «من حق المؤمن على المؤمن أنّ لا يغتابه» وأنّ «حرمه عرض المسلم كحرمه دمه وماله». وأمّا توقّف رفعها على إبراء ذى الحقّ، فللمستفيضه المعتضده بالأصل:

منها: ما تقدّم من أنّ الغيبه لا تُغفّر حتّى يَغفِر صاحبها، وأنّها ناقله للحسنات والسيئات.

الشرح:

الغالب وكان الموجود ما ستره الله عليهم فهو اغتيا ب حكماً، وإلاّ فلا بأس بذلك القول.

[١] بعض الروايات المتقدّمه دالّنه على وجوب الاستحلال، ومقتضى إطلاقها كون وجوبه تعيينياً، كما أنّ روايه حفص بن عمر (١)، المعبر عنها في كلام المصنّف رحمه الله بروايه السكونيّ، دالّنه على لزوم الاستغفار ومقتضى إطلاقها أيضاً تعيينه، فقبل برفع اليد عن كلا الإطالقين بحمل الوجوب فيهما على التخييري، كما هو مقتضى الجمع العرفيّ بين الأمر بفعل في خطاب والأمر بالفعل الآخر في خطاب آخر.

وفيه: أنّ هذا النحو من الجمع في المقام غير ممكن؛ لما ورد من كون الغيبه أشدّ من الزنا في التخلّص عن وزرها، ومع التخيير بين الاستحلال والاستغفار لا يكون في البين ما يوجب كون التخلّص من وزرها أشدّ.

مع أنّ الجمع بحمل الفعل في كلّ من الخطابين على التخييري يختصّ بما إذا علم بعدم وجوب كلا الفعلين معاً، كما في مسأله دلّله إحدى الروايتين على وجوب صلاه الجمعه، والأخرى على وجوب صلاه الظهر، حيث يعلم بعدم وجوب كلتا ومنها: ما حكاه غير واحد عن الشّيخ الكراجكي بسنده المتّصل إلى علي ابن الحسين، عن أبيه عن أمير المؤمنين عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «للمؤمن على أخيه ثلاثون حقّاً لا براءه له منها إلاّ بأدائها، أو العفو إلى أن قال: سمعت

ص: ٣٦٩

رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: إنَّ أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة، فيقضى له عليه». والنبويّ المحكيّ في السِّرائر وكشف الرّيبه: «من كانت لأخيه عنده مظلمه في عرض أو مال فليستحللها من قبل أن يأتي يوم ليس هناك درهم ولا دينار، فيؤخذ من حسناته، فإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيترايد على سيئاته».

وفي نبويّ آخر: «من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته ولا صيامه أربعين يوماً وليله، إلا أن يغفر له صاحبه».

الشرح:

الصلاتين معاً، وأما فيما احتمل وجوب كلّ منهما تعييناً، فيؤخذ بإطلاق الوجوب في كلّ منهما.

لا يقال: ظاهر كلّ من الرويتين عدم وجوب الفعل الآخر، فإنّ مقتضى روايه حفص بن عمر كون الاستغفار للمغتاب بالفتح كافياً في تكفير ذنب الاغتياب فلا حاجة معه إلى الاستحلال، كما أنّ ظاهر النبوي كون الاستحلال كافياً ولا حاجة معه إلى الاستغفار له.

فإنه يقال: نعم، هذا الظهور إطلاقي ومن باب السكوت في مقام بيان كفّاره الاغتياب، فينتفى هذا الإطلاق عن كل من الطائفتين بقريته الأخرى، فإنّ مدلول روايه حفص عدم الحاجة إلى غير الاستغفار من سائر الأفعال، ومنها الاستحلال، فيرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى الاستحلال. وكذا الحال في ناحيه النبوي، حيث إنّ مدلوله أيضاً عدم الحاجة إلى غير الاستحلال من سائر الأفعال، ومنها الاستغفار للمغتاب، وفي الدعاء التاسع والثلاثين من أدعية الصّحيفه السجّديه ودعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدلّ على هذا المعنى أيضاً. ولا فرق في مقتضى الأصل والأخبار بين التمكن من الوصول إلى صاحبه وتعذّره، لأنّ تعذّر البراءه لا يوجب سقوط الحقّ، كما في غير هذا المقام. لكن روى السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله: أن «كفّاره الاغتياب أن تستغفر لمن اغتبه كلّما ذكرته» ولو صحّ سنده أمكن تخصيص الإطلاقات المتقدّمه به، فيكون الاستغفار طريقاً أيضاً إلى البراءه، مع احتمال العدم أيضاً، لأنّ كون الاستغفار كفّاره لا يدلّ على البراءه، فلعلّه كفّاره للذنب من حيث كونه حقّاً لله تعالى، نظير كفّاره قتل الخطأ التي لا توجب براءه

القاتل، إلا أن يدعى ظهور السياق في البراءة. قال في كشف الزَّيْبِ بعد ذكر النبويين الأخيرين المتعارضين : ويمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار له على من لم تبلغ غيبته المغتاب، فينبغي له الاقتصار على الدَّعاء والاستغفار، لأنَّ في محالته إثارة للفتنه وجلباً للضغائن، وفي حكم من لم تبلغه من لم يقدر على الوصول إليه لموت أو غيبه، وحمل المحالِّه على من يمكن التوصل إليه مع بلوغه الغيبه.

الشرح:

فيرفع اليد بالإضافة إلى الاستغفار.

والحاصل: أنَّ مقتضى الجمع العرفي بين الروايتين هو الالتزام بوجود كلا الأمرين، وهذا يناسب أيضاً كون الغيبه أشدَّ من الزنا كما لا يخفى.

نعم، يبقى في البين أنَّ هذا الجمع فرع اعتبار كلِّ من الطائفتين، ومع ضعف سندهما لا يمكن الاعتماد عليهما حتَّى يجمع بينهما بما ذكر، وربَّما يجمع بينهما بحمل لزوم الاستحلال على صورته التمكَّن وعدم الفتنه في الاستحلال، والاستغفار على صورته عدم التمكَّن أو احتمال وقوع الفتنه. ويقال: إنَّ روايه السكوني شاهده لذلك، قال أبو عبدالله عليه السلام على ما في الروايه: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من ظلم أحداً وفاته أقول: إن صحَّ النبويُّ الأخير سنداً فلا مانع عن العمل به، بجعله طريقاً إلى البراءة مطلقاً في مقابل الاستبراء، وإلاَّ تعيَّن طرحه والرَّجوع إلى الأصل و إطلاق الأخبار المتقدمه، وتعذُّر الاستبراء أو وجود المفسده فيه لا يوجب وجود مبرئ آخر.

نعم، أرسل بعض من قارب عصرنا عن الصادق عليه السلام: «أنك إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحلَّ منه، وإن لم يبلغه فاستغفر الله له».

وفي روايه السيِّكوني المرويّه في الكافي في باب الظلم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من ظلم أحداً ففاته، فليستغفر الله له، فإنَّه كفاره له».

والإنصاف أنَّ الأخبار الوارده في هذا الباب كلّها غير نقيّه التَّيْنِد، وأصالة البراءه تقتضى عدم وجوب الاستحلال ولا الاستغفار، وأصالة بقاء الحقِّ الثَّابت الشَّرح:

فليستغفر الله فإنه كفاره له»(١).

ص: ٣٧١

وفيه: أولاً: أنّ الروايه ضعيفه بالنوفلى، كما تقدّم بيان ذلك سابقاً.

وثانياً: أنّه لا دلالة فيها على الاستغفار للمظلوم.

وثالثاً: كون الغيبه ظلماً على المغتاب بالفتح أول الكلام، ولذا لو لم يكن فى السبن أدلّه تحريم الغيبه وأكل لحم المؤمن لما كانت أدلّه تحريم الظلم كافيه لإثباتها، مع أنّه ليس الظلم مطلقاً من حقوق الناس كما فى الزنا، فإنّه لا يجب على الزانى مثلاً فى توبته الاستحلال من أب البنت أو زوج المرأه ممن يكون عرضه مع ظهور الزنا مورد المناقشه بين الناس، ومن هنا يظهر عدم الدلالة فى الدعاء المنقول عن السجاد عليه السلام على كون الغيبه من الظلامه التى يجب الاستحلال منها.

للمغتاب (بالفتح) على المغتاب (بالكسر) تقتضى عدم الخروج منه إلا بالاستحلال خاصه، لكن المثبت لكون الغيبه حقاً بمعنى وجوب البراءه منه ليس إلا- الأخبار غير التقيه السّند، مع أنّ السّند لو كان نقيّاً كانت الدّلاله ضعيفه، لذكر حقوق آخر فى الرّوايات، لا- قائل بوجوب البراءه منها. ومعنى القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها: المعامله معه معامله من لم يراع حقوق المؤمن، لا- العقاب عليها، كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكوره فى روايه الكراجكى. فالقول بعدم كونه حقاً للناس بمعنى وجوب البراءه، نظير الحقوق المالىه، لا يخلو عن قوه، وإن كان الاحتياط فى خلافه، بل لا يخلو عن قرب، من جهه كثره الأخبار الدالّه على وجوب الاستبراء منها، بل اعتبار سند بعضها. والأحوط الاستحلال إن تيسّر، وإلا فالاستغفار. غفر الله لمن اغتناه ولمن اغتابنا بحقّ محمد وآله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين .

الثالث: فيما استثنى من الغيبه وحكم بجوازها بالمعنى الأعم.

فاعلم أنّ المستفاد من الأخبار المتقدمه [١] وغيرها أنّ حرمة الغيبه لأجل الشرح:

والأظهر أنّه بعد ملاحظه ضعف الأخبار الدالّه على كونها من حقوق الناس، وأنّه يتوقّف التخلّص عنها على الاستحلال أو الاستغفار، أو بعد تساقط كلتا الطائفتين بالمعارضه كما مرّ، يرجع إلى إطلاق ما دلّ على كون التوبه مكفّره للسيئات، وأنّ التائب عن ذنبه كمن لا ذنب له، وأنّه كفى فى التوبه الندم، فراجع. ولا تصل التوبه مع هذا

الإطلاق إلى الأصل العملي، ليقال: إن مقتضى حكم العقل في مثل المقام هو الجمع بين الأمور التي يحتمل دخلها في التخلص عن الوزر الثابت على المكلف، ولكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط.

[١] وحاصله أنه يستفاد من الأخبار أن ملاك حرمة الغيبة حصول انتقاص انتقاص المؤمن وتأذيه منه، فإذا فرض هناك مصلحة راجعه إلى المغتاب بالكسر، أو بالفتح، أو ثالث دلّ العقل أو الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه، وجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين، كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله وحقوق الناس، وقد نبه عليه غير واحد. قال في جامع المقاصد بعد ما تقدّم عنه في تعريف الغيبة: إن ضابط الغيبة المحرّمه: كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن، أو التفكّه به، أو إضحاك الناس منه، وأمّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشير، والتظلم وسماعه، والجرح والتعديل، وردّ من ادّعى نسباً ليس له، والقدح في مقاله باطله خصوصاً في الدين، انتهى.

وفي كشف الرّيبه: اعلم أنّ المرخص في ذكر مساءه الغير هو غرض صحيح في الشرع لا يمكن التوصل إليه إلاّ به، انتهى. وعلى هذا، فموارد الاستثناء لا تنحصر في عدد.

الشرح:

المؤمن بها، وسقوطه عن أعين الناس؛ ولأنّه يتأذى بها، وإذا فرض أنّ مصلحة رعايتها راجحه على رعايه ملاك الغيبة كانت جائزته، ولا- فرق بين كون تلك المصلحة راجعه إلى المغتاب بالفتح كما إذا كانت غيبته مانعه له عن المنكر، أو إلى المغتاب بالكسر كما إذا كانت غيبته تظلماً وموجباً لاسترداد حقّه، أو إلى شخص ثالث، كما في نصح المستشير، حيث إنّ المصلحة ترجع إلى ذلك المستشير.

والمراد بالجواز معناه الأعمّ، فلا ينافي كونها واجبه، كما في الموارد التي تكون المصلحة المترتبه عليها لازمه الرعايه. وهذا، أي رعايه المصلحة الراجحه، لا- يختصّ بالمقام، بل يجري في كلّ مورد ثبت فيه ملا كان، سواء كان ذلك المورد من حقوق الله فقط، أو حقوق الناس أيضاً، ويشير إلى ذلك ما في «جامع المقاصد» من أنّ ضابط الغيبة نعم، الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة:

ص: ٣٧٣

الشرح:

المحرّمه كلّ فعل يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكّه به أو إضحاك الناس منه. وأمّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشير والتظلم وسماع التظلم والجرح والتعديل، وردّ من ادّعى نسباً ليس له، والقصد في مقاله باطله خصوصاً في الدين.

أقول: إنّ كون الملاك في حرمه الغيبه سقوط المغتاب بالفتح عن أعين الناس صحيح، ولكن لا يكون تأذيه ملاكاً، فإنّه ربّما لا يكون في البين تأذً، كما إذا لم يسمع المغتاب ما قيل في غيابه أو في وجهه، ويكون تأذيه ناشئاً عن بلوغ ما قيل في غيابه إليه. وهذا الإبلاغ العذّي يحصل معه تأذيه فعل شخص آخر غير المغتاب بالكسر ولذا ربّما يقول المغتاب بالفتح لمن أبلغها إليه: لم أخبرتنى بها، فإنّ إخبارك إيذاء لى.

ثمّ إنّ ما ذكر من رعايه المصلحه الراجحه موقوفه على الاطلاع على الملاكات، وأين لنا ذلك، بل هذه الرعايه من وظيفه الشارع في مقام جعل الأحكام، فإنّه إذا كانت مع المفسده في الفعل جهه أخرى مقتضيه لخلاف حرمة، ففي مثل ذلك يكون الجعل تابعاً لأقوى الملاكين، أو يثبت حكم ترخيصي مع عدم تماميه الملاك الإلزامي. هذا في مقام الثبوت.

وأمّا في مقام الإثبات، فإذا طرأ على غيبه المؤمن عنوان يحتمل معه تبدل فسادها، ولم يكن ذلك العنوان الطارئ مورد الأمر أو الترخيص في شيء من الخطابات الشرعيّه، فيؤخذ بإطلاق دليل حرمه الغيبه، ومع تعلق الأمر أو الترخيص بذلك العنوان في خطاب، تلاحظ النسبه بينه وبين خطاب النهي عن الغيبه، على تفصيل المذكور في بحث التعارض.

نعم، إذا كان التراحم بين حرمه الغيبه وتكليف آخر من قبيل التراحم بين التكليفين، بأن لم يتمكّن المكلف من الجمع بين امتثال النهي عن الغيبه وموافقته.

الشرح:

التكليف الآخر المتعلّق بفعل آخر، فيلاحظ الأهمّ منهما أو محتمله.

وما ذكره في «جامع المقاصد» من أنّ ضابط حرمه الغيبه قصد هتك المؤمن وإضحاك الناس منه (1)، فلا يكون في غير ذلك حرمه لا يمكن مساعدته عليه، فإنّ

ص: ٣٧٤

القصد المزبور لا- دخل له في صدق الغيبة، ولا في ملاك حرمتها، ومقتضى الإطلاق هو الحكم بها بأي قصد تحققت، إلا إذا كان في البين انصراف أو دليل مقيّد لحرمتها. ولا بأس بالتعرض للموارد التي ذكرها في «جامع المقاصد»، فنقول: لا ريب في جواز الغيبة فيما إذا كانت المقالة الباطلة من قبيل البدعة في الدين، ودعوه الناس إلى الضلالة. وقد تقدّم استفادة جواز الغيبة في مثل هذا الفرض من صحيحه داود بن سرحان(1)، بل البدعة كذلك تجاهر بالفسق فلا يكون لصاحبها حرمه.

وأما التعديل والجرح، فإنّ الأول لا بأس به، فإنّه إظهار جلال الشخص وكماله، وكذا لا بأس بالثاني فيما إذا كان المغتاب كذاباً جعلاً أو متجاهراً بفسقه، كما إذا كان فطحياً أو واقفياً أو عامياً، حيث إنّ الراوى الكذاب يدخل في المبدع في الدين حتّى فيما إذا كان مستتراً بكذبه، بل ولا يبعد أن يقال بانصراف أدلّه حرمه الغيبة عن الأخبار بالفسق في مقام الشهادة، كما كان على ذلك سيره المسلمين، حيث كانوا يشهدون بفسق الناس عند دعوتهم إليها.

هذا، مع أنّه قد يمكن للرجاليّ فيما إذا علم فسق الراوى أن يترك توثيقه، فإنّ هذا يكفي في سقوط روايته عن الاعتبار، ولا يلزم التعرّض لفسقه المستور، فتأمّل. وكذا الحال في مدّعى النسب، فإنّه يمكن ردّ دعواه بنحو لا- يكون ظاهراً في كون دعواه أحدهما: ما إذا كان المغتاب متجاهراً بالفسق[1] فإنّ من لا يبالي بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق.

نعم، لو كان في مقام ذمّه كرهه من حيث المذمّه، لكن المذمّه على الفسق المتجاهر به لا تحرم، كما لا يحرم لعنه.

وقد تقدّم عن الصّحاح أخذ المستور في المغتاب. وقد ورد في الأخبار المستفيضه جواز غيبه المتجاهر:

منها: قوله عليه السلام في روايه هارون بن الجهم: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له ولا غيبه».

الشرح:

من قبيل التعمّد إلى الكذب، كما إذا قال: إنك على خطأ وليس لك هذا النسب.

ص: ٣٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٢٦٧، الباب ٣٩ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث الأول.

وأما الغيبة في مقام النصح، ففي جوازها تأمل، حيث إن النسبه بين ما دلّ على استحباب نصح المؤمن وما دلّ على حرمه الغيبة العموم من وجه، ولا بدّ في مورد الاجتماع من تقديم قوله سبحانه: «وَلَا يَغْتَبِ»، كما هو الحال في كلّ مورد تعارض الخبر والآيه بالعموم من وجه، مع أنّ دلالة الآيه على العموم وضعي، فيقدّم على الإطلاقيّ حتّى فيما إذا كان الإطلاقيّ في الآيه أيضاً، وتفصيل ذلك في الأصول. وعلى كلّ فيمكن نصح المؤمن في ذلك المورد بنحو لا يدخل في عنوان الاغتياّب، كما إذا قال لأخيه المؤمن: إنّي لا أرى صلاحاً في تزويج ابنتك من فلان، ولا يلزم أن يظهر أنّه شارب الخمر مثلاً.

[١] ويستدلّ على جواز اغتياّب المتجاهر بفسقه بأمر:

الأوّل: روايه هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له ولا غيبه» (١)، وفي سندها أحمد بن هارون ولم يوثق. نعم، روى وقوله عليه السلام: «من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له». وروايه أبي البختری: «ثلاثه ليس لهم حرمه: صاحب هوى مبتدع، والإمام الجائر، والفاسق المعلن بفسقه». ومفهوم قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن كملت مروّته وظهر عدله ووجبت أخوّته، وحرمت غيبته».

وفي صحيحه ابن أبي يعفور الوارده في بيان العدالة، بعد تعريف العدالة: «أنّ الدليل على ذلك أن يكون ساتراً لعيوبه حتّى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته». دلّ على ترتّب حرمه التفتيش على كون الرّجل ساتراً، فتنتفى عند انتفائه.

الشّرح:

الصدوق رحمه الله عنه مترضياً عليه (٢)، ولعلّ ذلك لا يخلو عن الإشعار إلى حسن حاله، ولكن لا اعتبار بالإشعار.

الثاني: مرسله المفيد رحمه الله في الاختصاص عن الرضا عليه السلام، قال: «من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له»، على ما رواها في «المستدرک» (٣).

ص: ٣٧٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٨٩، الباب ١٥٤ من أبواب العشره، الحديث ٤.

٢- (٢) علل الشرائع ١ : ٢٤٦، وفيه: حدّثنا أحمد بن هارون الفامى رضى الله عنه. وتكرّرت هذه العبارة منه في عدّه موارد من كتبه.

الثالث: ما رواه عبدالله بن جعفر الحميرى عن السندي بن محمد، عن أبى البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: «ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، والإمام الجائر، والفاسق المعلن بالفسق»^(١)، والرواية ضعيفة بأبى البختري، فإنه وهب بن وهب، وقال الفضل بن شاذان فى حقه: إنه أكذب البرية^(٢).

الرابع: موثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «من عامل الناس فلم يظلمهم، ومفهوم قوله عليه السلام فى روايه علقمه المحكيه عن المحاسن: «من لم تره بعينك يرتكب ذنباً ولم يشهد عليه شاهدان فهو من أهل العدالة والستر، وشهادته مقبولة وإن كان فى نفسه مذنباً، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله تعالى، داخل فى ولاية الشيطان . . . الخبر». دل على ترتب حرمة الاغتياب وقبول الشهاده على كونه من أهل الستر وكونه من أهل العدالة على طريق اللف والتشتر أو على اشتراط الكل بكون الرجل غير مرئى منه المعصيه ولا مشهوداً عليه بها، ومقتضى المفهوم جواز الاغتياب مع عدم الشرط، خرج منه غير المتجاهر. وكون قوله: «من اغتابه . . . الخ» جمله مستأنفه غير معطوفه على الجزاء، خلاف الظاهر. ثم إن مقتضى إطلاق الروايات جواز غيبه المتجاهر فى ما تجاهر به، ولو مع عدم قصد غرض صحيح، ولم أجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحيح، وهو ارتداعه عن المنكر.

الشرح:

وحدّتهم فلم يكذبهم، وواعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته وكملت مروّته وظهر عدله ووجبت أخوته»^(٣)، فإن مفهومها انتفاء حرمة الغيبه مع انتفاء الشرط. ولكن المفهوم جواز غيبه الفاسق المحرز فسقه، سواء كان متجاهراً أو متسترًا، حيث إن المذكورات فى الشرط بمجموعها طريق إلى عداله الشخص، فيكون إحرازها إحرازاً لعدالته وخلافها إحرازاً لفسقه، وترتب حرمة الاغتياب على صورته ثبوت الطريق إلى عدالته مقتضاه عدم الحرمة فى الصورة الثانية، كان متجاهراً بفسقه أم لا. والمفهوم

ص: ٣٧٧

١- (١) مستدرک الوسائل ٩: ١٢٩، الباب ١٣٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ٢٨٩، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٥.

٣- (٣) رجال الكشى: ٣٧٥، ذيل الحديث ٥٥٨.

المزبور أخصّ ممّا دل على حرمه اغتياى المؤمن، فيرفع اليد عن إطلاقه بالمفهوم، فيختصّ ما دلّ على حرمه الاغتياى بما إذا لم يظهر فسق المغتياى، ولا فرق فى جوازها مع ظهوره بين كونه متجاهراً أولاً.

نعم، تقدّم عن الشّهيد الثّانى احتمال اعتبار قصد النّهى عن المنكر فى جواز سبّ المتجاهر، مع اعترافه بأنّ ظاهر النّص والفتوى عدمه.

الشرح:

ولكن الصحيح أنّه يرفع اليد عن إطلاق المفهوم بالتقييد الوارد فى صحيحه ابن أبى يعفور الّتى هى الأمر الخامس فى المقام، قال أبو عبد الله عليه السلام فيها بعد السؤال عن العدالة فى الرجل: «تعرفوه بالستر والعفاف، وكف البطن والفرج واليد واللسان [إلى أن قال:] والدلالة على ذلك كلّ أن يكون ساتراً لجميع عيوبه حتّى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته وعيوبه»^(١)، فإنّ ظاهرها اعتبار الستر فى حرمه الفحص عن عيوبه فيجوز مع عدم الستر، ولا يحتمل الفرق فى الجواز وعدمه بين التفتيش عن سائر عيوبه وبين إظهارها بعد العلم بها. وهذه الصحيحه مع روايه هارون بن الجهم تكون قرينه على رفع اليد عن إطلاق المفهوم فى الموثّقه.

السادس: روايه علقمه المحكيه عن «المحاسن»^(٢): «من لم تره بعينك يرتكب ذنباً ولم يشهد عليه عندك شاهدان، فهو من أهل العدالة والستر، وشهادته مقبوله وإن كان فى نفسه مذنباً، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولايه الله تعالى ذكره داخل فى ولايه الشيطان»، وظاهرها أنّ حرمه الاغتياى متفرّعه على كون الشخص من أهل الستر، وقبول شهادته على كونه من أهل العدالة. ومقتضى هذا التفرّيع جواز اغتيايه عند عدم كونه من أهل الستر، ودعوى أنّ قوله عليه السلام: «ومن اغتابه بما فيه» جمله مستأنفه مستقلّه وغير متفرّعه على كونه من أهل الستر، فتكون دلالتها على جواز اغتياى غيره ممن لا يكون ساتراً لعيوبه من قبيل مفهوم اللقب يدفعها أنّها خلاف ظاهرها.

نعم، يمكن أن يقال بدلالاتها على عدم جواز الاغتياى مع عدم إحراز فسق.

ص: ٣٧٨

١- (١) وسائل الشيعه ٣٩١: ٢٧، الباب ٤١ من كتاب الشهادات، الحديث الأول.

٢- (٢) كذا، والظاهر أنّه مصحّف «المجالس»، أنظر أمالى الصدوق: ٩١، المجلس ٢٢، الحديث ٣، وقد رواها عنه فى وسائل الشيعه ١٢: ٢٨٥، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٠.

الشخص، كما إذا لم تره منه ولم تقم عليه شهادته، وعلى جوازه مع علمه به أو قيام الشهادته عليه، بلا فرق بين المتجاهر وغيره، نظير الإطلاق المتقدم في الموثقه، وما رفعنا به اليد عن الإطلاق المزبور نرفع اليد به عن إطلاق هذه الروايه أيضاً.

وقد يقال: إن مفهوم روايه علقمه سالبه بانتفاء الموضوع، فإن مفهومها من ترى بعينك عصيانه أو قام عليه شهادته فليس من أهل العدالة والستر، فلا تكون شهادته مقبوله وغيبته محرّمه. والمراد أنه لا يكون ذكره عندك غيبه، فإنها كشف أمر مستور، ومع العلم به لا يكون كشف للمستور.

وفيه ما لا يخفى، فإنه لم يفرض في الروايه ذكر ذلك الذنب حتى يقال: لا يكون ذكره عند العالم به اغتياً، بل المراد نفي الحرمة عن ذكر سائر عيوبه التي لا يعلم بها الشخص، ويكون ذكرها من الغيبه، فلا بد من حملها على المتجاهر كما تقدم.

ثم إنّي لا أظن أن يتوهم دلالة الموثقه على وجوب الوفاء بالوعد، وذلك لما ذكرنا من أن المذكور فيها طريق إلى عداله الشخص، ويمكن جعل الالتزام بالمستحب الواحد طريقاً إلى عداله الشخص، فضلاً عن جعل عدّه أمور يكون الالتزام به أحدها. نعم، ربّما يقال بأن مدلول الموثقه ترتب مجموع الأحكام المذكوره في الجزء على الشرط المذكور، فيكون مفهومها انتفاء المجموع بانتفاء الشرط، وهذا لا ينافي ثبوت بعض تلك الأحكام، أي حرمة الغيبه في فرض انتفاء الشرط، ويدفعه ظهور القضيّه في ترتب كلّ واحد من الأحكام المزبوره على الشرط.

ثم إن مفاد روايه علقمه كون الأصل في المؤمن العدالة، فيكفي في ترتيب آثارها عدم إحراز الفسق، هذا هو المنسوب إلى الصدوق رحمه الله، ولكن الاعتماد في ذلك على هذه الروايه، مع ضعفها سنداً ومعارضتها لما دلّ على اعتبار إحراز العدالة في ترتيب وهل يجوز اغتيا المتجاهر في غير ما تجاهر به؟ [١]

صرّح الشّهد الثّاني وغيره بعدم الجواز، وحكى عن الشّهد أيضاً.

وظاهر الزوايات التّافيه لا احترام المتجاهر وغير السّاتر هو الجواز، واستظهره في الحدائق من كلام جملة من الأعلام وصرّح به بعض الأساطين. وينبغي إلحاق ما يتسّر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح، فمن تجاهر باللواط والعياذ بالله جاز اغتيا به بالتعرض للنساء الأجانب، ومن تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيا به

بالسيرة، ومن تجاهر بكونه جلاّد السّيطان يقتل النَّاس وينكّلهم جاز اغتيابه بشرب الخمر، ومن تجاهر بالقبائح المعروفه جاز اغتيابه بكلّ قبيح، ولعلّ هذا هو المراد ب «مَن ألقى جلباب الحياء»، لا من تجاهر بمعصيه خاصّه وُعْدَ مستوراً بالنسبه إلى غيرها، كبعض عمّال الظلمه.

ثمّ المراد بالمتجاهر من تجاهر بالقبيح بعنوان أنّه قبيح، فلو تجاهر به مع إظهار محمل له لا يعرف فسادَه إلاّ القليل كما إذا كان من عمّال الظلمه وادّعى في ذلك عذراً مخالفاً للواقع، أو غير مسموع منه، لم يُعد متجاهراً.

نعم، لو كان اعتذاره واضح الفساد لم يخرج عن المتجاهر. ولو كان متجاهراً عند أهل بلده أو محلّته مستوراً عند غيرهم، هل يجوز ذكره عند غيرهم؟ فيه إشكال، من إمكان دعوى ظهور روايات الرّخصه في من لا يستنكف عن الاطلاع على عمله مطلقاً، فربّ متجاهر في بلد، متسترّ في بلاد الغربه أو في طريق الحجّ والزّياره، لئلا يقع عن عيون النَّاس.

الشرح:

آثارها، كصحيحه عبدالله بن أبي يعفور غير ممكن.

[١] الأظهر جواز ذلك، كما عليه جماعه، وتقتضيه صحيحه ابن أبي يعفور، حيث إنّ ظاهرها جواز تفتيش سائر عيوب المتجاهر، فيجوز أيضاً إظهار تلك العيوب وبالجمله، فحيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الإطلاق، وجب الاقتصار على ما يتيقن خروجه. فالأحوط الاقتصار على ذكر المتجاهر بما لا يكرهه لو سمعه ولا يستنكف من ظهوره للغير. نعم لو تأذى من ذمّه بذلك دون ظهوره [١] الشرح:

بعد العلم بها، على ما تقدّم من عدم احتمال الفصل بين الجوازين.

ويدلّ عليه أيضاً روايه هارون بن الجهم المتقدّمه، حيث إنّ ظاهرها عدم الاحترام للمتجاهر حتى يتحفّظ عليه بترك غيبته وعدم إظهار عيوبه المستوره عليه، بل المراد من نفى الغيبه له تجويز إظهار تلك العيوب خاصه، وإلاّ فبالإضافه إلى عيبه المتجاهر به لا تتحقّق الغيبه أصلاً.

والحاصل: أنّ هذه الروايه وما بعدها باعتبار ضعف أسنادها مؤيّد، والعمده في المقام الصحيحه والموثّقه، وممّا ذكر يظهر الحال فيما إذا كان متجاهراً في بلد دون

آخر، فإنه يجوز بيان عيوبه حتى في البلد الآخر؛ لعين ما ذكر.

نعم، إذا كان ساتراً لعيوبه ومعتذراً عن عيبه المتجاهر به بارتكابه للاضطرار أو الإكراه أو التراحم بينه وبين التكليف الآخر، أو بدعوى أنه يرى جوازه تقليداً أو اجتهاداً، فإن كان بطلان اعتذاره واضحاً عند الناس فلا يعدّ الاعتذار سترًا، وإن احتمل العذر ولو كان معلوم البطلان عند البعض الآخر، فلا يكون بارتكابه جاهراً بفسقه.

ثم إن ظاهر الأدلة كون الحكم مادام كونه جاهراً، نظير قوله عليه السلام: «لا تصل خلف الفاسق» فلا يجوز الاغتياب بعد ما صار الشخص ساتراً لعيوبه حتى بإظهار عيبه الذي كان عليه زمان تجاهره كما لا يخفى.

[١] يعنى: لو تأذى بالذم لا بظهور عيبه، بأن لا يكون مجرد ظهوره مكروهاً له، فلا بأس باغتيابه بإظهار ذلك العيب، وفي فرض كراهته له يجوز سبه بما لا يكون كذباً ولكن لا يجوز اغتيابه، حيث إن مناط السب المذمه والتنقيص فيجوز، ومناط الغيبة لم يقدح في الجواز، ولذا جاز سبه بما لا يكون كذباً. وهذا هو الفارق بين السب والغيبة، حيث إن مناط الأول المذمه والتنقيص فيجوز، ومناط الثاني إظهار عيوبه فلا يجوز إلا بمقدار الرخصه.

الثاني: تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم [١] و إن كان مستتراً به كما إذا ضربه في الليل الماضي و شتمه، أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه، لظاهر قوله تعالى: «وَلَمَنْ انْتَصِرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ * إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ» وقوله تعالى: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» فعن تفسير القمى: «أى لا يحب أن يجهر الرجل بالظلم والسوء ويظلم إلا من ظلم، فأطلق له أن يعارضه بالظلم».

وعن تفسير العياشى، عنه عليه السلام: «من أضاف قوماً فأساء ضيافتهم فهو ممن ظلم، فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه». وهذه الرواية و إن وجب توجيهها، إمّا بحمل الإساءه على ما يكون ظلماً و هتكاً لاحترامهم أو بغير ذلك، إلا أنها دالّة على عموم «من ظلم» فى الآيه الشريفة، وأن كل من ظلم فلا جناح عليه فيما قال فى الظالم.

الشرح:

إظهار عيبه فلا يجوز إلا مع الرخصه أو عدم الكراهه.

أقول: هذا الكلام عجيب منه رحمه الله ، حيث تعرّض سابقاً لسب المتجاهر بفسقه

واستظهر جوازه من دليل جواز اغتيابه، وهنا فصل بين غيبه المتجاهر وذكر عدم جوازها فيما إذا كان ظهور عيبه مكروهاً، وبين سببه وذكر جوازه بما لا يكون كذباً حتى مع تأذيه.

[١] يستدل على جواز تظلم المظلوم عن ظالمه بقوله سبحانه: «وَلَمَنِ اتَّبَعَ بِعِدِ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ» (١)، ولكن لا يخفى ما فيه، فإن ظاهرها جواز انتقام ونحوها في وجوب التوجيه روايه أخرى في هذا المعنى محكيه عن المجمع: «أَنَّ الضَّيْفَ يَنْزِلُ بِالرَّجُلِ فَلَا يَحْسُنُ ضِيَافَتَهُ، فَلَا جَنَاحَ عَلَيْهِ فِي أَنْ يَذْكُرَهُ بِسُوءِ مَا فَعَلَهُ». ويؤيد الحكم فيما نحن فيه أن في منع المظلوم من هذا الذي هو نوع من التشفي حرجاً عظيماً، ولأن في تشريع الجواز مظنه ردع الظالم، وهي مصلحه خاليه عن مفسده، فيثبت الجواز، لأن الأحكام تابعه للمصالح.

ويؤيد ما تقدم من عدم الاحترام للإمام الجائر، بناءً على أن عدم احترامه من جهه جوره، لا من جهه تجاهره، وإلا لم يذكره في مقابل الفاسق المعلن بالفسق. وفي النبوي: لصاحب الحق مقال.

الشرح:

المظلوم من ظالمه، كما يؤيد ملاحظه ما قبلها من قوله عز وجل: «وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» (٢)، وأما جواز اغتياب ظالمه بإظهار ظلمه أو حتى سائر عيوبه المستوره عليه، فلا دلالة لها عليه، بل مقتضى قوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (٣) المماثله في الانتقام.

نعم، لو كان ظلمه هو الاغتياب والتنقيص المسقط للمغتاب بالفتح عن أعين الناس، فيجوز للمغتاب الانتقام من ظالمه بإظهار عيوبه. وقوله سبحانه: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» (٤)، فإنه في نفسه دال على جواز إظهار المظلوم مساوي ظالمه، بلا حاجه إلى الروايه أو قول بعض المفسرين؛ لأن قوله سبحانه: «مَنْ

ص: ٣٨٢

١- (١) سورة الشورى: الآية ٤١.

٢- (٢) سورة الشورى: الآية ٤٠.

٣- (٣) سورة البقره: الآية ١٩٤.

٤- (٤) سورة النساء: الآية ١٤٨.

الْقَوْلِ»، كما مر سابقاً بيان للجهر بالسوء وإظهاره.

والظاهر من جميع ما ذكر عدم تقييد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزاله الظلم عنه، وقواه بعض الأساطين، خلافاً لكاشف الرّيبه وجمع ممن تأخر عنه فقيده، اقتصاراً في مخالفه الأصل على المتيقن من الأدله، لعدم عموم في الآيه الشرح:

والحاصل: أنّ ظاهر الآيه حرمه إظهار الإنسان المساوي والقبايح التي ارتكبتها هو أو غيره، إلا إذا كان الجاهر بها مظلوماً يجهر بمساوي ظالمه، ومناسبه الحكم والموضوع مقتضاها دخل الظلم في جواز الاغتياب، بحيث لولا- ظلمه لما جاز اغتيابه. وأمّا اختصاص الجواز بخصوص ظلمه بحيث لا يجوز إظهار سائر عيوبه، فلا تقتضيه المناسبه، بل مقتضاها بيان جميعها حتى يحصل للناس إمكان التصديق بظلمه.

ثم إنّ المصنّف رحمه الله أيد جواز التظلم بأنّ في منع المظلوم عنه حرجاً عليه، حيث إنّ التظلم نوع من التشفّي.

ولا- يخفى ما فيه، فإنّه ليس في البين الحرج الراجع للتكليف، خصوصاً فيما إذا كان للمظلوم حجه على ظالمه تمكنه من طرح دعواه في المحاكم للأخذ بحقه.

وبأنّ في جواز التظلم وتشريع الجواز مظنه ردع للظالم.

وفيه: أنّ هذا على تقدير تماميته لا يختص بالمظلوم، لعدم اختصاص منع الغير عن المنكر بشخص دون شخص.

وبهذا يظهر الحال فيما استظهره ممياً ورد في اغتياب الإمام الجائر، حيث إنّ جواز اغتيابه لا يختص بخصوص المظلوم، بل يعم كل شخص، فيجوز لهم ذكر عيوبه. نعم، في النبوي: «لصاحب الحقّ مقال»^(١) وظاهره جواز إظهار المظلوم حقه وبيان ما أصابه من الظلم ولو كان البيان إظهاراً لعب الآخر.

وعدم نهوض ما تقدّم في تفسيرها للحجّيه، مع أنّ المروي عن الباقر عليه السلام في تفسيرها [١] المحكى عن مجمع البيان: أنّه «لا يحبّ الله الشتم في الانتصار» إلاّ من ظلم، فلا بأس له أن ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به في الدين» قال في الكتاب المذكور: ونظيره «وَأَنْتَصِرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظَلَمْتُمْ». وما بعد الآيه لا يصلح

ص: ٣٨٣

للخروج بها عن الأصل الثابت بالأدلة العقلية والنقلية، ومقتضاه الاقتصار على مورد رجاء تدارك الظلم، فلو لم يكن قابلاً للتدارك لم تكن فائده في هتك الظالم. وكذا لو لم يكن ما فعل به ظلماً، بل كان من ترك الأولى، وإن كان يظهر من بعض الشرح:

والحاصل: أن قوله سبحانه: «لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ» بنفسه كافٍ في إثبات جواز بيان المظلوم عيوب ظالمه، وبلا فرق بين أن يكون في إظهارها مظنة إزاله الظلم عنه، كما إذا أظهرها عند من يمكن له إزالته، أو لم يكن في إظهارها إلا بيان عيوبه وإسقاطه عن أعين الناس، كما هو مقتضى إطلاق الاستثناء وعدم تقييده بمقام مظنة دفع الظلم.

وما في كلام المصنّف رحمه الله من عدم العموم في الآيه، فإن أراد نفى الإطلاق فقد ذكرنا ثبوته، كما هو مقتضى أصاله ورودها في مقام البيان من جهتي المستثنى والمستثنى منه، وإن أراد عدم العموم الوضعي فإثبات عموم الجواز لا يحتاج إليه كما مر.

[١] لا يخفى أن قوله سبحانه: «لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ» بنفسه ظاهر في أنه يجوز للمظلوم اغتيااب ظالمه، ويكون الانتصار باغتياابه مما يجوز الانتظار به في الدين، فالرواية لا تنافي الآيه، بل الآيه حاكمه على مفادها، مع أنه لا يمكن رفع اليد عن ظاهرها بمثل تلك المرسله.

الأخبار جواز الاشتكاء لذلك [١]: فعن الكافي والتّهذيب بسندهما عن حمّاد ابن عثمان، قال: «دخل رجل على أبي عبد الله عليه السلام فشكا إليه رجلاً من أصحابه فلم يلبث أن جاء المشكّو عليه، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما لفلان يشكوك؟ فقال: يشكوني أنّي استقضيت منه حقّي، فجلس أبو عبد الله عليه السلام مغضباً، فقال: كأنك إذا استقضيت حقك لم تسع! رأيت قول الله عزّ وجلّ: «وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ» أترى أنّهم خافوا الله عزّ وجلّ أن يجور عليهم؟ لا والله! ما خافوا إلا الاستقضاء، فسّماه الله عزّ وجلّ سوء الحساب، فمن استقضى فقد أساء».

ومرسله ثعلبه بن ميمون المرويه عن الكافي، قال: «كان عنده قوم يحدّثهم، إذ ذكر رجل منهم رجلاً فوقع فيه وشكاه، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: وأنّي لك بأخيك كلّ، وأيّ الرجال المهذب!» فإنّ الظاهر من الجواب أنّ الشكوى إنّما

كانت من ترك الأولى الذي لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

ومع ذلك كله، فالأحوط عدّ هذه الصورة من الصور العشر الآتية التي رخص فيها في الغيبة لغرض صحيح أقوى من مصلحه احترام المغتاب. كما أنّ الأحوط جعل الصورة السابقة خارجه عن موضوع الغيبة بذكر المتجاهر بما لا يكره نسبه إليه من الفسق المتجاهر به، وإن جعلها من تعرض لصور الاستثناء منها. فيبقى من موارد الرخصه لمزاحمه الغرض الأهم صور تعرضوا لها:

الشرح:

[١] وهى روايه حماد بن عثمان(١) وفي سندها ضعف بمعلى بن محمد، وعلى روايه الشيخ رحمه الله بمحمد بن يحيى الصيرفى ومرسله ثعلبه بن ميمون(٢) ولا- دلالة لهما أيضاً على جواز الاغتياب بترك الأولى، فإن الشكوى لا يكون من الاغتياب دائماً، منها: نصح المستشير، فإن النصيحة واجبه للمستشير، فإن خيانتة قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع فى المغتاب. وكذلك النصح من غير استشاره، فإن من أراد تزويج امرأه وأنت تعلم بقبائحتها التي توجب وقوع الرجل من أجلها فى الغيبة والفساد، فلا ريب أنّ التنبيه على بعضها وإن أوجب الوقيعه فيها أولى من ترك نصح المؤمن، مع ظهور عدّه من الأخبار فى وجوبه.

ومنها: الاستفتاء، بأن يقول للمفتى: ظلمنى فلان فى حقى، فكيف طريقى فى الخلاص؟ هذا إذا كان الاستفتاء موقوفاً على ذكر الظالم بالخصوص، وإلا فلا يجوز.

ويمكن الاستدلال عليه[١]. بحكاية هند زوجة أبى سفيان واشتكائها إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وقولها: «إنه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى»، فلم يرد صلى الله عليه وآله عليها غيبه أبى سفيان. ولو نوقش فى هذا الاستدلال بخروج غيبه مثل أبى سفيان عن محلّ الكلام أمكن الاستدلال بصحيحه عبدالله بن سنان، عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وآله فقال: إن أمى لا تدفع يد لا مس! فقال: احبسها، قال: قد فعلت، فقال صلى الله عليه وآله: فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال صلى الله عليه وآله: الشرح:

ص: ٣٨٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٤٨، الباب ١٦ من أبواب الدين، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ : ٨٥، الباب ٥٦ من أبواب أحكام العشرة، الحديث الأول.

ولعلّ الشكوى المفروضة في الروايتين لم تكن اغتياًباً.

[١] أى على جواز الاغتياىب فى مقام الاستفتاء مع توقّفه عليه.

لا يقال: كما يمكن الاستفتاء بإظهار السائل عيب أمّه وسوئها، كذلك يمكن بطرح السؤال بنحو الفرض والتقدير، بأن يقول: لو ارتكبت أمّ أحد الفعل الفلانى فما وظيفه ابنها؟ وطرح السؤال فى الروايه (١) بنحو الاغتياىب وعدم ردع النبى صلى الله عليه وآله دليل على فقيدها، فإنّك لا تبرّها بشيء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عزّ وجلّ... الخبير» واحتمال كونها متجاهره، مدفوع بالأصل [١].

ومنها: قصد ردع المغتاب عن المنكر الذى يفعله، فإنّه أولى من ستر المنكر عليه، فهو فى الحقيقه إحصان فى حقّه، مضافاً إلى عموم أدلّه النهى عن المنكر [٢].

ومنها: قصد حسم مادّه فساد المغتاب عن الناس، كالمبتدع الذى يخاف من إضلاله الناس. ويدلّ عليه مضافاً إلى أنّ مصلحه دفع فتنته عن الناس أولى من ستر المغتاب: ما عن الكافى بسنده الصّحيح عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا رأيتم أهل الزيب والبدع من بعدى فأظهروا البراءه منهم، وأكثروا من سبّهم والقول فيهم والوقيع، وباهتوهم، كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، ويخيدّزهم الناس، ولا يتعلّموا من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات، ويرفع لكم به الدّرجات».

الشرح:

جواز الاستفتاء بنحو الاغتياىب حتّى مع عدم توقّفه على ذكر الفاعل بالخصوص.

فإنّه يقال: لا إطلاق فى الروايه، فإنّها ناظره إلى قضيه شخصيّه، ولعلّ السائل كان غافلاً عن طرح السؤال فيها بالنحو الآخر.

والحاصل: أنّ المتيقّن هو الجواز فى صورته توقّف الاستفتاء كما لا يخفى.

[١] الرجوع فى المقام إلى الأصل من الغرائب، فإنّ أمّ السائل جاهره بفسقها ولا يكون له أثر شرعى بالإضافه إلينا حتّى نرجع إلى الأصل، بل ظاهر الروايه أنّه لم يردع رسول الله صلى الله عليه وآله عن اولد عن اغتياىب أمّه أو قذفها، وعدم ردعه صلى الله عليه وآله آله يكون كاشفاً عن جواز فعل الولد؛ إمّا لكونها مشهوره بالزنا، أو لكون ذكرها للغفله أو لغيرها، وليس فى

ص: ٣٨٤

البين ما يعين شيئاً من ذلك.

[٢] ولكن مجرد عموم أدلتها لما إذا توقّف النهى على الاغتياى أو على محرّم ومنها: جرح الشّهود، فإنّ الإجماع دلّ على جوازه، ولأبّن مصلحه عدم الحكم بشهاده الفسّاق أولى من السّتر على الفاسق. ومثله بل أولى بالجواز جرح الزّواه، فإنّ مفسده العمل بروايه الفاسق أعظم من مفسده شهادته. ويلحق بذلك: الشّهاده بالزّنا وغيره لإقامه الحدود.

ومنها: دفع الصّرر عن المغتاب، وعليه يحمل ما ورد فى ذمّ زراره من عدّه أحاديث. وقد بيّن ذلك الإمام عليه السلام بقوله فى بعض ما أمر عليه السلام عبد الله بن زراره بتبليغ أبيه: «أقرأ منّى على والدك السّلام، فقل له: إنّما أعيبك دفاعاً منّى عنك، فإنّ النّاس يسارعون إلى كلّ من قرّبناه ومخّدناه لإدخال الأذى فىمن نحبّه ونقرّبه، ويذمّونه لمحبتنا له وقربه ودنوّه منّا، ويرون إدخال الأذى عليه وقتله، ويحمدون كلّ من عيّناه نحن، وإنّما أعيبك، لأنّك رجل اشتهرت بنا بميلك إلينا، وأنت فى ذلك مذموم عند النّاس غير محمود الأمر، لمودّتك لنا وميلك إلينا، فأحببت أن أعيبك، ليحمدوا أمرك فى الدين بعيبك ونقصك ويكون ذلك منّا دافع شرّهم عنك، يقول الله عزّ وجلّ: «أما السّفينه فكانت لمساكين يعمّلون فى البحر فأردت أن أعيها وكان وراءهم ملك يأخذ كلّ سفينه غصّباً». هذا التّنزيل من عند الله، لا والله! ما عابها إلّا لكى تسلم من الملك ولا تغضب على يديه، ولقد كانت صالحه ليس للعب فيها مساغ، والحمد لله، فافهم المثل (رحمك الله)! فإنّك أحبّ النّاس إلى وأحبّ أصحاب أبى إلى حيّاً وميتاً، وإنّك أفضل سفن ذلك البحر القمقام الزّاخر، الشّرح:

آخر لا- يوجب تقديم النهى عن المنكر، بل وجوبه مع حرمة الاغتياى أو محرّم آخر من المتزاحمين يراعى جانب الأهمّ أو محتمله، ولا- يبعد أن تستفاد الأهميه فى جانب التكليف بالردع فى مورد تزاحمه مع حرمة الغيبه، أو مثل الضرب أو الشتم من مثل صحيحه عبد الله بن سنان المتضمّنه لأمر الولد بحبس أمّه لردعها عن محارم الله.

وإنّ وراءك لملكاً ظلوماً غصباً، يرقب عبور كلّ سفينه صالحه ترد من بحر الهدى ليأخذها غصباً ويغضب أهلها، فرحمه الله عليك حيّاً ورحمه الله عليك ميتاً... الخ». ويلحق بذلك الغيبه للتقيّه على نفس المتكلّم أو ماله أو عرضه، أو عن ثالث،

فإنَّ الضَّرورات تبيح المحظورات.

ومنها: ذكر الشَّخص بعيبه الذي صار بمنزله الصِّفه المميّزه التي لا يعرف إلاَّ بها كالأعمش والأعرج والأشتر والأحول، ونحوها .

وفى الحديث: «جاءت زينب العَطَّاره الحولاء إلى نساء رسول الله صلى الله عليه و آله». ولا بأس بذلك فيما إذا صارت الصِّفه فى اشتهاى يوصف الشَّخص بها إلى حيث لا يكره ذلك صاحبها، وعليه يحمل ما صدر عن الإمام عليه السلام وغيره من العلماء الأعلام. لكن كون هذا استثناءً مبنى على كون مجرّد ذكر العيب الظاهر من دون قصد الانتقاص غيبه، وقد منعنا ذلك سابقاً، إذ لا وجه لكراهه المغتاب، لعدم كونه إظهاراً لعيب غير ظاهر، والمفروض عدم قصد الذمّ أيضاً. اللهم إلاَّ أن يقال: إنّ الصِّفات المشعره بالذمّ كالألقاب المشعره به، يكره الإنسان الاتِّصاف بها ولو من دون قصد الذمّ، فإنَّ إشعارها بالذمّ كافٍ فى الكراهه.

الشرح:

والحاصل: أنّه لا ينبغى التأمل فى جواز الاغتياى فيما إذا توقّف عليه الأمر بالمعروف أو الردع عن المنكر، فإنّه على تقدير عدم استفاده تعين رعايتهما عن الصحيحه فلا ريب فى استفاده جوازهما، فإنَّ غاية الأمر أنّ وجوب الردع مع حرمة الاغتياى فى مورد التوقّف من المتزاحمين، وتكون الأهميه فى كلّ منهما محتمله، والحكم مع احتمالها فى كلّ من المتزاحمين هو التخيير، اللهم إلاَّ أن يقال بأنَّ الأمر بالمعروف والردع عن المنكر لا يجبان مع انحصار مقدّمتهما بالمحرّم.

ثمَّ إنّ التزاحم إنّما يكون فى فرض توقّف النهى عن المنكر على الاغتياى بأن ومنها: ما حكاه فى كشف الرّيبه عن بعض: من أنّه إذا علم اثنان من رجل معصيه شاهداها فأجرى أحدهما ذكرها فى غيبه ذلك العاصى جاز، لأنّه لا يؤثّر عند السامع شيئاً، وإن كان الأولى تنزيه النفس واللّسان عن ذلك لغير غرض من الأغراض الصّحيحه، خصوصاً مع احتمال نسيان المخاطب لذلك، أو خوف اشتهاى عنهما، انتهى.

أقول: إذا فرض عدم كون ذكرهما فى مقام التعبير والمذمّه وليس هنا هتك ستر أيضاً، فلا وجه للتّحريم ولا لكونها غيبه، إلاَّ على ظاهر بعض التعاريف المتقدّمه.

ص: ٣٨٨

ومنها: ردّ من ادّعى نسباً ليس له، فإنّ مصلحه حفظ الأنساب أولى من مراعاة حرمه المغتاب.

الشرح:

توقّف ردع المغتاب عن الفعل المنكر على الاغتياب أولاً، ثمّ نهيه عنه حتى يؤثر في الارتداع.

وأما إذا كان الاغتياب بنفسه كافياً في ارتداعه كان خطاب وجوب نهى الغير وردعه عن ارتكاب المنكر مع خطاب النهى عن الاغتياب من المتعارضين يجتمعان في الفرض، وبما أنّ الكتاب المجيد دالّ على كلا الحكمين يسقط الإطلاق من الخطابين، فيحكم في الفرض بجواز الاغتياب بأصالة البراءة عن حرمة كما لا يخفى.

لا- يقال: دلالة النهى عن الاغتياب في الكتاب المجيد بالعموم، كما هو مقتضى وقوع الجنس في حيز النهى أو النهى، ودلاله الكتاب على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالإطلاق، ومع وقوع المعارضه بالعموم من وجه يقدم العموم على الإطلاق، كما هو المقرّر في محله.

فإنّه يقال: نعم، ولكن يستفاد جواز الاغتياب في الفرض من صحيحه عبدالله بن ومنها: القدح في مقاله باطله وإن دلّ على نقصان قائلها، إذا توقّف حفظ الحقّ وإضاعه الباطل عليه. وأما ما وقع من بعض العلماء بالنسبه إلى من تقدّم عليه منهم من الجهر بالسوء من القول، فلم يعرف له وجه، مع شيوعه بينهم من قديم الأيام!

ثمّ إنهم ذكروا موارد للاستثناء لا حاجة إلى ذكرها بعد ما قدّمنا أنّ الضابط في الرخصه وجود مصلحه غالبه على مفسده هتك احترام المؤمن، وهذا يختلف باختلاف تلك المصالح ومراتب مفسده هتك المؤمن، فإنّها متدرّجه في القوه والضّعف، فربّ مؤمن لا يساوى عرضه شيء، فالواجب التحري في التّرجيح بين المصلحه والمفسده.

الشرح:

سنان، وذلك فإنّ قوله سبحانه: «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ» (١) دلّته على حرمه إيذاؤها بحبسها

ص: ٣٨٩

أو ضربها بالعموم، ودلالته الكتاب على أمرها بالمعروف ونهيها عن المنكر بالإطلاق، ومع ذلك ذكر عليه السلام فيها أن منعها عن المنكر بما ذكر من أفضل الصدقه، ولا يحتمل الفرق بين جواز ضربها وحسبها وبين اغتياها.

وبالجمله: ما ذكر في محله من تقديم العموم على الإطلاق فيما لم تكن قرينه أخرى على الجمع، والصحيحه في المقام قرينه عليه، ولكن لا يخفى أنه لا يستفاد منها وجوب منعها عن المنكر بما ذكر، بل غاية مدلولها جواز المنع أو استحبابه في مورد توقف المنع على مثل الضرب والحبس، أو اتحاده معهما وعدم إمكان المنع بغيرهما كما لا يخفى.

الرابع: يحرم استماع الغيبه [١] بلا خلاف.

فقد ورد: «أن السامع للغيبه أحد المغتابين». والأخبار في حرمة كثيره إلا أن ما يدل على كونه من الكبائر كالروايه المذكوره ونحوها ضعيفه السند.

ثم المحرم سماع الغيبه المحرمه، دون ما علم حليتها. ولو كان متجاهراً عند المغتاب، مستوراً عند المستمع وقلنا بجواز الغيبه حينئذ للمتكلم، فالمحكي جواز الاستماع مع احتمال كونه متجاهراً، لا مع العلم بعدمه. قال في كشف الريبه: إذا سمع أحد مغتاباً لآخر وهو لا يعلم المغتاب مستحقاً للغيبه ولا عدمه، قيل: لا يجب نهى القائل، لإمكان الاستحقاق، فيحمل فعل القائل على الصحه ما لم يعلم فساده، ولأن ردعه يستلزم انتهاك حرمة، وهو أحد المحرمين.

ثم قال: والأولى التنزه عن ذلك حتى يتحقق المخرج منه، لعموم الأدله وترك الاستفصال فيها، وهو دليل إرادته العموم حذراً من الإغراء بالجهل، ولأن ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبه إلى السامع مع احتمال إطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقاله، وهو هدم قاعده النهى عن الغيبه، انتهى.

الشرح:

[١] وحاصله: أن الاستماع والإصغاء إلى الاغتيا محرم بلا خلاف، ويدل عليه، بل على كونه من الكبائر، ما ورد من: «أن السامع للغيبه أحد المغتابين» (١) فإنه إن كان لفظ

ص: ٣٩٠

المغتائب بصيغته التثنيه يكون ظاهراً في أنّ السامع للغيبه كصاحبه الذي أظهر سوء الآخر وعييه. فإن كان المغتاب بالكسر عاصياً بإظهاره كان السامع أيضاً كذلك، وإن لم يكن عاصياً، كما إذا كان المغتاب بالفتح متجاهراً بالفسق، لم يكن عصياناً للسامع أيضاً، وإذا لم يعلم السامع جواز فعل المتكلم، كما إذا احتمل كون المغتاب بالفتح أقول: والمحكى بقوله: قيل لا دلالة فيه على جواز الاستماع، وإنما يدل على عدم وجوب النهي عنه. ويمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبه مع فرض جوازها للقائل، لأنّ السامع أحد المغتائبين، فكما أنّ المغتاب تحرم عليه الغيبه إلا إذا علم التّجاهر المُسوِّغ، فكذلك السامع يحرم عليه الاستماع إلا إذا علم التّجاهر، وأما نهى القائل فغير لازم مع دعوى القائل العذر المُسوِّغ، بل مع احتمالها في حقّه وإن اعتقد النّاهي عدم التّجاهر.

نعم، لو علم عدم اعتقاد القائل بالتّجاهر وجب ردعه. هذا، ولكن الأقوى جواز الاستماع إذا جاز للقائل، لأنّه قول غير منكر، فلا يحرم الإصغاء إليه، للأصل. والرّوايه على تقدير صحّتها تدلّ على أنّ السامع لغيبه كقائل تلك الغيبه، فإن كان القائل عاصياً كان المستمع كذلك، فتكون دليلاً على الجواز فيما نحن فيه.

الشرح:

مستوراً، فالاستماع إليه على ما قيل جائز؛ لحمل فعل المتكلم على الصحه.

قال في «كشف الريبه»: إذا سمع أحد مغتاباً لآخر وهو لا يعلم أن المغتاب بالفتح يستحقّ الغيبه أولاً، قيل: لا يجب نهى القائل؛ لإمكان استحقاق المغتاب بالفتح فيحمل فعل القائل على الصحه مادام لم يعلم فساد قوله وحرّمته، وأيضاً منع القائل ونهيه عن قوله يستلزم انتهاك حرمة القائل، ويجب على السامع التحفّظ على حرمة القائل، كما يجب عليه التحفّظ على حرمة المغتاب بالفتح بترك اغتيابه. ثمّ قال: الأولى التنزّه عن ذلك حتى يتحقّق المخرج منه؛ لعموم الأدلّه، أى أدلّه وجوب ردّ الغيبه وانتصار المؤمن وعدم الاستفصال فيها عن إحراز كون القائل ممّن لا يجوز له الاغتياب، فيجب معه ردّ الغيبه ونهيه عنها، وعن احتمال جوازه له فلا- يجب ردها ونهيه عنها؛ ولأنّه لو لم يجب ردّ الغيبه في فرض احتمال جواز الاغتياب للقائل لم يجب ردها فيما إذا أحرز أن المغتاب بالفتح إنسان مستور لا يجوز اغتيابه، فإنّه في

نعم، لو استظهر منها أنّ السّامع للغيبه كأنّه متكلم بها، فإنّ جاز للسّامع التّكلم بغيبه جاز سماعها، وإنّ حرم عليه حرم سماعها أيضاً، كانت الرّواية على تقدير صحتها دليلاً للتحريم فيما نحن فيه، لكنّه خلاف الظّاهر من الرّواية على تقدير قراءه المغتابين بالثنيه، وإنّ كان هو الظّاهر على تقدير قراءته بالجمع، لكنّ هذا التّقدير خلاف الظّاهر، وقد تقدّم في مسأله التشيب أنّه إذا كان شكّ السّامع في حصول شرط حرمة من القائل لم يحرم استماعه، فراجع. ثمّ إنّ يظهر من الأخبار المستفيضه وجوب ردّ الغيبه: فعن المجالس يا سنده عن أبيدّر رضی الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله: «من اغتیب عنده أخوه المؤمن وهو يستطيع نصره فنصره، نصره الله تعالى في الدّنيا والآخرة، وإنّ خذله وهو يستطيع نصره، خذله الله في الدّنيا والآخرة». ونحوها عن الصّدوق بإسناده عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في وصيّة النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام. وعن عقاب الأعمال بسنده عن النبي صلى الله عليه وآله: «من ردّ عن أخيه غيبه سمعها في مجلس ردّ الله عنه ألف باب من الشّرّ في الدّنيا والآخرة، فإنّ لم يرده عنه وأعجبه كان عليه كوزر من اغتابه».

الشرح:

الفرض أيضاً يحتمل أن يكون عند القائل مجوّز لاغتيابه لم نعر عليه، والالتزام بالجواز في ذلك هدم لقاعده النهي عن الغيبه (١)، انتهى.

ولا يخفى أنّ عدم وجوب ردّ القائل، كما في كلام «كشف الريبه» غير جواز الاستماع، ويمكن أن يقال بعدم وجوب الردّ على القائل في مورد احتمال جواز اغتيابه، ولكن لا يجوز الاستماع إليه، وهذا ظاهر قوله عليه السلام: «السّامع للغيبه أحد المغتابين» على تقدير قراءته بصيغه الجمع، حيث إنّ مقتضى قراءته بصيغه الجمع أن يكون السّامع للغيبه كالمتكلم بها. وكما لا يجوز الاغتياب وإظهار سوء الغير مع عدم وعن الصّدوق بإسناده عن الصادق عليه السلام في حديث المناهى عن النبي صلى الله عليه وآله: «من تطوّل على أخيه في غيبه سمعها فيه، في مجلس فردّها عنه ردّ الله عنه ألف باب من الشّرّ في الدّنيا والآخرة، فإنّ هو لم يردها وهو قادر على ردّها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرّه... الخبر». ولعلّ وجه زياده عقابه أنّه إذا لم يرده تجرّأ

ص: ٣٩٢

المغتتاب على الغيبه، فيصّر على هذه الغيبه وغيرها.

الشرح:

إحراز كون فاعل المنكر متجاهراً، كذلك لا يجوز السماع مع عدم هذا الإحراز، ولكن يظهر التسالم أو عدم الخلاف في حرمه استماع الغيبه بما هو استماع إليها وليس في البين روايه على تحريمه غير مثل ما عن تفسير أبي الفتوح من «أن السامع للغيبه أحد المغتائب»^(١) ولا يمكن الاعتماد على مثلها في الحكم بحرمه استماعها، فضلاً عن الحكم بكون الاستماع من الكبائر.

نعم، ردّ الغيبه واجب على سامعها كما هو ظاهر غير واحد من الروايات، كموثقه إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ما من مؤمن يخذل أخاه وهو يقدر على نصرته إلاّ خذله الله في الدنيا والآخرة^(٢)، والمراد بالخذلان ترك النصره بقرينه المقابله. وقريب منها، بل أظهر منها غيرها، فراجع، ومقتضاها عدم الفرق في وجوب الردّ بين علم السامع بأنّ المغتتاب بالفتح ممّن لا يجوز اغتيابه أو احتمل جوازه.

نعم، في الفرض الثاني لا- يجوز الردّ بنحو يكون هتكاً للمغتتاب بالكسر ومنافياً لحمل فعله على الصحيح، بمعنى عدم صدور المعصيه منه، فيجب عليه الردّ بنحو يحفظ فيه كرامه المغتتاب بالفتح والحمل على الصحه.

والظاهر أنّ الردّ غير النهي عن الغيبه، والمراد به الانتصار للغائب بما يناسب تلك الغيبه، فإن كان عيباً دنيوياً انتصر له بأنّ العيب ليس إلاّ- ما عاب الله به من المعاصي التي من أكبرها ذكرك أخاك بما لم يعبه الله به، وإن كان عيباً ديتياً وجهه بمحامل تخرجه عن المعصيه، فإن لم يقبل التوجيه انتصر له بأنّ المؤمن قد يتلى بالمعصيه، فينبغي أن تستغفر له وتهتم له، لا أن تعير عليه، وأنّ تعيرك إياه لعله أعظم عند الله من معصيته، ونحو ذلك.

الشرح:

والمتحصل أنّ هنا أموراً ثلاثه:

الأول: نهى القائل عن الاغتياب باعتبار أنّ نهيه عنه داخل في عنوان النهي عن

ص: ٣٩٣

١- (١) تفسير روض الجنان ٥ : ١٢٥، في تفسير قوله: «وَلَا يَغْتَابُ بَعْضُكُم بَعْضًا» الآية ١٢ من سوره الحجرات.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٦٧، الباب ١٤٦ من أبواب العشره، الحديث ٩.

المنكر فيجب، ويختصّ بما إذا أحرز صدور الحرام عن القائل، وكون اغتيابه معصيه الله سبحانه.

وأما إذا احتل صدوره حلالاً، فمقتضى أصاله حمل فعله على الصحة عدم وجوب نهيّه، بل لا يجب النهي حتّى مع الإغماض عن أصاله الصحة، حيث إنّ التمسّك بدليل وجوب النهي عن المنكر مع عدم إحراز المنكر من التمسّك بالعامّ في الشبهه المصداقيّه.

الثاني: الاستماع إلى الاغتياب، فهذا جائز عندنا على الإطلاق ولكن المنسوب إلى المشهور، بل ادّعى كما عن المصنّف رحمه الله عدم الخلاف في حرمة، والاستماع عندهم جائز فيما إذا أحرز جواز الاغتياب، وأما إذا احتل جوازه فيمكن لهم القول بالجواز، حيث إنّ مفاد الروايات كون حكم المستمع في الوزر وعدمه حكم المغتاب بالكسر ومع جريان أصاله الصحة في فعل المغتاب بالكسر يحرز عدم الوزر له.

لا- يقال: حمل فعل القائل على الصحة ينافي أصاله عدم كون المغتاب بالفتح متجاهراً حتى يجوز اغتيابه، بل الأصل أنّه لم يرتكب حراماً أصلاً.

....

الشرح:

فإنّه يقال: أصاله الصحة في فعل القائل لا ينافي تلك الأصول، فإنّ أصاله الصحة معناها عدم اسناد المعصيه إلى القائل، كما هو مفاد قوله سبحانه: «قُولُوا لِلنَّاسِ حُسِينًا»، ويمكن أن يكون القائل معذوراً لم يعص الله في اغتيابه، بأن كان معتقداً بصدور الحرام من الغير، وكون ذلك الغير متجاهراً مع خطئه في اعتقاده. ولا يكون ذلك الغير أيضاً عاصياً في الواقع، كما هو مفاد أصاله عدم كونه متجاهراً، بل ولا مرتكباً للحرام، ولكنّ الصحيح كما ذكرنا عدم تمام الدليل على حرمة الاستماع، حتّى في فرض إحراز أنّ القائل يعصى الله باغتيابه، وذلك فإنّ الروايات الواردة في المقام كلّها ضعيفه سنداً، غير قابله للاعتماد عليها.

لا يقال: لا يمكن احتمال كذب تمام تلك الروايات وعدم صدور شيء منها عن الإمام عليه السلام، بل دعوى الوثوق بصدور بعضها عنهم عليهم السلام قريبه جداً.

فإنّه يقال: على تقدير تسليم ذلك، فيمكن أن يكون الصادر عنهم عليهم السلام مقترناً بقيد لم ينقل إلينا ذلك القيد، وهو الاستماع إلى الاغتياب مع السكوت عليه وعدم ردّه،

ولا يعتبر السند في شيء من تلك الروايات، ليقال: مقتضى اعتبار خير الثقة أو العدل هو الإطلاق، وعدم صدور القيد عنه عليه السلام .

لا- يقال: كيف لا يكون الاستماع محرماً وقد ورد في غير واحد من الروايات «أن عوره المؤمن على المؤمن حرام»⁽¹⁾ وفُتِرت بإذاعه سرّه، وأيضاً قد تقدّم أنّ الغيبة معناها كشف ستر المؤمن، والكشف والإذاعه كما يكون بفعل القائل كذلك يكون بفعل السامع، حيث إنّ مع استماعه إلى الغيبة يحصل الكشف والإذاعه؟

ثمّ إنّّه قد يتضاعف عقاب المغتاب^[١] إذا كان ممّن يمدح المغتاب في حضوره، وهذا وإن كان في نفسه مباحاً إلاّ أنّه إذا انضمّ مع ذمّه في غيبته سُمّي صاحبه ذو اللسانين وتأكد حرمة، ولذا ورد في المستفيضه: «أنّه يجيء ذو اللسانين يوم القيامة وله لسانان من النار» فإنّ لسان المدح في الحضور وإن لم يكن لساناً من نار، إلاّ أنّه إذا انضمّ إلى لسان الذمّ في الغياب صار كذلك. وعن المجالس بسنده عن حفص بن غياث، عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من مدح أخاه المؤمن في وجهه واغتابه من ورائه فقد انقطعت العصمه بينهما».

الشرح:

فإنّه يقال: ربّما يكون حصول فعل من أحد موقوفاً على فعل الآخر، كما في ضرب زيد عمراً، فإنّ وقوف عمرو وعدم فراره من يد زيد دخيل في تحقّق الضرب، وحصول عنوانه، إلاّ أنّ الضرب يستند صدوراً إلى زيد لا إلى عمرو، فلو فرض دليل على حرمة ضرب أحد مؤمناً، فهذا الدليل يشمل فعل زيد لا عمرو. وهنا أيضاً استماع السامع دخيل في حصول كشف سرّ المؤمن وإذاعه عيبه، إلاّ أنّ الكشف والإذاعه يستند إلى القائل، أي إلى المغتاب بالكسر لا إلى السامع كما لا يخفى.

والأمر الثالث: ردّ الغيبة وانتصار أخيه المؤمن، أي المغتاب بالفتح وهذا الانتصار كما تقدّم واجب إلاّ فيما إذا لم يكن للمغتاب بالفتح احترام، كما إذا كان متجاهراً بالفسق، وهذا الردّ غير النهي عن المنكر، فيمكن الجمع بين حمل فعل القائل على الصحة، بمعنى عدم إسناد الحرام إليه، وبين التحفّظ على كرامه المغتاب بالفتح

ص: ٣٩٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢: ٣٧، الباب ٨ من أبواب آداب الحمام.

برّد غيبته، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] كما تشهد له موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آباءه عن علي عليه السلام قال قال: رسول الله صلى الله عليه وآله : «يجيء يوم القيامة ذو الوجهين دالماً لسانه في قفاه، وآخر من وعن الباقر عليه السلام : «بئس العبد عبد يكون ذا وجهين وذا لسانين يطرى أخاه شاهداً ويأكله غائباً، إن أعطى حسده، وإن ابتلى خذله».

واعلم أنه قد يطلق الاغتياب على البهتان وهو أن يقال في شخص ما ليس فيه، وهو أغلظ تحريماً من الغيبة، ووجهه ظاهر، لأنه جامع بين مفسدتى الكذب والغيبة، ويمكن القول بتعدد العقاب [١] من جهة كل من العنوانين والمركب.

وفى روايه علقمه، عن الصادق عليه السلام : «حدّثني أبي، عن آباءه عليهم السلام ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، أنه قال: من اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنّة أبداً، ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمه بينهما، وكان المغتاب خالداً في النار وبئس المصير».

خاتمه: فى بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه. ففي صحيحه مرآزم، عن أبي عبد الله عليه السلام : «ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حقّ المؤمن».

وروى فى الوسائل [٢] وكشف الرّيبه، عن كنز الفوائد للشيخ الكراجكى ، عن الحسين بن محمد بن محمد بن علي الصّيرفي، عن محمد بن علي الجعابى، عن القاسم الشّرح:

قدّامه، يلتهبان ناراً حتى يلهبا جسده، ثمّ يقال: كان فى الدنيا ذا وجهين ولسانين، يعرف بذلك يوم القيامة» (١)، ونحوه غيرها.

[١] هذا، إذا كانت الغيبة بمعنى ذكر ما يكرهه الإنسان، وإلاّ فهى بالمعنى الذى ذكرناه وهو كشف العيب المستور على المؤمن لا تجتمع مع البهتان أصلاً.

[٢] الروايه سندها ضعيف (٢).

ابن محمد بن جعفر العلوى، عن أبيه، عن آباءه، عن علي عليهم السلام ، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : للمسلم على أخيه ثلاثون حقّاً، لا براءه له منها إلاّ بأدائها أو العفو: يغفر زلّته، ويرحم عبرته [١] ويستر عورته ويقيّل عشرته [٢] ويقبل معذرتّه، ويردّ غيبته،

ص: ٣٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٥٨، الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢١٢، الباب ١٢٢، الحديث ٢٤.

ويديم نصيحته، ويحفظ خلته، ويرعى ذمته [٣]. ويعود مرضه، ويشهد ميتته، ويجيب دعوته، ويقبل هديته، ويكافئ صلته، ويشكر نعمته، ويحسن نصرته، ويحفظ حليلته، ويقضى حاجته، ويستنجح مسأله [٤]، ويسمّ عطسته، ويرشد ضالته، ويردّ سلامه، ويطيّب كلامه، ويبرّ إنعامه [٥]. ويصدّق أقسامه [٦]. ويوالى وليه، ولا يعاديه، وينصره ظالماً ومظلوماً فأما نصرته ظالماً فبرّده عن ظلمه، وأما نصرته مظلوماً فيعيّنه على أخذ حقه، ولا يسلمه [٧]، ولا يخذله، ويحبّ له من الخير ما يحب لنفسه، ويكره له من الشرّ ما يكره لنفسه، ثم قال عليه السلام: سمعت الشرح:

[١] أى يترحم لدمعته وحزنه، ويتلطف عليه.

[٢] الإقاله بمعنى الفك، ومنه قوله: يا مقيّل العثرات، كأنّ المراد فكّه عن الزلّه وخلصه عن خطئه.

[٣] أى يرعى العهد إليه بأن لا ينقضه.

[٤] أى يسعى فى تحقيق حاجته إليه.

[٥] أى يقبله ولا يردّه.

[٦] أى يحسبها صادقه على ما يقتضيه حمل فعل المسلم على الصّحه، بمعنى عدم صدور الحرام منه.

[٧] من باب الإفعال، أى لا يخذله، فيكون عطف لا يخذله عليه من التفسير.

ثمّ إنّه ذكر المصنّف رحمه الله ظهور الروايه فى ثبوت الحقوق لكلّ مؤمن على أخيه المؤمن، إلّا أنه لا بدّ من حملها على المؤمن العارف بحقوق الآخرين، والراعى لها رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: إنّ أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له عليه». والأخبار فى حقوق المؤمن كثيره. والظاهر إرادته الحقوق المستحبّه التى ينبغى أدائها، ومعنى القضاء لذيها على من هى عليه: المعامله معه معامله من أهملها بالحرمان عمّا أعدّ لمن أدّى حقوق الأخوه.

الشرح:

بحسب إمكانه، وذكر فى وجه الحمل أموراً:

الأول: المقاصه فيها باعتبار وقوع التهاثر فى الحقوق كوقوعه فى الأموال، فإنّ من لا يراعى حقك عليه لا يلزم عليك أداء ذلك الحقّ إليه، حيث إنّ التهاثر كذلك أمر

ارتكازي عند العقلاء في الأموال وغيرها، ويدل عليه ما عن الصدوق في «الخصال» وكتاب «الإخوان» والكليني بسندهما عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: «قام إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل بالبصرة، فقال أخبرنا عن الإخوان، فقال عليه السلام: الإخوان صنفان؛ إخوان الثقة وإخوان المكاشرة، فأما إخوان الثقة، فهم كالكف والجناح والأهل والمال، فإذا كنت من أخيك على ثقة فابذل له مالك ويدك وصاف من صافاه وعاد من عاداه، واكتم سرّه وعييه وأظهر منه الحسن. واعلم أيها السائل، أنهم أعزّ من الكبريت الأحمر. وأما إخوان المكاشرة، فإنك تصيب منهم لذتك فلا تقطعن ذلك منهم، ولا تطلبن ما وراء ذلك من ضميرهم، وابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه وحلاوه اللسان»^(١). فإن المراد بكونه على ثقة من أخيه، الثقة من رعايه الحقوق، ومقتضاها أن من لا يراعى تلك الحقوق ولا يبذل لك غير طلاقه الوجه عند الملاقاه، كما هو ظاهر المكاشرة، فليس عليك إلا مثل ما بذله دون الحقوق، والسند على روايه الكليني معتبر.

أقول: ليس مقتضى هذه الروايه أن لا- يجب مثل رد الغيبه على الشخص فيما إذا تم إن ظاهرها وإن كان عامّاً، إلا أنه يمكن تخصيصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر، أما المؤمن المضيق لها فالظاهر عدم تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبه إليه، ولا- يوجب إهمالها مطالبته يوم القيامه، لتحقق المقاصه، فإن التهاتر يقع في الحقوق، كما يقع في الأموال. وقد ورد في غير واحد من الأخبار ما يظهر منه الرخصه في ترك هذه الحقوق لبعض الإخوان، بل لجميعهم إلا القليل:

فعن الصدوق رحمه الله في الخصال، وكتاب الإخوان والكليني بسندهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قام إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل بالبصرة، فقال: أخبرنا عن الإخوان، فقال عليه السلام: الإخوان صنفان، إخوان الثقة وإخوان المكاشرة. فأما إخوان الثقة فهم كالكفّ والجناح والأهل والمال، فإذا كنت من أخيك على ثقة فابذل له مالك ويدك، وصاف من صافاه، وعاد من عاداه، واكتم سرّه وعييه، وأظهر منه الحسن، واعلم أيها السائل أنهم أعزّ من الكبريت الأحمر. وأما إخوان المكاشرة الشرح:

ص: ٣٩٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٢: ١٣، الباب ٣ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

لم يراع المغتاب ردها في حقه، لما تقدم من أن ردها واجب على السامع، وليس في البين ما يدل على كونه من الحقوق الساقطة بالتهاتر.

الثاني: ما دل على نفي الصداقه عن لا يراعى حقوقها، وإذا لم يكن الشخص صديقاً لك لا يكون أخاً. وفيه: الصداقه أخص من الأخوه، فلا يكون نفيها نفياً للأخوه حتى تنتفى الحقوق الثابته لها.

الثالث: ما دل على نفي الأخوه عن لا يواسى أخاه المؤمن. وفيه: أن المراد نفي الأخوه الكامله لا الأخوه في مجرد الإيمان، وإلا لجاز اغتيا به بمجرد تركه المواساه، والحقوق في الروايه ثابتة للأخوه في الإيمان، فلاحظ.

ولا يخفى أن المذكور في الروايه من الحقوق كسائر المستحبات التي لا يوجب فإنك تصيب منهم لذتك، فلا تقطعن ذلك منهم، ولا تطلبن ما وراء ذلك من ضميرهم، وابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه وحلاوه اللسان. وفي روايه عبيد الله الحلبي المرويّه في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا تكون الصداقه إلا بحدودها فمن كانت فيه هذه الحدود أو شيء منها فانسبه إلى الصداقه، ومن لم يكن فيه شيء منها فلا تنسبه إلى شيء من الصداقه:

فأولها: أن تكون سريره وعلايته لك واحده.

والثانيه: أن يرى زينك زينه وشينك شينه.

والثالثه: أن لا تغيره عليك ولايه ولا مال.

والرابعه: أن لا يمنعك شيئاً تناله مقدرته.

والخامسه وهي تجمع هذه الخصال: أن لا يسلمك عند النكبات».

ولا يخفى أنه إذا لم تكن الصداقه لم تكن الأخوه، فلا بأس بترك الحقوق المذكوره بالنسبه إليه.

وفي نهج البلاغه: «لا يكون الصديق صديقاً حتى يحفظ أخاه في ثلاث: في نكبته، وفي غيبته، وفي وفاته».

وفي كتاب الإخوان، بسنده عن الوصافي، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال لي: رأيت من كان قبلكم إذا كان الرجل ليس عليه رداء وعند بعض إخوانه رداء الشرح:

عدم التمكّن من رعايتها بالإضافة إلى جميع المؤمنين إلا وقوع التراحم بينها لاسقوط

استحبابها، فلا يقال بأنَّ عدم التمكن على جميعها باعتبار عدم سعه وقت الإنسان لأدائها قرينه على عدم استحبابها.

وبعبارة أخرى: عدم التمكن من الجمع بينها في الأداء لكلِّ مؤمن يوجب كونها كسائر المستحبات المتراحمه لا سقوط استحبابها.

يطرحه عليه؟ قلت: لا، قال: فإذا كان ليس عنده إزار يوصل إليه بعض إخوانه بفضل إزاره حتَّى يجد له إزاراً؟ قلت: لا، قال: فضرب بيده على فخذه! وقال: ما هؤلاء ياخوه... الخ». دلَّ على أنَّ من لا يواسى المؤمن ليس بأخ له، فلا يكون له حقوق الأخوة المذكورة في روايات الحقوق. ونحوه رواه ابن أبي عمير عن خلاد رفعه قال: «أبطأ على رسول الله صلى الله عليه وآله رجل، فقال: ما أبطأ بك؟ قال: العزى يا رسول الله! فقال صلى الله عليه وآله: أما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما؟ فقال: بلى يا رسول الله، قال صلى الله عليه وآله: ما هذا لك بأخ».

وفى روايه يونس بن ظبيان، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «اختبروا إخوانكم بخصلتين، فإن كانتا فيهم، وإلا، فاعزَّب ثم اعزَّب: المحافظه على الصلوات في مواقيتها، والبرَّ بالإخوان في اليسر والعسر».

المسألة الخامسة عشر: القمار حرام إجماعاً، ويدلُّ عليه الكتاب والسنة المتواتره. وهو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة: الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة. وحكى عن جماعه أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً ولو من دون رهن، وبه صرح في جامع المقاصد. وعن بعض أن أصل المقامرة المغالبه.

وكيف كان، فهنا مسائل أربع [١] لأنَّ اللعب قد يكون بالآلات القمار مع الرهن، وقد يكون بدونه، والمغالبه بغير آلات القمار قد تكون مع العوض، وقد تكون بدونه.

الشرح:

[١] الأولى: اللعب بالآلات مع العوض، ولا- ينبغي الرهب في حرمة وحرمة العوض، ويكفي في إثبات حرمة اللعب قوله عزَّ من قائل: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ...» (١) حتَّى إذا

ص: ٤٠٠

فالأولى: اللّعب بآلات القمار مع الرّهن. ولا إشكال في حرمة وحرمة العوض، والإجماع عليه محقّق، والأخبار به متواتره.

الشرح:

قلنا بأنّ المراد بالميسر هو الآلات لا نفس المقامرة، حيث إنّ تحريم تلك الآلات معناه المنع عن اللّعب بها بالعوض أو مطلقاً كما لا يخفى. كما يكفي في حرمة العوض وعدم صيرورته ملكاً للغالب قوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (١)، حيث إنّ ظاهر الأكل كما تقدّم التملّك ووضع اليد، ومقتضى النهي عنه كالنهي عن سائر المعاملات هو الفساد. والحاصل: أنّ اللّعب بآلات القمار بداعي تملّك العوض أمر محرّم، ويكون أخذ العوض بإزاء غلبته في اللّعب أكلاً له بالباطل.

الثانية: اللّعب بآلات القمار بلا عوض، والأظهر في هذه الصورة حرمة اللّعب، كما هو مقتضى ظاهر صحيحه زيد الشحام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ وجل: «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (٢)، قال: الرجس من الأوثان الشطرنج، وقول الزور الغناء» (٣)، ورواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن اللّعب بالشطرنج والنرد» (٤)، ونحوهما غيرهما.

ودعوى انصراف مثلهما إلى ما إذا كان في اللّعب عوض لا يمكن المساعدة عليها، حيث إنّ اللّعب بهما من غير عوض ليس بأمر نادر لتكون ندرته منشأ له.

نعم، لا يمكن الاستدلال على حرمة هذا اللّعب بما ورد في حرمة القمار، لا من جهة الانصراف الذي ذكره المصنّف رحمه الله فإنّه قابل للمنع، بل لعدم إحراز صدق القمار على اللّعب بها من دون تعيين عوض للغالب.

الثانية: اللّعب بآلات القمار من دون رهن. وفي صدق القمار عليه نظر، لما عرفت، ومجرّد الاستعمال لا يوجب إجراء أحكام المطلقات ولو مع البناء على أصله الحقيقي في الاستعمال، لقوله انصرافها إلى الغالب من وجود الرّهن في اللّعب بها. ومنه تظهر الخدشه في الاستدلال على المطلب بإطلاق التّهي عن اللّعب بتلك

ص: ٤٠١

١- (١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

٢- (٢) سورة الحج: الآية ٣٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٨، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٤- (٤) المصدر السابق: ٣٢٠، الحديث ٩.

الآلات، بناءً على انصرافه إلى المتعارف من ثبوت الرهن.

نعم، قد يبعد دعوى الانصراف في روايه أبي الربيع الشامي: «عن الشطرنج والترد؟ قال: لا تقربوهما، قلت: فالغناء؟ قال: لا خير فيه، لا تقربه». والأولى الاستدلال على ذلك بما تقدم في روايه تحف العقول من أن ما يجيء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات.

الشرح:

ثم إنه رحمه الله فزق بين روايه السكوني وبين روايه أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سئل عن الشطرنج والترد، فقال: لا تقربوهما»^(١)، وذكر أن دعوى الانصراف في الأولى قريبه وفي هذه بعيدة.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه إذا كانت كثرة الأفراد موجبه للانصراف في الطبيعي لكانت كثرة أفراد القرب إلى الآلات المزبوره أيضاً موجبه للانصراف في لفظ معنى القرب المضاف إلى تلك الآلات.

وذكر قدس سره بعد ذلك أن الأولى الاستدلال على حرمه اللعب في هذه الصورة بروايه «تحف العقول» من قوله: «ما يجيء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات»، وبما في «تفسير القمي» عن أبي الجارود في قوله تعالى: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»، قال: وفي تفسير القمي، عن أبي الجارود، عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» قال: «أما الخمر فكل مسكر من الشراب إلى أن قال: وأما الميسر فالنرد والشطرنج، وكل قمار ميسر إلى أن قال: وكل هذا بيعه وشراؤه والانتفاع بشيء من هذا حرام محرّم». وليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدري، حتى يرد ما تقدم من انصرافه إلى اللعب مع الرهن، بل المراد الآلات بقريته قوله: «بيعه وشراؤه»، وقوله: «وأما الميسر فهو النرد . . . الخ».

الشرح:

«أما الخمر فكل مسكر من الشراب إلى أن قال: أما الميسر فالنرد والشطرنج وكل

ص: ٤٠٢

قمار ميسر. وأما الأنصاب فالأوثان التي كان يعبدها المشركون. وأما الأزلام فالأقداح إلى أن قال: كل هذا بيعه وشراؤه والانتفاع بشيء من هذا حرام من الله، وهو رجس من عمل الشيطان»(١).

لا يقال: القمار في هذه الرواية منصرف إلى ما إذا كان في اللعب رهن.

فإنه يقال: ليس المراد معناه المصدرى لتتم دعوى الانصراف، بل المراد آلاته، بقريته قوله: «وكل هذا بيعه وشراؤه»، وبقريته قوله قبل ذلك: «أما الميسر فهو النرد»، حيث إن النرد اسم للآلة، كما أن البيع والشراء يتعلّق بالآلات لا باللعب.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإنّ روايه «تحف العقول» كما ذكرنا مراراً لا تصلح للاعتماد عليها، مع أنّ كون الآلات مما يجيء منها الفساد المحض أول الكلام، فإنّه إذا جاز اللعب بها بلا عوض ورهن لا يكون فيها الفساد المحض.

وأما روايه القمي فمع الإغماض عن ضعف سندها بالقطع، فيأتي فيها ما ذكره في ويؤيد الحكم [١] ما عن مجالس المفيد الثاني رحمه الله ولد شيخنا الطوسي رحمه الله بسنده عن أمير المؤمنين عليه السلام في تفسير الميسر من أنّ «كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر». وروايه الفضيل، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس من الترد والشطرنج... حتى انتهيت إلى السدر، قال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قلت: مع الباطل، قال: وما لك والباطل؟!». وفي موثقه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الشطرنج وعن لعبه شيب التي يقال لها: لعبه الأمير وعن لعبه الثلاث؟ فقال: أرايتك إذا ميز الله بين الحق والباطل مع أيهما تكون؟ قلت: مع الباطل، قال: فلا خير فيه». وفي روايه عبدالواحد بن مختار، عن اللب بالشطرنج، قال: «إنّ المؤمن لمشغول عن اللعب». فإن مقتضى إناطه الحكم بالباطل واللعب عدم اعتبار الرهن في حرمه اللب بهذه الأشياء، ولا يجرى دعوى الانصراف هنا.

الثالثة: المراهنة على اللب بغير الآلات المعدّة للقمار [٢]، كالمراهنة على الشرح:

الروايات السابقة من دعوى الانصراف، لا في قوله: «وكلّ قمار ميسر» حتى يقال: إنّ

ص: ٤٠٣

١- (١) تفسير القمي ١: ١٨٠ ١٨١. ووسائل الشيعة ١٧: ٣٢١، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

القمار فيه ليس بمعناه المصدري، بل الانصراف في قوله: «والانتفاع بشيء من هذا حرام»، حيث إن الانتفاع بها ينصرف إلى فردة الشايح وهو اللعب مع العوض.

[١] لا- يخفى أنّ الرهن والعوض وإن لم يكن دخيلاً- في كون اللعب بالآلات لهواً وباطلاً إلا- أنّه لا- دلالة لتلك الروايات على الحرمة؛ لأنّ مطلق الباطل والاشتغال عن ذكر الله لا يكون محرّماً؛ ولذا جعلها رحمه الله مؤيِّده للحكم.

[٢] الثالثه: ما إذا كان اللعب بغير الآلات المعدّه ولكن مع الرهن على اللعب، ويظهر من كلمات جماعه في باب السبق والرمايه عدم الخلاف في حرمة هذا اللعب تكليفاً كما يكون فاسداً، حيث قالوا: إنّّه لا خلاف في حرمة السبق بغير المنصوص إذا حمل الحجر الثقيل وعلى المصارعه وعلى الطيور وعلى الطفره، ونحو ذلك ممّا عدّوها في باب السبق والرمايه من أفراد غير ما نصّ على جوازه. والظاهر الإلحاق بالقمار في الحرمة والفساد، بل صريح بعض أنّه قمار. وصرح العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابيح عدم الخلاف في الحرمة والفساد، وهو ظاهر كلّ من نفى الخلاف في تحريم المسابقه فيما عدا المنصوص مع العوض وجعل محلّ الخلاف فيها بدون العوض، فإنّ ظاهر ذلك أنّ محلّ الخلاف هنا هو محلّ الوفاق هناك، ومن المعلوم أنّه ليس هنا إلا الحرمة التكليفيه، دون خصوص الفساد. ويدلّ عليه أيضاً قول الصادق عليه السلام: أنّه قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إنّ الملائكه لتحضر الرهان في الخفّ والحافر والرّيش، وما سوى ذلك قمار حرام».

الشرح:

كان في البين عوض، وأمّا إذا لم يكن عوض ففي حرمة السبق خلاف.

وظاهر ذلك أنّ مورد الخلاف هنا أي فيما إذا لم يكن في البين عوض، وهي الحرمة تكليفاً مورد الوفاق هناك، أي فيما إذا كان في البين عوض، فإنّ الفساد، يعنى الحكم الوضعي، لا يمكن كونه مورد الخلاف مع فرض عدم العوض في البين.

وكيف كان، فيلتزم في المقام كما عن المصنّف رحمه الله وغيره بحرمة اللعب تكليفاً وفساده وضعاً، أي عدم صيروره العوض ملكاً للغالب، ويقال في وجهه أمور:

الأول: أنّ اللعب مع الرهن قمار، كما يفصح عن ذلك روايه العلاء بن ستيابه عن أبي عبدالله عليه السلام: «إنّ الملائكه تحضر الرهان في الخفّ والحافر والرّيش، وما سوى ذلك فهو قمار حرام»(١).

وفيه: أنّ الروايه لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها. والأخذ بإطلاق القمار في بعض الروايات يحتاج إلى إثبات عدم دخل الآلات في صدقه.

وفى روايه العلاء بن سيّابه، عن الصّادق عليه السلام ، عن النبي صلى الله عليه وآله : «أنّ الملائكه لتنفّر عند الرّهان وتلعن صاحبه ما خلا- الحافر والخفّ والرّيش والنّصل». والمحكى عن تفسير العياشى، عن ياسر الخادم، عن الرّضا عليه السلام قال: «سألته عن الميسر، قال: الثّقل من كلّ شيء، قال: والثّقل ما يخرج بين المتراهنين من الدّراهم وغيرها».

وفى مصحّحه معمر بن خلّاد: «كلّ ما قומר عليه فهو ميسر».

وفى روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام : «قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله ما الميسر؟ قال: كلّ ما يقامر به حتّى الكعاب والجوز». والظاهر أنّ المقامره بمعنى المغالبه على الرّهن. ومع هذه الرّوايات الظّاهره بل الصّريحه فى التّحريم المعتضده بدعوى الشّرح:

الثانى: مرسله الصدوق رحمه الله قال: «قال الصادق عليه السلام : إنّ الملائكه لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والرّيش والنّصل»(١).

الثالث: بما فى «تفسير العياشى» عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام ، قال: «سألته عن الميسر، قال: الثقل من كلّ شيء، قال: والثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم»(٢)، ولا يخفى أنّ مفاده حرمة العوض فى كلّ رهان لا حرمة نفس الرهان واللعب تكليفاً، أضف إلى ذلك ضعفه سنداً وعدم كونه صالحاً للاعتماد عليه.

الرابع: صحّحه معمر بن خلّاد عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: «النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزله واحده، وكلّ ما تقومر عليه فهو ميسر»(٣)، ولا يخفى أنّ العموم فيها أيضاً باعتبار العوض فى القمار.

عدم الخلاف فى الحكم ممّن تقدّم فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين

ص: ٤٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب السبق، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٥١، الباب الأول، الحديث ٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٢٥، الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩. عن تفسير العياشى ١ : ٣٤١، الحديث ١٨٧.

اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدّة للقمار [١]، وأمّا مطلق الرّهان على المغالبه بغيرها فليس فيه إلاّ فساد المعامله وعدم تملك الرّهن، فيحرم التصرف فيه، لأنّه أكل مال بالباطل، ولا معصيه من جهه العمل كما فى القمار، بل لو أخذ الرّهن هنا بعنوان الوفاء بالعهد الذى هو نذر لا كفّاره له مع طيب النّفس من البازل الشّرح:

الخامس: روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قيل يا رسول الله، ما الميسر؟ فقال: كلّ ما تقوم به حتى الكعب والجوز» (١).

لا يقال: ضعف السند فى بعض هذه الروايات منجبر بالشهره ونفى الخلاف على ما تقدّم.

فإنّه يقال: لم يعلم استناد المشهور فى التزامهم بالحرمة والفساد إلى هذه الروايات، بل لعلّهم استفادوا الحكم ممّا ورد فى حرمة الميسر والقمار تكليفاً ووضعاً، أو استفاد بعضهم ممّا ورد من نفي السبق فى غير الثلاثه بدعوى أنّ المستفاد من النفي المزبور فى غيرها حرمة.

[١] الأظهر فى المقام حرمة اللعب تكليفاً وفساده وضعاً، بمعنى عدم دخول العوض فى ملك الغالب فى اللعب، ويشهد لذلك ما رواه الصدوق رحمه الله بإسناده عن العلاء بن سيّابه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإنّ من قبلنا يقولون: قال عمر: هو شيطان، فقال: سبحان الله، أمّا علمت أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إنّ الملائكه لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخفّ والریش والنصل، فإنّها تحضره الملائكه . . .» (٢). وسند لا- بعنوان أنّ المقامه المذكوره أوجبته وألزمته أمكن القول بجوازه. وقد عرفت من الأخبار إطلاق القمار عليه، وكونه موجباً للعن الملائكه وتنفرهم، وأنّه من الميسر المقرون بالخمير. وأمّا ما ذكره أخيراً من جواز أخذ الرّهن بعنوان الوفاء الشّرح:

الصدوق إلى العلاء بن سيّابه كما ذكر فى مشيخه «الفيّه» (٣) صحيح، والعلاء أيضاً

ص: ٤٠٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٦٥ ، الباب ٣٥ ، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٤١٣ ، الباب ٥٤ من أبواب الشهادات ، الحديث ٣ .

٣- (٣) مشيخه «من لا يحضره الفقيه» ٤ : ١٣١ .

لا بأس به، فإنه من مشايخ ابن أبي عمير، وذكر الشيخ رحمه الله في عدته أنهم ثقات (١).

وأما دلالتها على حرمة اللعب مع العوض فلا تنهها مقتضى لعن الملائكة صاحب الرهان، فإن اللعن وإن أمكن أن يراد منه معنى يناسب كراهه الفعل أيضاً، كما في لعن رسول الله صلى الله عليه وآله: «آكل زاده وحده، والراكب في الفلاة وحده والنائم في بيته وحده» (٢) إلا أن ظاهره مع عدم القرينه على الخلاف حرمة الفعل، وإذا كان نفس اللعب مع الرهن محرماً كان أخذ الغالب العوض فاسداً، حيث إنه من أخذ العوض على اللعب المحرّم.

هذا، مع أنه لا يبعد صدق القمار على اللعب المزبور، حيث إن إسناد الآلات إلى القمار كإسناد سائر الآلات إلى سائر الأفعال، كآلات القتل والفتح والقرض... إلى غير ذلك. وكما أنه لم تؤخذ الآلات في مفاهيم تلك الأفعال كذلك لم تؤخذ الآله في مفهوم القمار.

ويؤيد ذلك ملاحظه كلام اللغويين وما تقدم، مثل روايه جابر الداله على أن الميسر كل ما تقوم به حتى الكعاب والجوز، حيث لا يعد الكعاب والجوز من آلات القمار.

بالعهد، فلم أفهم معناه، لأن العهد الذي تضمّنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به [١]، إذ لا يستحب ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك، إلا أن يراد صورته الوفاء، بأن يملكه تملكاً جديداً بعد الغلبه في اللعب. لكن حل الأكل على هذا الوجه جارٍ في القمار المحرّم أيضاً، غايه الأمر الفرق بينهما بأن الوفاء لا يستحب في المحرّم، لكن الكلام في تصرف المبدول له بعد التملك الجديد، لا في فعل البازل وأنه يستحب له أو لا.

وكيف كان، فلا أظن الحكم بحرمة الفعل مضافاً إلى الفساد محل إشكال، بل ولا محل خلاف، كما يظهر من كتاب السبق والرماية، وكتاب الشهادات، وتقدم دعواه صريحاً من بعض الأعلام.

الشرح:

نعم، لا بد في صدق القمار من كون الفعل الذي عين العوض على الغالب فيه لعباً،

ص: ٤٠٧

١- (١) العده ١٥٤: ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥: ٣٣٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٩.

فلا- يطلق القمار بمعناه الظاهر عند العرف على بعض الأفعال التي لا- تعدّ من اللعب، حتّى فيما إذا عيّن للغالب فيها عوض، كالمسابقه على النجاره أو البنايه أو الكتابه ونحوها من الصناعات، ولكن عدم صدقه عليها لا يمنع عن الالتزام بحرمه الرهان فيها أيضاً، على ما استظهرناه من روايه العلاء بن سيباه.

[١] أى إذا كانت المعامله فاسده، فالعهد الذى قطعه العاقد على نفسه لا يستحبّ الوفاء به، فإنّ استحبابه ينافى فسادها، فإنّ الوفاء فى المقام عباره عن تسليم العوض المفروض فى المراهنه إلى الغالب بعنوان أنّه ماله، ومع الفساد لا يكون مالاً له.

نعم، لو أريد صوره الوفاء بأن يملكه المال بتمليك جديد مجّاناً، ومع الإغماض عن تلك المعامله فلا فرق فى جوازه بين القمار المحرّم واللعب الفاسد، غايه الأمر يكون التمليك الجديد مستحبّاً مع فساد اللعب ولا يستحبّ فى القمار المحرّم.

أقول: لا- فرق فى الوفاء الصورى بين الصورتين، والفرق باستحباب التمليك نعم عن الكافى والتّهذيب بسندهما عن محمّد بن قيس [١] عن أبى جعفر عليه السلام: «أنّه قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل آكل وأصحاب له شاء، فقال: إن أكلتموها فهى لكم، وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا، فقضى فيه: أنّ ذلك باطل، لا شىء فى المؤاكلة من الطّعام ما قلّ منه أو كثر، ومنع غرامه فيه». وظاهرها من حيث عدم ردع الإمام عليه السلام عن فعل مثل هذا أنّه ليس بحرام، إلّا أنّه لا يترتب عليه الأثر. لكن هذا وارد على تقدير القول بالبطلان وعدم التحريم، لأنّ التصرف فى هذا المال مع فساد المعامله حرام أيضاً، فتأمل.

الشّرح:

الجديد فى اللعب الفاسد وعدم استحبابه فى القمار بلا وجه.

[١] سندها صحيح (١)، وكلمه (آكل) فى قوله: «رجل آكل» من باب المفاعله، بمعنى المعاهده على الأكل، وربّما يقال بظهورها فى جواز المعاهده المزبوره تكليفاً من جهه سكوت الإمام عليه السلام وعدم ردعه، ومن الظاهر أنّ المعاهده على الأكل من قبيل الرهن على اللعب بغير الآلات، كالمراهنه على رفع الحجر الثقيل والمصارعه والطفرة.

ص: ٤٠٨

نعم، دلالتها على فسادها تامه، كما هو مقتضى منع الغرامه المفروضه فى صوره عدم أكل الشاه بتمامها، ولكن لا يخفى أن دلالتها على الجواز بالإطلاق والسكوت فى مقام البيان، ومع ورود النهى فى سائر الروايات لا يتم الإطلاق.

وأجاب المصنّف رحمه الله عن الإطلاق بأنّ الإشكال فى الروايه بعدم ردع الإمام عليه السلام وارد، حتّى على تقدير جواز المعاهده المزبوره تكليفاً، وذلك فإنّ أكل الشاه بالمعاهده الفاسده كتصرّف الطرف فى مال صاحبه فى سائر المعاملات الفاسده محرّم، مع أنّه لم يتمّ إنّ حكم العوض من حيث الفساد [١] حكم سائر المأخوذ بالمعاملات الشرح:

يذكر فى الروايه ردعه عليه السلام عن أكلها. ثمّ أمر فى آخر كلامه بالتأجيل، ولعلّه لأجل الفرق بين المقام وسائر المعاملات الفاسده، فإنّ التصرف فى مثل المقام من قبيل إذن المالك فى ماله، فإنّ أكل الشاه المفروضه باعتبار إباحه المالك وإذنه فيه حلال، حتّى مع فساد المؤاكله، حيث إنّ معنى فسادها عدم ترتّب الضمان المزبور، وهذا بخلاف سائر المعاملات التى يكون تصرف الطرف فيها بعنوان كونه مالكاً وليس يملك مع فسادها حتّى يجوز له التصرف.

وأما الضمان فالظاهر أنّ أكل الشاه بتمامها شرط فى إذن مالكها فى أكلها مجاناً، ولو بنحو الشرط المتأخر، فيكون أكلها ناقصاً موجباً لضمانها بالقيمه كسائر القيميات، وعلى ذلك فالمراد فى الروايه من نفى الغرامه هى الغرامه المعيّنه فى المؤاكله، كما هو معنى فسادها.

[١] ويجب ردّ عين العوض مع بقائه وبدله مع تلفه، كما فى جميع المعاملات الفاسده المفروض فيها ضمان المال، وأما ما ورد من قىء الإمام عليه السلام البيض عندما قيل له: إنّ الغلام قامر به، فهو لا ينافى ما ذكرنا من ضمان البدل مع التلف، فإنّ القىء لأجل أن لا يصير البيض المزبور جزءاً من بدنه الشريف، لا من جهه ردّه إلى مالكه. وهذه الروايه فى سندها عبدالحميد بن سعيد وهو من مشايخ صفوان بن يحيى، وقد وثّقهم الشيخ رحمه الله فى عدته، قال: «بعث أبو الحسن عليه السلام غلاماً يشتري له بيضاً فأخذ الغلام بيضه أو بيضتين فقامر بها، فلما أتى به أكله، فقال له مولى له: إنّ فيه من القمار، قال: فدعا بطشت فتقيأ فقاءه» (١).

ص: ٤٠٩

الفاسده، يجب ردّه على مالكة مع بقاءه، ومع التلف فالبديل مثلاً أو قيمه. وما ورد من قىء الإمام عليه السلام البيض الذى قامر به الغلام، فلعله للحذر من أن يصير الحرام جزءاً من بدنه، لا للردّ على المالك. لكن يشكل بأن ما كان تأثيره كذلك يشكل أكل المعصوم عليه السلام له جهلاً، بناءً على عدم إقدامه على المحرّمات الواقعيه غير المتبدله الشرح:

وفيها إشكال من جهة ارتكاب المعصوم عليه السلام ما هو حرام واقعاً لكنّه ضعيف، فإنّ الإمام عليه السلام لا يمكن غفلته أو جهله بالأحكام المجعوله فى الشريعة، حيث إنّ ذلك ينافى كونه هادياً ودليلاً على الحقّ ومبيناً لأحكام الشرع، وأمّا الموضوعات الخارجيه فعلمه عليه السلام بجميعها مطلقاً أو عند إرادته الاطلاع عليها، فلا سبيل لنا إلى الجزم بشىء حتى نجعله منشأ الإشكال فى مثل الروايه.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله (١) أن الإشكال على أكله عليه السلام البيض المفروض يتمّ بتسليم أمرين:

أحدهما: عدم إمكان جهله عليه السلام بالموضوعات أصلاً.

ثانيهما: كونه عليه السلام مكلفاً بالعمل حتى يعلمه الحاصل له بالإمامه. وأمّا إذا قيل بكونه مكلفاً بالعمل بالحجّه المتعارفه عند الناس من قاعده اليد وأصالة الصحه وأصالة الحلّ وغيرها، فلا بأس بالأكل المزبور أخذاً بالحجّه الشرعيه.

ثمّ إنّه إذا علم عليه السلام الحال بالطريق المتعارف، يعنى إخبار مولى له بكون البيض من الحرام، تقيّاً تنزهاً؛ لئلا يصير الحرام الواقعي جزءاً من بدنه الشريف، مع عدم كون هذا حكماً إلزامياً.

وفيه: أنّه لا يمكن إجراؤه عليه السلام أصاله الصحه أو غيرها فى عمله مع علمه بالواقع، بالعلم لا جهلاً ولا غفله، لأنّ ما دلّ على عدم جواز الغفله عليه فى ترك الواجب وفعل الحرام دلّ على عدم جواز الجهل عليه فى ذلك. اللهمّ إلاّ أن يقال: بأنّ مجرد التصرف من المحرّمات العلميه [١] والتأثير الواقعي غير المتبدل بالجهل إنما هو فى بقاءه وصيرورته بدلاً عمّا يتحلل من بدنه عليه السلام، والفرض اطلاعه عليه فى أوائل وقت تصرف المعده ولم يستمرّ جهله. هذا كلّه لتطبيق فعلهم على القواعد،

ص: ٤١٠

و إلا فلهم فى حرركاتهم من أفعالهم وأقوالهم شؤون لا يعلمها غيرهم.

الرابعة: المغالبه بغير عوض [٢] فى غير ما نصّ على جواز المسابقه فيه. الشرح:

فإنّ المقوم لموضوع الحكم الظاهرى الجهل بالواقع والمفروض انتهاؤه فى حقّه عليه السلام ، فدعوى كونه عليه السلام مكلفاً بمقتضى الحجج الظاهريّه الثابته للجاهل بالواقع، مع علمه عليه السلام بالواقع كما ترى، فإنّه من قبيل ثبوت الحكم بدون موضوعه.

[١] كيف لا تثبت الحرمة للأكل مع الجهل، مع أنّ الموضوع لها مال الغير من تجاره أو من غير رضاه.

وبعبارة أخرى: مفسده أكل الحرام وترتبها عليه حتى حال الجهل به يوجب إنشاء الحرمة حتى مع الجهل، غاية الأمر الجهل بكونه مال الغير عذر فى مخالفه الحرمة الواقعيّه، كما فى جميع المحرمات الواقعيّه، فإنّه تثبت عند الجهل بها أحكام ظاهريّه بخلافها، حيث إنّ الحكم الظاهرى لا ينافى الحرمة الواقعيّه حتى يوجب تقييداً فى إطلاق خطاب تلك الحرمة.

والحاصل: أنّه لو كانت العصمه منافية لارتكاب الحرام الواقعيّ ولو مع عدم تنجزه، لما كان ما ذكره المصنّف رحمه الله صالحاً لدفع المنافاه.

[٢] الصورة الرابعة: المغالبه بغير الآلات بلا عوض، ولا ينبغى التأمل فى جوازها، فإنّه مقتضى الأصل، بعد عدم شمول ما دلّ على حرمة القمار والرهان والأ-كثر على ما فى الرياض على التحريم، بل حكى فيها عن جماعه دعوى الإجماع عليه، وهو الظاهر من بعض العبارات المحكيه عن التذكرة.

فعن موضع منها: أنّه لا- تجوز المسابقه على المصارعه بعوض ولا- بغير عوض عند علمائنا أجمع، لعموم النهى إلا- فى الثلاثه: الخفّ، والحافر، والنّصل.

وظاهر استدلاله أنّ مستند الإجماع هو النهى، وهو جارٍ فى غير المصارعه أيضاً.

وعن موضع آخر: لا- تجوز المسابقه على رمى الحجاره باليد والمقلاع والمَنْجنيق، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا. وعنه أيضاً: لا يجوز المسابقه على المراكب والسُّفن والطيارات عند علمائنا.

وقال أيضاً: لا يجوز المسابقه على مناطحه الغنم ومهارشه الديك، بعوض ولا

بغير عوض. قال: وكذلك لا يجوز المسابقه على ما لا ينتفع به في الحرب. وعدّ في ما مثّل به اللّعب بالخاتم والصّولجان، ورمى البنادق والجلاهق، والوقوف على رجلٍ واحده، ومعرفه ما في اليد من الزوج والفرد، وسائر الملاعب، وكذلك اللبث في الماء، قال: وجوّزه بعض الشّافعيّيه، وليس بجيّد، انتهى.

الشرح:

للفرض، حيث إنّ المأخوذ في معناه ما بحسب المتفاهم العرفيّ العوض، ويطلق عليهما المراهنه بهذا الاعتبار، كما أنّه لم يقدّم دليل على حرمة مطلق اللّهب والباطل، حتّى تدخل فيه المغالبه في هذه الصوره. ولا يمكن أيضاً استظهار الحرمة من حسنه حفص عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا سبق إلاّ في خفّ أو حافر أو نصل»^(١)، أي النصال، حيث إنّ من المحتمل كون السبق بفتح الباء كما نسبه في «المسالك» إلى المشهور، وظاهر المسالك الميل إلى الجواز، واستجوده في الكفايه، وتبعه بعض من تأخّر عنه، للأصل، وعدم ثبوت الإجماع، وعدم النصّ عدا ما تقدّم من التّذكره من عموم النّهى، وهو غير دالّ، لأنّ السّبق في الرّوايه يحتمل التّحريك، بل في المسالك: أنّه المشهور في الرّوايه، وعليه فلا تدلّ إلاّ على تحريم المراهنه، بل هي غير ظاهره في التّحريم أيضاً، لاحتمال إرادته فسادها، بل هو الأظهر، لأنّ نفي العوض ظاهر في نفي استحقاقه، وإرادته نفي جواز العقد عليه في غايه البعد. وعلى تقدير السّكون، فكما يحتمل نفي الجواز التّكليفى يحتمل نفي الصّححه، لوروده مورد الغالب، من اشتمال المسابقه على العوض.

وقد يستدلّ للتّحريم أيضاً بأدله القمار، بناءً على أنّه مطلق المغالبه ولو بدون العوض، كما يدلّ عليه ما تقدّم من إطلاق الرّوايه بكون اللّعب بالنّزد والشّطرنج بدون العوض قماراً^[١].

الشرح:

بمعنى العوض، ونفيه في غير الثلاثه عبارته أخرى عن عدم صيروره العوض ملكاً للغالب في المسابقه، بل على تقدير كونه بسكون الباء، فيحتمل أن يكون المراد نفي استحباب المسابقه في غير الثلاثه.

ص: ٤١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٥٢، الباب ٣ من أبواب أحكام السبق، الحديث الأول.

نعم، ما ذكره المصنّف رحمه الله من انصراف السبق بسكون الباء إلى صوره الرهن، ويكون ظاهر نفيه فساداً، كما هو مقتضى النهى عن المعامله، لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا وجه للانصراف بعد كونه بمعناه المصدرى عاماً يشمل المسابقه مع الرهن وبدونه، والمسابقه بلا رهن كثيره لا نادره حتى يتوهم أنّ ندرتها موجب له.

[١] ذكر في بعض الروايات أنّ الشطرنج والنرد ميسر وقمار، وظاهره كون اللعب بهما ميسراً، حتى فيما لم يكن في البين عوض؛ لأنّ كونهما مع العوض قماراً لا يحتاج إلى البيان، إلا أنّ هذا الحكم تعديدي، والغرض بيان حرمة اللعب بهما ولو ودعوى أنّه يشترط في صدق القمار أحد الأمرين: إمّا كون المغالبه بالآلات المعدّه للقمار وإن لم يكن عوض، وإمّا المغالبه مع العوض وإن لم يكن بالآلات المعدّه للقمار على ما يشهد به إطلاقه في روايه الزهّان في الخفّ والحافر في غايه البعد، بل الأظهر أنّه مطلق المغالبه. ويشهد له أنّ إطلاق آله القمار [١] موقوف

الشرح:

بلا- عوض. وأمّا لأنّ القمار بمعناه العرفي يصدق عليهما بدون العوض فلا معيّن له، ولا يمكن التمسك بأصالة الحقيقه لإثبات عدم دخاله العوض؛ لأنّه لا اعتبار بها مع العلم بالمراد كما لا يخفى.

[١] قد ذكرنا سابقاً أنّ لفظ القمار بمعناه المصدرى لا يزيد على سائر الألفاظ الدالّه على المعاني الحديثه في أنّ الآله لا تكون مقومه وداخله في مفاهيمها، بخلاف العوض، فإنّه داخل في مفهومها، والشاهد لذلك الاستعمالات العرفيه.

وأمّا ما ذكره المصنّف رحمه الله من أنّ إطلاق آله القمار عليها موقوف على عدم دخول الآله في مفهوم القمار، أو ما ذكره السيد الخوئي رحمه الله (١) من أنّ لازم دخول الآله في معنى القمار عدم صدقه على المراهنه بالآلات المخترعه جديداً ولزوم الدور فلا- يمكن المساعدة على شيء من ذلك، فإنّه يمكن أن لا يكون المأخوذ في معنى القمار خصوص الآلات في ذلك الزمان، بل الأعمّ منها بحيث يعم الآله المخترعه فعلاً. وأخذ الآله كذلك في اللعب بحيث يكون نفس الآله خارجاً عن دائره المعنى والتقييد بها داخلاً لا يوجب أى محذور، لا الدور ولا غيره، فإنّه على ذلك يكون معنى لفظ القمار

ص: ٤١٣

الحصه من المراهنه لا مطلقاً، وإضافه تلك الآلات إلى القمار تكون بمعنى (فى)، كما فى قولنا: العوض والرهن فى القمار.

على عدم دخول الآله فى مفهوم القمار، كما فى سائر الآلات المضافه إلى الأعمال، والآله غير مأخوذه فى المفهوم، وقد عرفت أنّ العوض أيضاً غير مأخوذ فيه، فتأمل.

ويمكن أن يستدلّ على التّحريم أيضاً بما تقدّم من أخبار حرمة الشّطرنج والتّرد، معلّله بكونهما من الباطل واللّعب، وأنّ «كلّ ما ألهى عن ذكر الله عزّ وجلّ فهو الميسير». وقوله عليه السلام فى بيان حكم اللّعب بالأربعه عشر: «لا تستحبّ شيئاً من اللّعب غير الرّهان والرّمى». والمراد رهان الفرس، ولا شكّ فى صدق اللّهو واللّعب فى ما نحن فيه، ضروره أنّ العوض لا دخل له فى ذلك. ويؤيّد ما دلّ على أنّ كلّ لهُو المؤمن باطل خلا ثلاثه، وعدّها منها إجراء الخيل، وملاعبه الرّجل امرأته ولعلّه لذلك كلّه استدلالاً فى الرّياض تبعاً للمهذب فى مسألتنا بما دلّ على حرمة اللّهو. لكن قد يشكّل الاستدلال فى ما إذا تعلّق بهذه الأفعال غرض صحيح يخرجّه عن صدق اللّهو عرفاً، فيمكن إناطه الحكم باللّهو ويحكم فى غير مصاديقه بالإباحه، إلاّ أن يكون قولاً بالفصل، وهو غير معلوم. وسيجىء بعض الكلام فى ذلك عند التّعرض لحكم اللّهو وموضوعه إن شاء الله.

الشرح:

بقى فى المقام أمران:

الأول: أنّ حكم المباراه المتعارفه المسماه بكره القدم والطائره أو السله وغيرها التى يعيّن فيها الجائزه من الحكومات أو الأنديه للفائزين، ولا- يكون اللّعب فيها بآلات القمار، والأظهر جوازها تكليفاً ووضعاً، فتكون الجائزه للفائز كأساً كانت أو غيره، وذلك فإنّ المحكوم عليه بالحرمة هو القمار والمراهنه واللّعب بالآلات المعده للقمار.

والمفروض عدم كون المباراه لعباً بآلات القمار، كما أنّ عنوان القمار أو المراهنه .

الشرح:

لا- ينطبق عليها، حيث إنّ المعتبر فيهما كون المال من المغلوب، ولا يعمان ما إذا كانت هبه من شخص ثالث للفائز، كما صرح بذلك بعض أهل اللغه، ويظهر أيضاً بمراجعته

الاستعمالات العرفية، وإن لم يكن هذا جزمياً فلا- أقل من احتمال. وهذا يمنع عن الرجوع إلى إطلاق خطاب حرمه القمار أو المراهنة، وإذا جاز اللعب صح تملك الجائزة أخذاً بإطلاق دليل الهبة أو الجعالة أو غيرها.

الثاني: في حكم شراء الأوراق المرسومة في عصرنا المسماه بأوراق اليانصيب (بليط بخت آزمائي)، ولا ينبغي الريب في بطلان بيعها وشرائها، حيث إن الأوراق لا تكون بنفسها أموالاً، نظير الأوراق النقدية والطوابع المائيه والبريديه، ليكون أخذها من شراء الشيء المحكوم عليه بالحليه تكليفاً ووضعاً، بل يكون إعطاء المال وبذله باعتبار الرقم الموجود في كل ورقة؛ لاحتمال وقوع الجائزة على ذلك الرقم، ولذا لو تلفت الورقه بأن احترقت عند من يحتجزها، وثبت ذلك عند المؤسسه، فإنها ربما تعطى الجائزة للشخص المزبور بوقوعها على ذلك الرقم.

والحاصل: أن المبادله واقعاً بين المال وتلك الجائزة المحتمل وقوعها على الرقم والورقه سند لها، وهذا لا يكون بيعاً صحيحاً، فإنّ المعبر فيه وجود المبيع والعلم به، فيكون المقام نظير الشبكه المطروحه المحتمل وقوع الصيد فيها، فإنه لا يصح تملك العوض بإزاء الصيد المحتمل، بل هذا أشبه بالقمار. ويكون نظير القطعات من الخشب أو غيرها التي يكون في كل منها رقم، ويعين لبعض تلك الأرقام بعض الأموال وتطرح في الكيس، ويعطى إنسان درهماً أو أكثر ويخرج منها قطعه بداعي وقوع المال على الرقم فيها.

والحاصل: أن شراء الأوراق مندرج في البيع الفاسد فلا تكون الجائزة به ملكاً المسأله السادسة عشر: القيادة حرام [1]. وهي السعي بين الشخصين لجمعهما على الوطء المحرم، وهي من الكبائر، وقد تقدم تفسير الواصله والمستوصله بذلك في مسأله تدليس الماشطه. وفي صحيحه ابن سنان: أنه «يضرب ثلاثه أرباع حد الزاني، خمسه وسبعين سوطاً، ويُنفى من المصر الذي هو فيه».

الشرح:

لمشترى الورقه، ولو أخذها وجب المعامله معها معاملة الأموال المجهول مالها.

نعم، مجرد شراء تلك الأوراق لا- يكون محرماً تكليفاً لاعتبار اللعب في صدق القمار قطعاً أو احتمالاً، ومعه لا يمكن الجزم بانطباق عنوان القمار عليه. هذا إذا لم يكن بذل المال لو كلاء المؤسسه بداعي التعاون في بناء المستشفيات والجسور وغير ذلك

من المصالح العامه، وإلا فلا إشكال في جواز الإعطاء تكليفاً، والله سبحانه هو العالم.

[١]- لا- ريب في حرمه الوساطه والسعى بين الشخصين؛ لجمعهما على الوطء المحرّم، ويكون أخذ المال بذلك أكله بالباطل، كما لا ينبغي الريب في كونها من الكبائر في الجملة؛ لقوله سبحانه: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا . . .» (١)، وأن للحاكم تعزير الساعي بما يراه مصلحه لنظام البلاد ومناسباً لتأديبه.

وأما ثبوت الحد الشرعى ونفيه عن المصر الذى هو فيه، فضلاً عن حلق رأسه وإشهاره فلم يثبت.

نعم، ذكر الحد والنفي في روايه الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن محمد بن سليمان عن عبدالله بن سنان، إلا أن الروايه لضعفها سنداً لا يمكن الاعتماد عليها، وإن وصفها المصنّف رحمه الله بالصحيحه، فإن الراوى عن عبدالله بن سنان لو لم يكن محمد بن سليمان الديلمى الضعيف، فلا أقلّ من كونه محتملاً.

[المسألة] السابعة عشر: القيافه حرام في الجملة، نسبه في الحدائق إلى الأصحاب، وفي الكفايه: لا أعرف خلافاً وعن المنتهى: الإجماع. والقائف كما عن الصحاح والقاموس والمصباح: هو الذى يعرف الآثار [١].

الشرح:

ثم إنه على تقدير اعتبار الروايه فلا- يختص المذكور فيها بالرجل، بل يعمّ المرأه أيضاً؛ لظهورها في كون المراد بالقواد فيها الجنس الشامل لها، وقد ذكرنا نظير ذلك في بعض ما ورد في محظورات الإحرام، وقلنا: إن المحرم في الروايات باعتبار ظهوره في الجنس يعمّ المرأه، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أخبرنى عن القواد ما حدّه؟ قال: لا حدّ على القواد، أليس إنّما يعطى الأجر على أن يقود؟ قلت: جعلت فداك، إنّما يجمع بين الذكر والأنثى حراماً، قال: ذلك المؤلّف بين الذكر والأنثى حراماً، فقلت: هو ذاك، قال: يضرب ثلاثه أرباع حدّ الزانى خمسه وسبعين سوطاً، وينفى من المصر الذى هو فيه» (٢).

[١] يعنى: القائف من يعرف آثار الإنسان وعلاماته، كما إذا نظر إلى آثار القدم الباقية على الأرض بعد المشى فيعرف أنّها منسوبه إلى أى شخص، وزاد في «مجمع

ص: ٤١٦

١- (١) سورة النور: الآية ١٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٨: ١٧١، الباب ٥ من أبواب حد السحق والقياده، الحديث الأول.

البحرين» وأنه يعرف شبه الإنسان بأخيه وأبيه (١) . . . إلى غير ذلك. واقتصر في «الإيضاح» و«الميسيه» (٢) على الثاني، وذكر أنها عبارته عن إلحاق بعض الناس ببعض.

وكيف كان، فيقيّد حرمتها بما إذا رتب عليها الأثر الحرام، وإلا فلا حرمة بالظنّ بنسب شخص أو العلم به، ولذا نهى في الأخبار عن الإتيان والأخذ بقول القائف. وظاهر الأخذ هو ترتيب الأثر، كما أنّ ظاهر الإتيان ذلك كما لا يخفى.

وعن النهايه ومجمع البحرين زياده: أنه يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. وفي جامع المقاصد والمسالك كما عن إيضاح النافع والميسيه: أنها إلحاق الناس بعضهم ببعض. وقيد في الدروس وجامع المقاصد كما عن التنقيح حرمتها بما إذا ترتب عليها محرّم، والظاهر أنه مراد الكل، وإلا- فمجرد حصول الاعتقاد العلمى أو الظنّ بنسب شخص لا دليل على تحريمه، ولذا نهى في بعض الأخبار عن إتيان القائف والأخذ بقوله. ففي المحكّي عن الخصال «ما أحب أن تأتيهم» [١].

الشرح:

أقول: نذكر في التعليقه الآتيه فساد هذا الاستشهاد، وأنّ تعلق النهى بالإتيان والأخذ باعتبار كون النهى طريقاً لا حكماً نفسياً، ومع الإغماض فغايه ما يستفاد هو اعتبار ترتيب الأثر لا ترتيب الأثر المحرّم كما هو المدعى.

[١] ما ذكره رحمه الله في وجه حرمتها من روايه «الخصال» (٣) لا يمكن الاعتماد عليه، فإنه رواها عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبي عمير عن علي بن أبي حمزه، عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام. وعلى بن أبي حمزه البطائنى ضعيف، ومع ذلك لا دلالة لها على الحرمة، فإنّ عدم الحبّ لا يلازمها ما لم يكن في البين قرينه عليها من مناسبه الحكم والموضوع ونحوها، وكذا ما ذكره عن «مجمع البحرين» (٤) مع أنه لا يزيد على الروايه المرسله. نعم، في صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لا تأخذ بقول عراف ولا قائف ولا لصّ، ولا أقبل شهاده فاسق إلا على نفسه» (٥)، ولكنّ النهى في أمثال ذلك ظاهر في

ص: ٤١٧

١- (١) العبارة في النهايه ٤ : ١٢١. وانظر مجمع البحرين ٥ : ١١٠ (قوف).

٢- (٢) حكاها عنهما في مفتاح الكرامه ٤ : ٨٢.

٣- (٣) الخصال: باب الواحد، الحديث ٦٨.

٤- (٤) قوله: وفي الحديث: «لا آخذ بقول قائف» مجمع البحرين ٥ : ١١٠.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١١ : ٣٧٠، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر، الحديث ٢.

الطريقيّ المقتضى لعدم اعتبار قول القائف، فلا يكون مما يحرز به نسب الشخص وعن مجمع البحرين: أنّ في الحديث: «لا آخذ بقول قائف». وقد افترى بعض العامّة على رسول الله صلى الله عليه وآله في أنّه قضى بقول القافه. وقد أنكر ذلك عليهم في الأخبار، كما يشهد به ما عن الكافي عن زكريا بن يحيى بن نعمان المصري قال: «سمعت علي بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن علي بن الحسين، فقال: والله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السلام. فقال الحسن: إي والله جعلت فداك! لقد بغى عليه إخوته. فقال علي بن جعفر: إي والله! ونحن عمومته بغينا عليه. فقال له الحسن: جعلت فداك! كيف صنعتم، فإنّي لم أحضركم؟ قال: فقال له إخوته ونحن أيضاً: ما كان فينا إمام قطّ حائل اللّون! فقال لهم الرضا عليه السلام: هو ابني. فقالوا: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالقافه، فبيننا وبينك القافه. فقال: ابعثوا أنتم إليهم، وأما أنا فلا، الشرح:

شرعاً، ولا يكون موجباً لرفع اليد عن مثل قاعده: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١)، أو غير ذلك.

وأما فعل القيافه بإخبار القائف، فإن كان اعتقاده جزمياً فلا يكون الإخبار موجباً لفسقه على فرض عدم حصول حرام آخر كالقذف، وإن كان اعتقاده ظنيّاً كان إخباره الجزمي عن نسبه كذباً وقولاً بغير علم، وهذا الحرام لا يوجب حرمة القيافه أيضاً بأن يكون اعتقاده الظني حراماً آخر.

ثم إنّ المصنّف رحمه الله حكى عن العامّة افتراءهم على رسول الله بأخذه بقول القافه، وذكر أنّ ذلك قد أنكر عليهم في الأخبار بشهادته ما عن «الكافي» عن علي بن إبراهيم عن أبيه وعلي بن محمد القاساني جميعاً عن زكريا بن يحيى بن نعمان الصيرفي قال: «سمعت علي بن جعفر . . .»، وزكريا بن يحيى مجهول، ومع ذلك لا دلالة فيها على نفى ولا تعلّمهم لما دعوتهم إليه، وليكونوا في بيوتكم. فلما جاءوا وقعدنا في البستان واصطفّ عمومته وإخوته وأخواته وأخذوا الرضا عليه السلام وألبسوه جبّه من صوف وقلنسوه ووضعوا على عنقه مسحاه، وقالوا له: ادخل البستان كأنك تعمل فيه. ثم جاءوا بأبي جعفر عليه السلام وقالوا: ألحقوا هذا الغلام بأبيه. فقالوا: ما له هنا أب،

ص: ٤١٨

ولكن هذا عمّ أبيه، وهذا عمّه، وهذه عمته، وإن يكن له هنا أب فهو صاحب البستان، فإنّ قدميه وقدميه واحده. فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا: هذا أبوه. فقال علي بن جعفر: فقامت فمصصت ريق أبي جعفر عليه السلام وقلت: أشهد أنّك إمامي». الخبير نقلناه بطوله تيمناً.

الشرح:

رجوع النبي صلى الله عليه و آله إلى قول القائف.

أضف إليه أنّ الروايه لا تخلو عن شيء، وهو ردّ مثل علي بن جعفر على إمامه عليه السلام في نفى ولده، حتّى على تقدير عدم كون النفي من القذف، وكذا اشتمال الروايه لكشف أخوات الإمام عليه السلام وجوههن للقفاه، ولا أظنّ تصديق أحد بمناسبه ذلك لمتزلتهن.

ص: ٤١٩

الفرق بين المكاسب والمتاجر ... ٧

المراد من أكل المال بالباطل ... ٨

روايه تحف العقول ... ١٠

حديث فقه الرضا عليه السلام ودعائم الإسلام ... ١٩

حديث النبوي المشهور ... ٢٠

بيع الأبوال ... ٢٢

جواز بيع بول الإبل ... ٢٧

بيع العذره النجسه ... ٣٠

حرمه المعاوضه على الدم ... ٣٤

حرمه بيع المنى ... ٣٥

بيع الميتة ... ٣٦

بيع المشتبه بالميتة ... ٤٤

بيع الكلب والخنزير ... ٤٩

بيع الخمر ... ٥٢

حرمه المعاوضه على الأعيان النجسه ... ٥٦

بيع العبد الكافر ... ٥٨

المراد بالمحارب وبيعه ... ٦١

بيع كلب الصيد ... ٦٢

بيع كلب الزرع والماشيه والحائط ... ٦٦

المعاوضه على العصير العنبى ٧٥

لو غضب عصيراً فأغلاه ٧٧

بيع العصير بعد غليانه ٧٨

العصير الزبيبي ٨٤

بيع الدهن المتنجس ٨٦

وجوب الإعلام بنجاسه الدهن ٩٣

التسيب إلى الحرام ٩٧

بيع الدهن للاستصباح ١٠١

جواز الانتفاع بالمتنجس ١٠٣

النوع الثانى مما يحرم الاكتساب به ١٢٧

بيع الصنم والصليب ١٢٨

بيع الصنم بعنوان مادته ١٣١

بيع مواد آلات القمار ١٣٥

الدراهم أو الدنانير المغشوشه ١٣٨

بيع ما يقصد منه الحرام ١٤١

المعاوضه على الجاربه المغنيه ١٥٠

بيع العنب ممن يعمله خمراً ١٥٣

إعانه الغير على المحرم ١٥٩

وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ١٧٢

النهي عن المعامله لا يوجب فسادها ١٨٠

بيع ما يقصد منه الحرام ١٨٢

بيع السلاح من الكفار ١٨٤

اعتبار المائيه فى المبيع ١٨٩

حكم عمل الماشطه ١٩٧

تدليس الماشطه ١٩٩

حرمة لبس الحرير والذهب على الرجال ٢٠٨

التشيب بالمرأه ٢١١

ص: ٤٢٢

التشيب بالغلام ... ٢١٥

تصوير ذوات الأرواح وغيرها ... ٢١٥

حكم اقتناء الصور ... ٢٢٦

في حرمه التطفيف ... ٢٣٧

في التنجيم ... ٢٤١

في حفظ كتب الضلال ... ٢٦٤

في حلق اللحية ... ٢٧٠

في حرمه الرشوه ... ٢٧٦

أخذ الأجره على القضاء ... ٢٧٨

في الهديه ... ٢٨٦

صور الرشا في غير الحكم ... ٢٨٧

المعامله المشتمله على المحاباه ... ٢٩٠

ضمان المال المأخوذ حراماً ... ٢٩٢

صور اختلاف الدافع والقابض ... ٢٩٣

حرمه سبّ المؤمن ... ٢٩٥

السحر وحكمه ... ٣٠١

حرمه الشعبه ... ٣١٥

حرمه الغش ... ٣١٦

هل تفسد المعامله بالغش ... ٣٢٦

حرمه الغناء ... ٣٢٨

الحداء ... ٣٥٥

حرمة الغيبه ... ٣٥٨

فى اغتياى المتجاهر بفسقه ... ٣٦٣

المراد بالغيبه ... ٣٦٤

تعريف الغيبه لغه واصطلاحاً ... ٣٦٥

كفاره الاغتياى ... ٣٨١

موارد جواز الغيبه ... ٣٨٤

ص: ٤٢٣

حكم الاستماع إلى الغيبة ... ٤٠٦

حقوق المؤمن على إخوانه ... ٤١٣

في القمار ... ٤١٨

المراهنه بغير آلات القمار ... ٤٢٢

حكم العوض في المعامله الفاسده ... ٤٢٩

المغالبه بلا عوض ... ٤٣١

المباراه المتعارفه في عصرنا ... ٤٣٥

حرمه القياده ... ٤٣٧

حرمه القيافه ... ٤٣٨

الفهرس ... ٤٤٣

ص: ٤٢٤

المجلد ٢

كتاب المكاسب المحرمة و البيع

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

إرشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب المكاسب المحرمه و البيع

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب المكاسب المحرمه و البيع

الجزء الثاني

ص: ٤

[المسألة] الثامنة عشر: الكذب حرام [١] بضروره العقول والأديان، وبدلّ عليه الأدلّه الأربعة، إلا أنّ الذي ينبغي الكلام فيه مقامان: أحدهما: في أنّه من الكبائر. الثاني: في مسوغاته.

الكلام في المقام الأول: أمّا الأول فالظاهر من غير واحد من الأخبار كالمروى في العيون بسند عن الفضل بن شاذان لا يقصر عن الصّحيح والمروى عن الأعمش في حديث شرائع الدين عدّه من الكبائر.

الشرح:

[١] لا يكون الإجماع التعيّدي في مثل المقام ممّا يعلم فيه مدرك المجمعين، بل يكون الإجماع مدركياً، وهو ليس أحد الأدلّه. وأمّا العقل فلا- استقلال له بقبح مطلق الكذب، وحتّى مع عدم ترتّب فساد عليه من تلف عرض أو مال أو غيره من المفساد؛ ليكون حكمه به كاشفاً بقاعده الملازمه عن حرّمته. نعم، حرّمته مطلقاً مستفاده من الكتاب العزيز والأخبار.

وكيف كان، فالكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في كونه من الكبائر مطلقاً أو في الجملة.

الثانية: في مسوغاته.

وفى الموثقه بعثمان بن عيسى: «إنَّ الله تعالى جعل للشَّرِّ أقفالاً، وجعل مفاتيح تلك الأقفال الشَّراب، والكذب شرٌّ من الشَّراب». وأرسل عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «ألا- أخبركم بأكبر الكبائر؟ الإِشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقول الزُّور» أى الكذب.

الشرح:

أما الوجه الأول، فقد ذكر فى وجه كونه من الكبائر أمور:

الأوّل: رواه الصدوق رحمه الله فى عيونه عن عبد الواحد بن محمد بن عبدوس النيشابورى العطار، عن أبى الحسن على بن محمد بن قتيبه، عن الفضل بن شاذان، عن الرضا عليه السلام، ورواه أيضاً عن الحاكم أبى جعفر محمد بن نعيم بن شاذان عن عمّه أبى عبدالله محمد بن شاذان، قال: «قال الفضل بن شاذان . . .» (١).

الثانى: رواه الأعمش (٢)، ولكن رواه الأعمش ضعيفه، باعتبار جهاله سند الصدوق رحمه الله إليه، وفى سند روايه «العيون» أيضاً ضعف، باعتبار عدم ثبوت التوثيق لعبد الواحد، ونقل الصدوق رحمه الله عنه مترضياً لا يدلّ على توثيقه، وذلك فإنّ الصدوق لا ينحصر مشايخه بالثقات والعدول، والدعاء لا دلالة له على التوثيق، وكذا لم يثبت توثيق للحاكم محمد بن نعيم.

الثالث: موثقه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، قال: «إن الله عزّ وجلّ جعل للشَّرِّ أقفالاً، وجعل مفاتيح تلك الأقفال الشَّراب، والكذب شرٌّ من الشَّراب» (٣)، وكونها موثقه باعتبار وقوع عثمان بن عيسى فى سندها، وهو واقفى، ومقتضى كون

ص: ٦

١- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ١٢٧. ووسائل الشيعة ١٥: ٣٢٩، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٤٤، الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

وعنه صلى الله عليه وآله : أنّ «المؤمن إذا كذب بغير عذر لعنه سبعون ألف ملك، وخرج من قلبه نثرٌ حتى يبلغ العرش، وكتب الله عليه بتلك الكذبه سبعين زنيه، أهونها كمن يزني مع أمّه». ويؤيده ما عن العسكرى صلوات الله عليه: «جعلت الخبائث كلها في بيت واحد، وجعل مفتاحها الكذب . . . الحديث» فإنّ مفتاح الخبائث كلها كبيره لا محاله.

الشرح:

الكذب شرّاً من شرب الخمر المعدود من الكبائر، وتعيين الحدّ على شاربها كون الكذب أيضاً مثله.

أقول: لانّ كون الكذب كذلك اختيار شرب الخمر عند دوران الأمر بينهما بالإكراه عليه أو على الكذب، اللهم إلا أن يقال بجواز الكذب في هذا الحال؛ لأنّه يدفع به الضرر، ولا يكون من مورد التراحم ليكون جواز دفع الإكراه به دليلاً على عدم كونه أهمّ من شرب الخمر ولا مثله.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في المرسل الوارد فيه أنّ الكذب يعادل سبعين زنيه أهونها كمن يزني بأمّه، وقد تقدّم الكلام في مثل هذه الروايات المعلوم عدم مطابقه ظاهرها للواقع، وأنّ اللازم الإغماض عنها على تقدير صحه إسنادها، فضلاً عن المرسله ونحوها.

الرابع: قوله عزّ من قائل: «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ» (١) باعتبار أنّ نفي الإيمان عن المفتري وجعله بمنزله الكافر مقتضاه كون الكذب كبيره.

أقول: لا- دلالة في الآيه على كون مطلق الكذب كذلك، فإنّ الافتراء أخصّ منه. نعم، دعوى اختصاص الآيه بالافتراء في أصول الدين لا وجه لها، فإنّ مورد النزول

ص: ٧

ويمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى: «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ»، فجعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله، كافراً بها.

ولذلك كلّه أطلق جماعه كالفاضلين والشّهاديين الثّاني في ظاهر كلماتهم كونه من الكبائر، من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسده أو لا يترتب الشّرح:

لا يكون مخصّصاً أو مقيداً لعموم الحكم أو إطلاق الآيه.

ويمكن الاستدلال على حرمه الكذب وكونه كبيره بقوله سبحانه: «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»^(١)، ووجه الاستدلال على الحرمة ما ذكرنا سابقاً من ظهور الزور في البطالان، واتّصاف القول بالباطل يكون باعتبار بطلان معناه وعدم تطابقه مع الخارج، كما هو المراد بالكذب. وظاهر الأمر بالاجتناب عن فعل حرمة، كما في الأمر بالاجتناب عن الخمر والميسر وعباده الأوثان . . . إلى غير ذلك.

وأما كونه كبيره، فلأنّ الإمام عليه السلام استشهد في صحيحه عبدالعظيم الحسني^(٢) لكون شرب الخمر كبيره بأنّ الله عزّ وجلّ نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان، ومقتضى الاستشهاد المزبور أن يكون الكذب أيضاً من الكبائر؛ لأنّ الله نهى عنه كما نهى عن عباده الأوثان بقوله عزّ من قائل: «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ».

والحاصل: أنّ المتفاهم العرفي من الصحيحه المباركه أنّ الموجب لكون شرب الخمر كبيره نهى الله عزو جل عنه في الكتاب المجيد، نظير النهي عن عباده الأوثان. وهذا التنظير في التعبير يجرى في الكذب أيضاً كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر وجه كون القمار كبيره، وأنّ ذلك باعتبار النهي عنه في الكتاب

ص: ٨

١- (١) سورة الحج: الآيه ٣٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ : ٣١٨، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢.

عليه شيء أصلاً. ويؤيده ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله [١] في وصيته لأبيذر رضوان الله عليه: «ويل للذي يحدث فيكذب، ليضحك القوم، ويل له، ويل له، ويل له». فإن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالباً إيقاع في المفسده.

نعم في الأخبار ما يظهر منه عدم كونه على الإطلاق كبيره [٢]، مثل روايه أبي خديجه، عن أبي عبدالله عليه السلام: إن «الكذب على الله تعالى ورسوله من الكبائر» فإنها ظاهره في اختصاص الكبيره بهذا الكذب الخاص، لكن يمكن حملها على كون الشرح: المجيد نظير النهى عن عباده الأوثان.

وبعبارة أخرى: الاستشهاد الوارد في الصحيحه بيان لكون الكذب والقمار كبيره فلا يصح التمسك بالإطلاق المقامى لسائر الروايات؛ لنفى كونهما كبيرتين، حيث إنه لا يتم الإطلاق فيها بعد ورود البيان والقييد، كما أنه لا يصح الأخذ بإطلاق هذه الصحيحه لنفى بعض ما ورد في سائر الروايات أنها كبيره.

والحاصل: أن الإطلاق بمعنى السكوت في مقام البيان لا يدل على شيء، مع ورود البيان في روايه أخرى أو خطاب آخر.

[١] أى أنه يؤيد كون الكذب على الإطلاق كبيره، سواء ترتب عليه فساد أم لا، المروى عن النبي صلى الله عليه وآله في وصيته لأبي ذر (١)، ووجه التأييد أن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها مفسده كبيره، بل لا يترتب على بعضها أى مفسده.

[٢] وسندها (٢) لا يخلو عن ضعف، وما ذكر المصنف رحمه الله من حملها على كون الخاص من الكبائر الشديده لا يمكن المساعده عليه، فإن اعتبار هذا النحو من

ص: ٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٥١، الباب ١٤٠، من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٤٨، الباب ١٣٩، الحديث ٣.

هذا الكذب الخاص من الكبائر الشديده العظيمة، ولعلّ هذا أولى من تقييد المطلقات المتقدّمه. وفي مرسله سيف بن عميره، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «كان يقول على بن الحسين عليهما السلام لولده: اتقوا الكذب، الصّغير منه والكبير، في كلّ جدّ وهزل، فإنّ الرّجل إذا كذب في الصّغير اجترأ على الكبير... الخبر».

ويستفاد منه: أنّ عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفساد.

وفي صحيحه ابن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الكذاب هو الذى يكذب فى الشىء؟ قال: لا، ما من أحد إلا ويكون منه ذلك، ولكن المطبوع على الكذب» فإنّ قوله: «ما من أحد... الخبر» يدلّ على أنّ الكذب [١] من اللّمم العذى يصدر من الشّرح:

الحمل إبطال لقانون حمل المطلق والمقيّد. والصحيح أن يقال: إنّه لا يجرى التقييد فى موارد استغراق الحكم وانحلاله مع توافق المطلق والمقيّد وعدم اختلافهما فى النفي والإثبات، كما فى المقام، بل يؤخذ بكلّ من المطلق والمقيّد. نعم، لو قيل بمفهوم الوصف لكان المورد من موارد حمل المطلق والمقيّد.

ودعوى دلالتها على المفهوم بالعدد لا- يخفى ما فيها، فإنّ المذكور فى الروايه من قبيل التعداد لا ذكر العدد، مع أنّ فى دلاله العدد على المفهوم تأملاً، بل منعاً.

[١] لم يظهر منه كون مجرّد الكذب لمماً أو صغيره حتّى يوجب التقييد فى إطلاق ما دلّ على كونه من الكبائر، بل ظاهره أنّ مجرّد الكذب أمر يبتلى به عامّه الناس، فلا يجرى على الإنسان بمجرّده ما ذكر فى حقّ الكذاب فى مثل قوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ» (١)، حيث إنّ إعراض الله عن إنسان وإضلاله مجازاه لا يترتب على مجرّد الكذب، بل على من يكون مطبوعاً عليه، بحيث لو أراد أن يخبر فيكذب، وهذا لا ينافى كون الكذب مطلقاً من الكبائر.

ص: ١٠

كلُّ أحد لا من الكبائر.

وعن الحارث الأعور عن علي عليه السلام [١]. قال: «لا يصلح من الكذب جدّ و[لا] هزل ولا يَعدنَّ أحدكم صبيّه ثم لا يفى له، إنَّ الكذب يهدى إلى الفجور، والفجور يهدى إلى النَّار، وما زال أحدكم يكذب حتّى يقال: كذب وفجر. . . الخبر». وفيه أيضاً إشعار بأنَّ مجرّد الكذب ليس فجوراً.

وقوله «لا يَعدنَّ أحدكم صبيّه ثم لا يفى له» لابدّ أن يراد به التّهي عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء [٢]، وهو المراد ظاهراً بقوله تعالى: «كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ الشَّرْح:

[١] وظاهره عدم حرمة الكذب في نفسه، بل الحرمة للفجور، وهو الاستمرار على الكذب، كما هو ظاهر قوله: «وما يزال أحدكم يكذب حتى يقال: كذب وفجر» (١)، وإذا استمرّ على الكذب حتى يغلب الكذب على حكاياته وإخباراته يقال عند الله: إنّه كذاب. والظهور المزبور خلاف المتسالم عليه من حرمة الكذب في نفسه، أضف إلى ذلك ضعف السند.

[٢] أقول: ربّما يحكى المتكلّم عن عزمه الموجود حال تكلمه، فيكون المحكّي قصده المتعلّق بفعله الاستقباليّ، كما إذا قال مخاطباً: يا زيد، إنّي عازم على بناء مسكن لك في الشهر الآتي، وكلامه هذا إخبار عن أمر نفسانيّ يكون صدقه وكذبه باعتبار ذلك الأمر. وهذا كما لا يكون إنشاءً لا يكون متضمناً له أيضاً، ومن يرى وجوب الوفاء بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء لا يعمّ عنده الوجوب لهذا الفرض.

وربّما يحكى عن نفس فعله الاستقباليّ، ويكون إخباره عن الحصول فيما بعد كالإخبار عمّا مضى، وفي هذه الصورة يكون صدق خبر أو كذبه دائراً مدار تحقّق ذلك الأمر في المستقبل وعدمه. ولو كان معتقداً بفعله استقبالياً وأخبر بوقوعه

ص: ١١

أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» بل الظاهر عدم كونه كذباً حقيقياً وأن إطلاق الكذب عليه في الرواية لكونه في حكمه من حيث الحرمة أو لأن الوعد مستلزم للإخبار بوقوع الفعل، كما أن سائر الإنشاءات كذلك ولذا ذكر بعض الأساطين: أن الكذب وإن كان من صفات الخبر إلا- أن حكمه يجرى في الإنشاء المنبئ عنه كمدح المذموم وذم الممدوح وتمنى المكاره وترجى غير المتوقع وإيجاب غير الموجب وندب غير النادب ووعد غير العازم.

وكيف كان، فالظاهر عدم دخول خلف الوعد في الكذب، لعدم كونه من مقوله الكلام. نعم، هو كذب للوعد بمعنى جعله مخالفاً للواقع، كما أن إنجاز الوعد صدق له بمعنى جعله مطابقاً للواقع، فيقال: «صادق الوعد» و«وعد غير مكذوب». والكذب بهذا المعنى ليس محرماً على المشهور وإن كان غير واحد من الأخبار ظاهراً في حرمة، وفي بعضها الاستشهاد بالآية المتقدمة.

الشرح:

فلا- بأس به، ولا يجب عليه جعل خبره صادقاً بفعله في المستقبل فإن مع ترك الفعل وإن يتصف خبره السابق بالكذب، إلا أن دليل حرمة الكذب لا يعمه.

فإن ظاهره حرمة جعل الكذب وإيجاده بمفاد (كان) التامه، لا جعل الخبر الصادر سابقاً كاذباً؛ ولذا ذكرنا في باب موانع الصلاة أن المبطل لها من الزيادة جعل الزائد بمفاد (كان) التامه، لا جعل ما كان من الصلاة زائداً كما في العدول من سورة أو ذكر أو غيرهما إلى سورة أو ذكر أو غيرهما، حيث إنه بعدوله يحصل وصف الزيادة للمعدول عنه، وهذا لا دليل على مانعيته.

والحاصل: أن هذه الصورة أيضاً خارجه عن الوعد الذي هو قسم من الإنشاء فلا- يجب الفعل فيها لو قيل باختصاص وجوب الوفاء بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء.

ص: ١٢

الشرح:

نعم لو أنشأ العهد والالتزام بالفعل للغير كان العهد المزبور بإنشائه وإظهاره من حقيقه الوعد، ويمكن أن يقال بوجوب الوفاء به؛ للآيه والروايه، والمراد بالآيه قوله سبحانه: «كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» (١)، ولكن ظاهرها حرمة القول بلا عمل، لا وجوب العمل بالقول، فلا يجوز الوعد لمن لا يفى بوعده، لا أنه بعد الوعد يجب الوفاء به. ولا يلتزم القائل بوجوب الوفاء بحرمة نفس الوعد مع عدم الوفاء، فالمراد بالآيه صورته الإخبار عن فعله الاستقبالي مع عدم قصد الفعل، أو أمر الناس وترغيبهم إلى ما لا يفعله، من قبيل قوله سبحانه: «أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ» (٢)، وعلى تقدير دلالتها على ذلك فلا يختص الوجوب بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء، بل تعم الصوره الثانيه من الإخبار.

وأما الروايات فظهورها في لزوم الوفاء بالوعد كالسند في بعضها تام، إلا أنه لا بد من رفع اليد عنها، فإن مثل الوعد مما يتلى به عامه الناس، ولو كان وجوب الوفاء به ثابتاً لكان من الواضحات والمتسالم عليه، مع أن المعروف عند العلماء عدم وجوب الوفاء به؛ ولذا عنون الباب في «الوسائل» بالاستحباب.

وفي حسنه هشام بن سالم قال: «سمعت أبا عبد الله يقول عدّه المؤمن أخاه نذر لا كفاره له، فمن أخلف فبخلف الله بدأ، ولمقته تعرّض، وذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ * كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» (٣).

ص: ١٣

١- (١) سورة الصف: الآيه ٣.

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ٤٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢ : ١٦٥، الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣، والآيتان: ٣٢ من سورة الصف.

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين خصوصاً المرسله حرمة الكذب حتى في الهزل [١]، ويمكن أن يراد به الكذب في مقام الهزل. وأما نفس الهزل وهو الكلام الفاقد للقصد إلى تحقّق مدلوله فلا يبعد أنه غير محرّم مع نصب القرينه على إرادته الهزل كما صرح به بعض، ولعله لانصراف الكذب إلى الخبر المقصود، وللسيره. ويمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحيه، ويحتمل غير بعيد حرمة، لعموم ما تقدّم، خصوصاً الخبرين الأخيرين والنّبوي في وصيه أبي ذر رضوان الله عليه لأن الأكاذيب المضحكه أكثرها من قبيل الهزل.

الشرح:

وظاهر تنزيل الوعد منزله النذر وجوب الوفاء بالأول أيضاً، غايه الأمر أنه ليس في مخالفتها كفّاره، أي كفّاره مخالفه النذر، وفي حسنه شعيب العرقوفى عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليؤدّ إذا وعد» (١).

ثم إن ما ذكرنا من الأقسام في الوعد يجرى في الوعيد أيضاً، غير أنه لا يستحبّ الوفاء به، بل لا يجوز في بعض الموارد.

[١] خلاصه الكلام في المقام إنه لو كان الهازل قاصداً للحكايه وكان غرضه من تلك الحكايه إضحاك الناس، فكلامه كذب حقيقه، حيث إن الداعى لا يدخل له في حرمة، وظاهر كذب الهزل في الخبرين، أي في مرسله سيف بن عميره وروايه حارث الأعور (٢)، هو هذا.

ص: ١٤

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٥٠، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١ و ٣.

وعن الخصال بسنده عن رسول الله صلى الله عليه وآله : «أنا زعيم بيت في أعلى الجنة، وبيت في وسط الجنة، وبيت في رياض الجنة لمن ترك المراء وان كان محققاً، ولمن ترك الكذب وإن كان هازلاً، ولمن حسن خلقه».

وقال أمير المؤمنين عليه السلام «لا يجد الرجل طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله وجده». ثم إنه لا ينبغي الإشكال [١] في أن المبالغة في الادعاء وإن بلغت ما بلغت، ليست من الكذب. وربما يدخل فيه إذا كانت في غير محلها، كما لو مدح إنساناً قبيح المنظر وشبهه وجهه بالقمر، إلا إذا بنى على كونه كذلك في نظر المادح، فإن الأنظار تختلف في التحسين والتقيح كالذوائق في المطعومات.

الشرح:

وأما إذا كان تكلمه بلا قصد الحكاياه، بل من ترديد ألفاظ لها صورٌ ومعان في الأذهان، وكان غرضه من ترديدها إضحاحهم، فهذا غير داخل في الكذب، ولا يعمه ما ورد في كذب الهزل، حيث إنه لا يكون إخباراً حتى يكون كذباً هزلاً أو جداً.

وبعبارة أخرى: ذكر الكذب في الخبرين وفي النبوي الوارد في وصيته صلى الله عليه وآله لأبي ذر (١) قرينه على كون المراد من الهزل وإضحاح الناس صورته الحكاياه، وكذا الحال في الخبرين. نعم لا بأس بالالتزام بكراهه الهزل في غير صورته الحكاياه، باعتبار أن المؤمن لا يشتغل بالهزل والباطل.

[١] إذا كان غرض المتكلم من ذكر الاستعاره إظهار ما في المستعار له من الوصف كالحسن والقيح وغيرهما من الخصوصيات والاعتبارات، بأن يكون غرضه حكايته، كان صدق كلامه أو كذبه دائراً مدار تلك الخصوصيات أو عدمها. وكذا في المبالغة في الكم والمقدار، بأن كان غرضه من ذكر العدد بيان القلة أو الكثرة دون خصوصية ذلك العدد، فصدق كلامه أو كذبه دائراً مدار حصول تلك القلة أو الكثرة وعدمهما.

ص: ١٥

وأما التوريه، وهى: أن يريد بلفظٍ معنًى مطابقاً للواقع وقصد من إلقائه أن يفهم المخاطب منه خلاف ذلك، ممّا هو ظاهر فيه عند مطلق المخاطب، أو المخاطب الخاصّ كما لو قلت فى مقام إنكار ما قلته فى حقّ أحد: «علم الله ما قلته»، وأردت بكلمه ما الموصوله، وفهم المخاطب النافيه، وكما لو استأذن رجل بالباب فقال الخادم له: «ما هو هاهنا» وأشار إلى موضع خال فى البيت، وكما لو قلت: «اليوم ما أكلت الخبز»، تعنى بذلك حاله النوم أو حاله الصّلاه، إلى غير ذلك فلا ينبغى الإشكال فى عدم كونها من الكذب. ولذا صرّح الأصحاب فيما سيأتى من وجوب التوريه عند الضروره، بأنّه يورّى بما يخرجه من الكذب، بل اعترض جامع المقاصد على قول العلامة [١] فى القواعد فى مسأله الوديعه إذا طالبها ظالم، بأنّه «يجوز الحلف كاذباً، وتجب التوريه على العارف بها»: بأنّ العبارة لا تخلو من مناقشه، حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التوريه، ومعلوم أن لا كذب معها، انتهى.

ووجه ذلك: أنّ الخبر باعتبار معناه وهو المستعمل فيه كلامه ليس مخالفاً للواقع، وإنّما فهم المخاطب من كلامه أمراً مخالفاً للواقع لم يقصده المتكلّم من اللفظ.

الشرح:

[١] قال العلامة فى «القواعد» فى مسأله الوديعه إذا طالبها ظالم بأنّه: «يجوز الحلف كاذباً للمصلحه، ويجب التوريه على العارف» (١)، انتهى. وظاهر ذلك وجوب التوريه مع الحلف كاذباً على العارف بها، وهذا بظاهره التزام باجتماع الكذب والتوريه؛ ولذا ذكر فى «جامع المقاصد» عند شرح العبارة: أنّ العبارة لا تخلو عن مناقشه، حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التوريه (٢).

ص: ١٦

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ١٨٨ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٦: ٣٨ .

نعم، لو ترتب عليها مفسده حرمت من تلك الجبهه، اللهم إلا- أن يدعى أن مفسده الكذب وهى الإِغراء موجوده فيها، وهو ممنوع، لأنّ الكذب محرّم، لا لمجرّد الإِغراء. وذكر بعض الأفاضل: أنّ المعبر فى اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام، لا ما هو المراد منه، فلو قال: «رأيت حماراً» وأراد منه «البليد» من دون نصب قرينه، فهو متّصف بالكذب وإن لم يكن المراد مخالفاً للواقع، انتهى موضع الحاجه.

الشرح:

والحاصل: أنّ المناقشه مبنيّه على عدم كون التوريه كذباً كما هو الصحيح، فلا- يعمّها ما دلّ على حرمه الكذب، وذلك فإنّ المتكلّم لا يكون فى موارد قاصداً لحكايه أمر على خلاف الواقع، بل يكون قصده إلى ما هو حاصل فى الواقع، ولكن السامع لا- ينتقل إليه من كلامه، بل ينتقل إلى ما هو ظاهره، ويتخيّل أنّه بصدد حكايه حصول ذلك الظاهر. ومن هنا أنّه لا يكون من التوريه ما إذا أراد المتكلّم ظاهر كلامه، وكان ذلك الظاهر مطابقاً للواقع ولكن لم يفهم السامع الظاهر، وتخيّل أمراً آخر لا يطابق الخارج، كما إذا قال للسائل: ليس عندى مال، وفهم السائل أنه فقير لا يملك مالاً. ووجه عدم كون ذلك توريه أنّه يعتبر فى التوريه كون مراد المتكلم خلاف ظاهر الكلام.

وما ربّما يقال من أنّ مناط حرمه الكذب وهو إغراء السامع موجود فى التوريه أيضاً، لا يمكن المساعده عليه، فإنّه لم يعلم أنّ تمام ملاك حرمة هو الإِغراء.

نعم، لو انطبق على التوريه عنوان محرّم آخر كعنوان غشّ المؤمن فى المعامله ونحوها، تكون محرّمه بذلك العنوان.

ص: ١٧

فإن أراد اتّصاف الخبير في الواقع، فقد تقدّم أنه دائر مدار موافقه مراد المخبر ومخالفته للواقع، لأنّه معنى الخبر والمقصود منه، دون ظاهره الذي لم يقصد. وإن أراد اتّصافه عند الواصف، فهو حقّ مع فرض جهله بإرادته خلاف الظاهر. لكن توصيفه حينئذٍ باعتقاد أنّ هذا هو مراد المخبر ومقصوده، فيرجع الأمر إلى إناطه الاتّصاف بمراد المتكلّم وإن كان الطّريق إليه اعتقاد المخاطب. ومما يدلّ على سلب الكذب عن التّوريه [١] ما روى في الاحتجاج: «أنّه سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عزّ وجل في قصّه إبراهيم على نبيّنا وآله وعليه السلام: «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ»، قال: ما فعله كبيرهم وما كذب إبراهيم، قيل: وكيف ذلك؟ الشّرح:

[١] وربّما يورد على ما ورد في قصيه إبراهيم على نبيّنا وعلى آله وعليه السلام أنّ التعليق المزبور لا يخرجّه إلى التّوريه حتّى يكون صادقاً، حيث إنّ قوله: «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ» (١) جملة شرطية يكون الصدق والكذب فيها دائرين مدار ترتّب الجزاء على الشرط لا على حصول الطرفين خارجاً أو عدمه، والترتّب في الكلام المزبور مفقود، فإنّه لو كانت الأوثان تنطق فرضاً لما كان أيضاً الكسر مستنداً إلى كبيرهم، فالقضية الشرطية غير صادقه.

وأجاب عن ذلك السيد الخوئي رحمه الله (٢) بأنّ الشرط في القضية قيد للحكاية لا لاستناد الكسر إلى كبيرهم، والمفهوم أنّه حكايتي عن استناد الكسر إلى كبيرهم معلّقه على تكلم الأوثان، والمفهوم أنّه على تقدير عدم تكلمهم لا حكاية لي عن استناد الكسر إليهم حتى تتّصف بالصدق أو الكذب.

ص: ١٨

١- (١) الاحتجاج ٢: ٢٥٦، والآية ٦٣ من سورة الأنبياء.

٢- (٢) محاضرات في الفقه الجعفري ١: ٤٧٤.

فقال: إنما قال إبراهيم: «إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ»، أى: إن نطقوا فكبيرهم فعل، و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئاً، فما نطقوا وما كذب إبراهيم. وسئل عليه السلام عن قوله تعالى: «أَيَّتْهَا الْعِزُّ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ». قال: إنهم سرقوا يوسف من أبيه، ألا ترى أنهم قالوا: «نَفَقْدُ صُوعِ الْمَلِكِ» ولم يقولوا: سرقتم صواع الملك. وسئل عن قول الله عز وجل حكاية عن إبراهيم عليه السلام: «إِنِّي سَقِيمٌ» قال: ما كان إبراهيم سقيماً وما كذب، إنما عنى سقيماً فى دينه، أى: مرتاداً.

الشرح:

وفيه ما لا يخفى، فإن مفاد القضية الشرطية ترتب مضمون الجزاء على حصول مضمون الشرط، وكما أن حصول النهار فى قولنا: إن كانت الشمس طالعه فالنهار موجود بنفسه معلق على طلوع الشمس، لا أن حكاية وجودها معلق على طلوعها، بأن لا يكون للمتكلم حكاية على تقدير عدم طلوعها، كذلك فى المقام نفس استناد الكسر إلى كبيرهم معلق على تكلم الأوثان، هذا أولاً.

وثانياً أنه لا يخرج الكلام المزبور عن الكذب بإرجاع الشرط إلى الادعاء والحكاية، حيث إن مقتضى التعليق المزبور أنه على تقدير تكلم الأوثان فرضاً، فالكسر منتسب إلى كبيرهم، مع أنه على تقدير النطق أيضاً لم يكن فى البين ذلك الانتساب.

وثالثاً أنه قد ورد ما يظهر منه أن نفي الكذب عن قول إبراهيم ويوسف على نبينا وآله وعليهما السلام من قبيل الحكومه والادعاء، والمراد نفي حرمة، حيث وقع فى مقام الإصلاح والهداية، فيكون من قبيل نفي الربا بين الوالد والولد، فراجع روايتى الحسن الصيقل وعطاء(١).

ص: ١٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ : ٢٥٣، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٤ و ٧.

وفى مستطرفات السرائر من كتاب ابن بكير، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يستأذن عليه، فيقول للجارية: قولى: ليس هو ها هنا، فقال: لا بأس، ليس بكذب»، فإن سلب الكذب مبنى على أن المشار إليه بقوله: «ها هنا» موضع خال من الشرح:

والظاهر أنه على تقدير صحه روايه «الاحتجاج» وصدورها عن المعصوم عليه السلام يراد من الشرطيّه، الشرطيّه الاتفاقيّه لا الحقيقيّه، ويكون الغرض من تلك الاتفاقيه مجرد نفي المقدم لانتفاء التالى، ولهذه القضيّه الشرطيّه نظائر فى العرف فلاحظها، مثلاً يقول أحد الفاسقين للآخر فى مقام تزكيه نفسه: إني إنسان خير لا مورد فيّ للقدح، ويقول ذلك الآخر: إن كنت عادلاً فأنا معصوم، فإنه ليس غرضه إثبات العصمه لنفسه حتى على تقدير كون المادح عادلاً، بل غرضه نفي عدالته بنفي عصمه نفسه.

وقد يقال: إن التوريه كذب، حيث إن العبره فى كون الكلام كذباً بظهوره لا بمراد المتكلم.

وفيه: أن الصدق والكذب من أوصاف الإخبار والحكايه، ولا قوام للحكايه إلا بالقصد، كما هو الحال فى جميع الأمور الإنشائيّه والقصديّه.

نعم، يكون ظاهر الكلام عند الجهل بمراد المتكلم طريقاً إليه، فينسب السامع إلى المتكلم الكذب بهذا اللحاظ، حيث يرى مراده المكشوف بأصالة الظهور غير مطابق للواقع، فيقول: إنه قد كذب، كما قد يقال: إن الكذب عباره عن عدم مطابقه المراد لاعتقاد المتكلم، والصدق مطابقته له، كما نسب ذلك إلى النظام ومال إليه بعض الأعظم.

ويستدل على ذلك بمثل قوله سبحانه: «إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ

الدَّارِ، إِذْ لَا وَجْهَ لَهُ سِوَى ذَلِكَ. وَرَوَى فِي بَابِ الْحَيْلِ مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ لِلْمَبْسُوطِ: أَنَّ وَاحِدًا مِنَ الصَّيْحَابِ صَحَبَ وَاحِدًا آخَرَ، فَاعْتَرَضَهُمَا فِي الطَّرِيقِ أَعْدَاءُ الْمُصْحُوبِ، الشَّرْحُ:

لَرَسُولِ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ»(١)، حَيْثُ لَوْ كَانَتْ الْعِبْرَةُ فِي الصِّدْقِ وَالْكَذْبِ مُطَابِقَةً مَضْمُونِ الْكَلَامِ لِلخَارِجِ وَعَدْمِهَا، لَمَا كَانَ مَا قَالَ الْمُنَافِقُونَ كَذِبًا، وَبِأَنَّهُ لَا يَنْسَبُ الْكَذْبُ إِلَى مِثْلِ مَا يَذْكُرُهُ الْفَقِيهَ فِي رِسَالَتِهِ الْعَمَلِيَّةِ مِنَ الْأَحْكَامِ حَتَّى فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَذْكُورُ فِيهَا اشْتِبَاهًا وَمُخَالَفَةً لِلْأَحْكَامِ الْوَاقِعِيَّةِ. فَلَا يَقَالُ: إِنَّ إِخْبَارَاتِهِ كَذِبٌ، وَإِنَّهُ قَدْ كَذَبَ، بَلْ يَقَالُ: إِنَّهُ أَخْطَأَ وَاشْتَبَهَ، وَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ مَا يَذْكُرُهُ فِيهَا مُطَابِقٌ لِمَا يَعْتَقِدُهُ . . . إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ.

وَلَكِنْ لَا يَخْفَى مَا فِيهِ، حَيْثُ إِنَّ الشَّهَادَةَ إِظْهَارًا لِلْعِلْمِ بِالشَّيْءِ وَالْإِفْتَاءَ عِبَارَةً عَنْ إِظْهَارِ نَظَرِهِ وَاجْتِهَادِهِ فِي الْوَاقِعِ، فَقَوْلُ الْقَائِلِ: أَشْهَدُ بِذَلِكَ، هُوَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: إِنَّ لِي عِلْمًا وَيَقِينًا بِهِ، فَيَكُونُ الْخَارِجُ الْعَدِيَّ يُقَاسُ إِلَيْهِ مُطَابِقُهُ الْمُرَادِ وَعَدْمُهَا هُوَ الْإِعْتِقَادُ وَالْعِلْمُ، فَمَعَ تَطَابُقِهِمَا يَكُونُ كَلَامُهُ صَادِقًا وَفِي عَدْمِهِ كَاذِبًا. وَكَذَا قَوْلُ الْمُفْتَى بِأَنَّ الْوَاقِعَ الْفَلَائِيَّةَ حَكَمَهَا كَذَا، إِظْهَارًا لِفَتْوَاهِ وَنَظَرِهِ فِي تِلْكَ الْوَاقِعِ، وَيَكُونُ خَبْرُهُ صَادِقًا مَعَ كَوْنِ خَبْرِهِ مُطَابِقًا لِنَظَرِهِ وَاجْتِهَادِهِ، حَتَّى فِيمَا إِذَا اشْتَبَهَ وَأَدَّى إِلَى خِلَافِ الْحُكْمِ الْوَاقِعِيِّ . . . وَهَكَذَا.

بَقِيَ فِي الْمَقَامِ أَمْرٌ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاقِعَ إِذَا كَانَ مِنَ الْأُمُورِ الرَّاجِعِ إِلَى الدِّينِ اعْتِقَادِيًّا أَوْ عَمَلِيًّا، فَالْإِخْبَارُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ مُحَرَّمٌ كَمَا يَسْتَفَادُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ: «اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ»(٢).

ص: ٢١

١- (١) سورة المنافقون: الآية ١.

٢- (٢) سورة يونس: الآية ٥٩.

فأنكر الصّاحب أنّه هو، فأحلفوه، فحلف لهم أنّه أخوه، فلما أتى النّبي صلى الله عليه وآله قال له: «صدقت، المسلم أخو المسلم». إلى غير ذلك ممّا يظهر منه ذلك.

الشرح:

وبعبارة أخرى: لا ينحصر المحرّم بما كان الإخبار به على خلاف الواقع، بل يعمّ إسناد شيء إلى الله سبحانه من غير حجّجه على انتسابه إليه تعالى، بل إذا أظهر نظره في حكم الواقعه من غير حجّجه عليه يكون إظهاره إفتاء من غير علم، فهو في نفسه محرّم حتّى فيما إذا أصاب الواقع اتّفاقاً. ويدلّ عليه غير واحد من الروايات، منها: صحيحه أبي عبيده قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكه الرحمه وملائكه العذاب، ولحقه وزر من عمل بفتياه»^(١)، ونحوها غيرها.

وأما إذا كان الواقع من غير تلك الأمور فالإخبار به مع الشكّ، من الشبهه المصداقيه للكذب؛ لما تقدّم من أنّ الميزان في اتّصاف الخبر بالكذب مخالفه مضمونه للواقع، لا- مجرد عدم العلم بمطابقته له. ولا- يمكن الحكم بحرمة الإخبار مع الشكّ واستظهارها ممّا ورد في حرمة الافتراء على الله ورسوله، فإنّ حرمة الثاني لا تلازم حرمة الأوّل.

ولكن مع ذلك لا تصل النوبه عند الشكّ إلى أصاله الحليّه؛ لدلاله بعض الروايات على حرمة، كروايه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن آبائه في حديث قال: ليس لك أن تتكلّم بما شئت؛ لأنّ الله عز وجل يقول: «لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»^(٢)، فإنّ ظاهرها عدم جواز الإخبار بشيء مع عدم العلم به، ولا يبعد اعتبارها سنداً.

ص: ٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٠، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأوّل.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٠، الحديث ٣٦.

أما الكلام في المقام الثاني: وهو مسوغات الكذب، فاعلم أنه يسوغ الكذب لوجهين:

أحدهما: الضرورة إليه [١]:

الشرح:

وفي صحيحه هشام بن سالم، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما حقّ الله على خلقه؟ قال: أن يقولوا ما يعلمون ويكفّوا عما لا يعلمون، فإذا فعلوا ذلك أدوا إلى الله حقه» (١)، وظهرها أيضاً لزوم كفّ الإنسان عما ليس له به علم، بل لو لم تكن في البين مثل الروايتين لكان مقتضى استصحاب عدم حدوث الشيء عدم جواز الإخبار بحدوثه.

لوقيل: على ذلك فيجوز مع الشكّ في الحدوث الإخبار بعدم حدوثه أخذاً بالاستصحاب المزبور.

قلنا: نعم، ولذا ذكروا في بحث تعارض البيّنة على طهاره شيء مع إخبار ذي اليد بنجاسته، تقديم البيّنة على إخباره، إلا إذا كانت البيّنة مستنده إلى الأصل.

ثم إن باستصحاب عدم حدوثه ينحلّ العلم الإجمالي بحرمه الإخبار إمّا عن ثبوته أو عن عدمه؛ لما تقرّر في محله من أنّ جريان الأصلين المثبت والنافي في طرفي العلم يوجب انحلاله، فلا يكون بالإخبار عن النفي بأس.

[١] لا ينبغي الريب في كون الكذب كسائر المحرّمات في ارتفاع حرمة بالإكراه والاضطرار، كما هو مقتضى حديث رفع الإكراه والاضطرار (٢)، وقوله عليه السلام: «ما من شيء إلا وقد أحله الله لمن أضرّ إليه» (٣).

ص: ٢٣

١- (١) المصدر السابق: ٢٤، الحديث ١٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٩ ٣٧٠، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٣.

٣- (٣) انظر وسائل الشيعه ٥: ٤٨٢ ٤٨٣، الباب الأول من أبواب القيام، الحديث ٦ و ٧.

فيسوغ معها بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى: «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»، وقال تعالى: «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقْيَهُ». وقوله عليه السلام: «ما من شيء إلا وقد أحله الله لمن اضطرَّ إليه». وقد اشتهر: أَنَّ الضَّرورَات تبيح المحظورات. والأخبار في ذلك أكثر من أن تحصى، وقد استفاضت أو تواترت بجواز الحلف كاذباً لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه. والإجماع أظهر من أن يدعى أو يحكى.

الشرح:

وذكر المصنّف رحمهم الله في جوازه للضروره قوله سبحانه: «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»^(١)، فَإِنَّ مقتضاه عدم البأس بإنكار الحق وإظهار خلافه عند الإكراه. ولكن دلالة الآية على ارتفاع حرمه الكذب عند الإكراه بالفحوى، فَإِنَّ عدم جواز الإنكار في موردها باعتبار حرمه الشهاده بالكفر ووجوب الإقرار والشهادة بالله ورسوله لا باعتبار حرمه الكذب، وبهذا يظهر الحال في قوله سبحانه: «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ»^(٢)، فَإِنَّ عدم جواز أخذ الكافر ولياً ليس من حرمه الكذب، بل هو محرم آخر ترتفع حرمة بالإكراه.

ثمَّ إِنَّه وإن اعتبر في تحقّق الاضطرار إلى الكذب عدم التمكن من التوريه، فَإِنَّ الاضطرار إلى الجامع بين الكذب والتوريه من قبيل الاضطرار إلى شرب أحد مائعين لرفع عطشه المهلك، وأحدهما متنجس والآخر طاهر، في أَنَّ الاضطرار إلى الجامع باعتبار إمكان إيجاده في ضمن فرده الحلال لا يكون من الاضطرار إلى الحرام، إِلَّا أَنه في المقام روايات يستفاد منها عدم اعتبار العجز عن التوريه في جواز الكذب.

ص: ٢٤

١- (١) سورة النحل: الآية ١٠٦.

٢- (٢) سورة آل عمران: الآية ٢٨.

والعقل مستقلٌ بوجوب ارتكاب أقلّ القبيح مع بقائه على قبحه، أو انتفاء قبحه، لغلبه الآخر عليه، على القولين في كون القبح العقلي مطلقاً، أو في خصوص الكذب لأجل الذات، أو بالوجوه والاعتبارات. ولا إشكال في ذلك كله، إنّما الإشكال والخلاف في أنه هل يجب حينئذٍ التوريه لمن يقدر عليها، أم لا؟ ظاهر الشرح:

منها: صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن عليه السلام: «عن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف لينجوبه منه، قال: لا- جناح عليه، وسألته: هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم» (١)، وموثقه زراره قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: نمّ بالمال على العشار، فيطلبون ممّا أن نحلف لهم ويخلّون سبيلنا، ولا- يرضون ممّا إلاً بذلك؟ قال: «فاحلف لهم فهو أحلّ من التمر والزبد» (٢)، فإنّه وإن لم يذكر كذب الحلف فيهما، إلاّ أنّه المراد، فإنّ السؤال عن جواز الحلف صادقاً لدفع الضرر بعيد، خصوصاً بقريته الجواب بأنّه أحلّ من التمر والزبد. وفي روايه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن عليّ عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «احلف بالله كاذباً ونجّ أخاك من القتل» (٣) . . . إلى غير ذلك. ومقتضى إطلاق مثل هذه عدم الفرق في جواز الحلف لدفع الضرر، بين التمكن من التوريه وعدمه.

وفي مقابل ذلك روايه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا حلف الرجل تقيّه لم يضرّه إذا هو أكره واضطرّ إليه، وقال: وليس شيء ممّا حرّم الله إلاّ وقد أحلّه لمن اضطرّ إليه» (٤)، فإنّ مقتضى مفهومها عدم جواز الكذب مع عدم الاضطرار والإكراه،

ص: ٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٢٤، الباب ١٢ من أبواب الأيمان، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٥، الحديث ٦.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث ٤.

٤- (٤) المصدر السابق: ٢٢٨، الحديث ١٨.

المشهور هو الأول، كما يظهر من المقنعه والمبسوط والغنيه والسرائر والشرائع والقواعد واللمعه وشرحها والتحرير وجامع المقاصد والزياض ومحكي مجمع البرهان في مسأله جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة.

قال في المقنعه: من كانت عنده أمانه فطالبه ظالم فليجحد، وإن استحلفه ظالم على ذلك فليحلف، ويورى في نفسه بما يخرجه عن الكذب إلى أن قال: فإن لم يحسن التوريه وكان نيته حفظ الأمانه أجزأته التيه وكان مأجوراً، انتهى.

وقال في السرائر في هذه المسأله أعنى مطالبه الظالم الوديعة: فإن قنع الظالم منه بيمينه، فله أن يحلف ويورى في ذلك، انتهى.

وفي الغنيه في هذه المسأله: ويجوز له أن يحلف أنه ليس عنده وديعه ويورى في يمينه بما يسلم به من الكذب، بدليل إجماع الشيعه، انتهى.

الشرح:

كان في البين دفع ضرر أولاً، والنسبه بينها وبين الروايات المجوزه للكذب لدفع للضرر العموم من وجه، فإنه يشمل مفهوم هذه ما إذا لم يكن في الكذب دفع الضرر، كما تشمل تلك الروايات ما إذا كان دفع الضرر منحصراً بالكذب كما في فرض الغفله عن التوريه. ويجتمعان فيما إذا لم ينحصر دفع الضرر بالكذب، كما في فرض التمكّن من التوريه، فإن مقتضى المفهوم عدم جوازه؛ لعدم الاضطرار إليه، ومقتضى تلك الروايات جوازه، وبما أن دلاله كلّ منهما بالإطلاق فيسقط الإطلاق من الجانبين، ويرجع إلى إطلاق دليل حرمه الكذب.

لا- يقال: لا وجه لسقوط الإطلاق منهما فيما إذا كانت في البين قرينه على دخول مورد الاجتماع في مدلول أحدهما، فإن لزوم حمل الروايات المجوزه على الصوره النادره وهى عدم التمكّن من التوريه قرينه على التحفظ بإطلاقها.

ص: ٢٦

وفى النَّافع: حلف مورياً. وفى القواعد: ويجب التوريه على العارف بها، انتهى.

وفى التحرير فى باب الحَيْل من كتاب الطَّلَاق: لو أنكر الاستدانه خوفاً من الإقرار بالإبراء، أو القضاء جاز الحلف مع صدقه، بشرط التوريه بما يخرججه عن الكذب، انتهى.

وفى اللّمعه: يحلف عليه فيورى وقريب منه فى شرحها.

وفى جامع المقاصد فى باب المكاسب: يجب التوريه بما يخرججه عن الكذب، انتهى.

ووجه ما ذكره: أنّ الكذب حرام، ولم يحصل الاضطرار إليه مع القدره على التوريه، فيدخل تحت العمومات، مع أنّ قبح الكذب عقليّ، فلا يسوغ إلاّ مع تحقّق عنوانٍ حسنٍ فى ضمنه يغلب حسنه على قبحه، ويتوقّف تحقّقه على تحقّقه، ولا يكون التوقّف إلاّ مع العجز عن التوريه.

الشرح:

فإنّه يقال: لا يكون عدم التمكن من التوريه ولو باعتبار غفله المتكلّم عنها نادراً، اللهم إلاّ أن يقال: إنّ مفهوم روايه سماعه أخصّ مطلقاً بالإضافه إلى الروايات المتقدمه، فإنّ قوله عليه السلام فيها: «إذا حلف الرجل تقيه» لا يعمّ غير موارد دفع الضرر، فيكون تعليق جواز الكذب فيه على الاضطرار بالقضيه الشرطيه ظاهراً فى عدم جواز دفعه به مع عدم الاضطرار، ويقيّد به إطلاق الروايات السابقه، ولعلّه لذلك أمر المصنّف رحمه الله بالتأمّل.

ولكنّ الأظهر عدم اعتبار العجز عن التوريه فى جواز الكذب، فإنّ بعض روايات الحلف كاذباً قد وردت فى دفع الضرر المالى عن الغير، كما فى صحيحه إسماعيل المتقدمه، ومثل هذه لا تكون من مورد الاضطرار؛ لأنّ دفع هذا الضرر عن الغير

وهذا الحكم جيد، إلا أن مقتضى إطلاقات أدلّه الترخيص في الحلف كاذباً لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه، عدم اعتبار ذلك. ففي رواية السيكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إحلّف بالله كاذباً ونجّ أخاك من القتل». وصحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سألته عن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف له لينجو به منه. قال: لا بأس. وسألته: هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على مال نفسه؟ قال: نعم». وعن الفقيه، قال: «قال الصادق عليه السلام: اليمين على وجهين إلى أن قال: فأما اليمين التي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً ولم تلزمه الكفاره، فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم، أو خلاص ماله من متعدّ يتعدّى عليه من لصّ، أو غيره». وفي موثقه زراره بابن بكير: «إننا نمّر على هؤلاء القوم، فيستحلفونا على أموالنا وقد أدّينا زكاتها؟ فقال: يا زراره إذا خفت فاحلف لهم بما شأؤوا». وروايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا حلف الرجل تقيّه لم يضرّه إذا هو أكره، أو اضطرّ إليه. وقال: ليس شيء ممّا حرّم الله إلا وقد أحله لمن اضطرّ إليه». إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا الباب وفيما يأتي، من جواز الكذب في الإصلاح، التي يصعب على الفقيه التزام تقيدها بصوره عدم القدره على التوريه.

الشرح:

لا يكون واجباً ليتحقّق عنوان الاضطرار إليه.

ومقتضى إطلاق الصحيحه جواز هذا الحلف مع التمكن من التوريه وعدمه، وبهذا يرفع اليد عن إطلاق مفهوم روايه سماعه، فيقال: لا يجوز الكذب من غير اضطرار إلا الكذب لدفع الضرر المالي عن الغير، فإنّه جائز مع التمكن من التوريه وعدمه، وإذا جاز الكذب لدفع الضرر المالي عن الغير مع التمكن منها جاز لدفع

ص: ٢٨

وأما حكم العقل بقبح الكذب في غير مقام توقّف تحقّق المصلحه الرّاجحه عليه، فهو وإن كان مسلماً إلاّ أنّه يمكن القول بالعمفو عنه شرعاً، للأخبار المذكوره، كما عفى عن الكذب في الإصلاح، وعن السبّ والتبزيّ مع الإكراه، مع أنّه قبيح عقلاً أيضاً، مع أنّ إيجاب التّوريه على القادر لا يخلو عن التزام ما يعسر كما لا يخفى، فلو قيل بتوسعه الشّارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب في ما نحن فيه و إن قدر على التّوريه، كان حسناً، إلاّ أنّ الاحتياط في خلافه، بل هو المطابق للقواعد لولا استبعاد التقييد في هذه المطلقات، لأنّ النسبه بين هذه المطلقات، وبين ما دلّ كالزّوايه الأخيره وغيرها على اختصاص الجواز بصوره الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه مطلقاً، عموم من وجه، فيرجع إلى عمومات حرمة الكذب، فتأمل.

الشرح:

الضرر عن نفسه أيضاً؛ لعدم احتمال الفرق في الجواز وعدمه بين دفع الضرر عن نفسه وغيره.

هذا، مع أنّ روايه سماعه ضعيفه سنداً، لا يمكن الاعتماد عليها. وذكر الإيرواني رحمه الله (1) في وجه جواز الكذب لدفع الضرر مع التمكن من التوريه وعدمه أنّ الكذب عباره عن التلّفظ بألفاظ والقصد إلى معنى منها لا يطابق الواقع، والإكراه على الكلّ كما يكون رافعاً لحرمة الكلّ كذلك الإكراه على الجزء يكون رافعاً لحرمة التبعية. وبما أنّ الألفاظ المزبوره جزء من الكذب، بل عمدته، وباعتبار الإكراه أو الاضطرار إليها ترتفع حرمتها التبعية فيجوز قصد المعنى منها؛ لأنّ مجرد قصد المعنى بدون التلّفظ ليس بحرام، والتلّفظ في الفرض باعتبار ارتفاع حرمة كالعدم،

ص: ٢٩

هذا، مع إمكان منع الاستبعاد المذكور، لأنّ مورد الأخبار عدم الالتفات إلى التوريه في مقام الضّروره إلى الكذب، إذ مع الالتفات فالغالب اختيارها، إذ لا داعى إلى العدول عنها إلى الكذب. ثمّ إنّ أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب [١] الشرح:

فيكون الفرض كما إذا كان في البين القصد المجرد.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مجرد التلفظ بالألفاظ لا يكون محرّماً ولو تبعاً حتى ترتفع حرمة بالإكراه أو الاضطرار، كما هو حال الجزء في سائر الموضوعات المحرّمة المركّبه، وإنّما يكون الجزء حراماً ضمناً مع حصول الكلّ، فتكون الألفاظ محرّمة في خصوص فرض قصد معنى منها لا يطابق ذلك المعنى الواقع، ومع التمكن من التوريه يكون الاضطرار أو الإكراه على الجامع بين الحلال والحرام، فيعود الكلام السابق.

[١] هذا إشكال على أكثر الأصحاب المعتبرين في جواز الكذب العجز عن التوريه. وحاصله: أنّهم فرّقوا بين الكذب في الحلف والخبر وبين المعاملات وسائر الأقوال المحرّمة كالسبّ والتبرّي، حيث اعتبروا العجز عن التوريه في جواز الأوّل دون الثاني، فإنّه لا تصحّ المعاملات المكروه عليها، ولا يكون السبّ أو التبرّي محرّماً مع الإكراه حتّى مع التمكن من التوريه، فيقال عليهم بأنّ المكروه بالفتح على البيع مثلاً مكروه على التلفظ لا على إرادته، فإذا أرادته مع تمكّنه على التوريه يكون البيع باختياره ورضاه، فاللازم الحكم بصحته.

ودافع عنهم المصنّف رحمه الله بأنّ المجوّز للكذب في الحلف أو في الإخبار طرؤ عنوان الاضطرار، وتحقّق هذا العنوان موقوف على العجز عن التوريه، بخلاف المعاملات وسائر الأقوال، فإنّ الطارى عليها عنوان الإكراه، ولا يعتبر في تحقّقه العجز عنها، كما إذا أمره الجائر ببيع ماله أو بالتبرّي عن دينه فباع أو تبرّأ للتخلص من

بعدم القدره على التوريه، أطلقوا القول بلغويه ما أكره عليه، من العقود والإيقاعات والأقوال المحرّمه كالتبرّي والتبرّي، من دون تقييد بصوره عدم التمكّن من التوريه، بل صرّح بعض هؤلاء كالشّهيد في الرّوضه والمسالك في باب الطلاق بعدم اعتبار العجز عنها، بل في كلام بعض ما يُشعر بالاتّفاق عليه، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ المكره على البيع إنّما أكره على التّلفظ بالصّيغ، وأمّا إرادته المعنى فمميّلاً لا تقبل الإكراه، فإذا أَرادَه مع القدره على عدم إرادته فقد اختاره، فالإكراه على البيع الواقعي يختصّ بغير القادر على التوريه، لعدم المعرفه بها، أو عدم الالتفات إليها، كما أنّ الاضطرار إلى الكذب يختصّ بغير القادر عليها. ويمكن أن يفرّق بين المقامين: بأنّ الإكراه إنّما يتعلّق بالبيع الحقيقي، أو الطلاق الحقيقي، الشّرح:

وعنده يكون فعله مكرهاً عليه، ومحكوماً في الأول بالفساد وفي الثاني بالجواز.

أقول: لا يُلزم ما ذكره رحمه الله الحكم بجواز شرب الخمر فيما إذا أمر به الجائر مع تمكّنه على التفصّي من شربها بالتوبه، ولو بشرب مائع يوهّم الجائر أنّه خمر، ولا أحتمل الالتزام بذلك منه رحمه الله أو من غيره.

والصحيح عدم الفرق بين الاضطرار والإكراه في عدم تحقّق عنوانهما، مع إمكان التفصّي بالتوريه أو بسائر المحلّلات، بلا فرق بين المعاملات وغيرها، وأنّه لا يرتفع بمجرد الإكراه الرضا المعتبر في المعاملات، كما لا يرتفع ذلك الرضا في موارد الاضطرار. وأنّ الوجه في صحه معامله مع الاضطرار إليها والحكم ببطلانها مع الإكراه عليها، هو أنّ الحكم بفسادها في مورد الاضطرار خلاف الامتنان فلا يشملها حديث الرفع، بخلاف مورد الإكراه فإنّ الرفع فيه موافق له فيعمّها حديث الرفع.

وإذا أمره الجائر بالمعامله وأمكن التفصّي عنها بالتوريه أو غيرها، ومع ذلك أنشأ معامله بقصدّها، حكم بصحتها أخذاً بإطلاق دليل نفوذها، ولا يكون في البين

غايه الأمر قدره المكره على التفصي عنه بإيقاع الصوره من دون إرادته المعنى، لكنّه غير المكره عليه وحيث إنّ الأخبار خاليه عن اعتبار العجز عن التفصي بهذا الوجه، لم يعتبر ذلك في حكم الإكراه. وهذا بخلاف الكذب، فإنّه لم يسوّغ إلا عند الاضطرار إليه، ولا اضطرار مع القدره.

نعم، لو كان الإكراه من أفراد الاضطرار بأن كان المعبر في تحقّق موضوعه عرفاً أو لغه العجز عن التفصي كما ادّعا بعض، أو قلنا باختصاص رفع حكمه بصوره الاضطرار، بأن كان عدم ترتّب الأثر على المكره عليه من حيث إنّ مضطر إليه لدفع الضرر المتوّعد عليه به عن النفس والمال كان ينبغي فيه اعتبار العجز عن التّوريه، لعدم الاضطرار مع القدره عليها.

والحاصل: أنّ المكره إذا قصد المعنى مع التمكن من التّوريه، صدق على ما أوقع أنّه مكره عليه، فيدخل في عموم «رُفع ما أُكروهوا عليه». وأمّا المضطرّ، فإذا كذب مع القدره على التّوريه، لم يصدق أنّه مضطرّ إليه، فلا يدخل في عموم «رُفع ما اضطرّوا إليه». هذا كلّ على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصوره الاضطرار إليه حتّى من جهه العجز عن التّوريه، وأمّا على ما استظهرناه من الأخبار الشّرح:

حكومه لحديث الرفع (١)، وهذا بخلاف الحلف أو الإخبار كذباً، فإنّه جائز في مورد دفع الضرر حتى مع إمكان التّوريه أو إمكان التفصي بغيرها، لما تقدّم من دلالة الروايات الخاصّه على هذا الجواز. ويترتب على ذلك أنّه لو أراد الذهاب إلى بلد يكون له طريقان، وعلم أنّه لو سلك الطريق الفلاني يتعرّض له الجائر، فلا بدّ في التخلص عن ضرره من الحلف كذباً، دون ما إذا سلك الطريق الآخر فلا يتعرّض له، فإنّه يجوز سلوك الطريق الأوّل والحلف له كذباً، وما في كلام المصنّف رحمه الله من اعتبار العجز عن

ص: ٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ٣٧٠ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٣ .

كما اعترف به جماعه من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهه العجز عن التوريه، فلا فرق بينه وبين الإكراه. كما أنّ الظاهر أنّ أدلّه نفى الإكراه راجعه إلى الاضطرار، لكن من غير جهه التوريه، فالشّارع رخص في ترك التوريه في كلّ كلام مضطراً إليه للإكراه عليه أو دفع الضرر به. هذا، ولكن الأحوط التوريه في البابين.

ثم إنّ الضرر المسوّغ للكذب هو المسوّغ لسائر المحرّمات. نعم، يستحبّ تحمّل الضرر المالي الذي لا يُجحف [١]، وعليه يحمل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الشرح:

التفصّي بغير التوريه في جواز الكذب لا يمكن مساعدته عليه.

[١] يطلق الضرر على النقص في المال أو العرض أو النفس وعلى عدم النفع، وظاهر الروايات المتقدّمه وحديث رفع الإكراه جواز الكذب في مورد الضرر بالمعنى الأوّل دون الثاني، فإنّه لا مقتضى لارتفاع حرمه الكذب فيه. والضرر فيكلام مولانا أمير المؤمنين عليه السلام: «علامه الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك» (١)، بالمعنى الثاني، بقرينه مقابلته للنفع.

مع أنّ الروايات المرخصه في دفع ضرر الغير بالكذب أخصّ مطلقاً بالإضافه إلى هذا الكلام الشامل لمطلق الضرر، فيرفع اليد بها عن إطلاقه على تقدير تماميته.

نعم، يمكن الاستدلال على استحباب تحمّل الضرر المالي بما ورد في الحلف بالله صادقاً من استحباب تحمّل الضرر والإغماض عن الحلف، وإذا كان تحمّله وترك الحلف الصادق مستحباً يكون تحمّله والإغماض عن الحلف الكاذب كذلك بالأولويّه، إلّا أنّ التعدّي إلى مطلق الإخبار كذباً مشكل؛ لما يظهر من بعض الروايات من كون ملاك الاستحباب إجلال الله سبحانه بترك الحلف باسمه صادقاً أو كاذباً. وفي روايه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أجلّ الله أن

ص: ٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٥٥، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١١.

نهج البلاغه: «علامه الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك، على الكذب حيث ينفعك». ثم إن الأقوال الصادرة عن أئمتنا عليهم السلام [١] في مقام التقيه في بيان الأحكام، مثل قولهم: «لا بأس بالصيلاه في ثوب أصابه خمر» ونحو ذلك، وإن أمكن حمله على الكذب لمصلحه بناءً على ما استظهرنا جوازه من الأخبار إلا أن الأليق بشأنهم عليهم السلام هو الحمل على إرادته خلاف ظواهرها من دون نصب قرينه، بأن يريد من جواز الصيلاه في الثوب المذكور جوازه عند تعذر الغسل والاضطرار إلى اللبس، وقد صرحوا بإرادته المحامل البعيده في بعض الموارد، مثل أنه ذكر عليه السلام: «أن النافله فريضه»، ففزع المخاطب، ثم قال: «إنما أردت صلاه الوتر على النبي صلى الله عليه وآله». الشرح:

يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه» (١)، ونحوها غيرها.

ثم إنه لا يخفى أن جواز الكذب لدفع الضرر مختصّ بما إذا كان الضرر من الظلم والتعدّي عليه، ولا يجوز لمطلق دفعه كالضرر في المعامله، فإذا توقّف بيع ماله بلا خساره على كذبه في رأس المال، فلا يجوز الكذب؛ لأنّ جوازه إمّا لرفع الاضطرار أو الإكراه، والمفروض انتفاؤهما، حيث إنّ الاضطرار يتوقّف على وجوب دفع الضرر المزبور، والضرر المالى يجوز تحمّله.

وحديث «لا ضرر» (٢) لوروده مورد الامتنان لا يعمّ المقام، بل يختصّ بما إذا كان في رفع التكليف الضررى امتناناً، ولا امتنان في تجويز الكذب لمؤمن الموجب لإغراء المؤمن الآخر، بل لا يجوز التوريه في مثل إخباره برأس المال باعتبار كونه غشاً، كما مرّ سابقاً.

[١] أقول: لا- بأس بالحمل على الاستحباب لو كان الحمل عليه أخذاً بالظهور كما إذا ورد في روايه: اغتسل الجمعه، وعلمنا أنّ غسل الجمعه غير واجب، ودار أمر

ص: ٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ١٩٨، الباب الأول من أبواب الأيمان، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

ومن هنا يعلم أنه إذا دار الأمر في بعض المواضع بين الحمل على التقيه والحمل على الاستحباب، كما في الأمر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامته بكونه حدثاً، تعين الثاني، لأن التقيه تتأدى بإرادته المجاز وإخفاء القرينه.

الشرح:

الروايه بين الحمل على مثل التقيه أو الاستحباب، فتحمل على الاستحباب، وذكرنا في الأصول من أن خصوصيه الاستحباب أو الوجوب غير داخله في مدلول الصيغه، بل مدلولها البعث نحو الفعل، وينتزع الوجوب من عدم ثبوت الترخيص في الترك، كما ينتزع الاستحباب من ثبوت ذلك الترخيص. وإذا انضمّ المستفاد من الصيغه، أي البعث إلى الاغتسال، إلى ما هو معلوم من الخارج من جواز تركه، ثبت الاستحباب، وأمّا إذا لم يكن الحمل على الاستحباب أخذاً بالظهور، كما إذا ورد في روايه أن المذى ناقض، ودار أمرها بين أن يراد بالناقض فيها ما هو ظاهره من بطلان الوضوء بالمذى للتقيه، وبين استحباب الوضوء بعد خروجه، فلا يكون مجرد الأنسب بشأنهم قرينه عرفيه على إرادته الاستحباب، ويترتب على ذلك أنه لا يتيسر لنا الحكم باستحباب الوضوء بعد خروج المذى بمجرد العلم بأن ظاهر الكلام المزبور غير مطابق للحكم الواقعي.

مع أنه إذا جاز الإخبار عن خلاف الواقع لرعايه التقيه، كما هو الفرض، فلا تكون إرادته مثل الاستحباب أليق بحالهم. و ما ورد في بعض الموارد لا يدلّ على الضابط لما يصدر عنهم عليهم السلام في جميع موارد التقيه، ولا يبعد أن يكون الأمر بالوضوء بعد خروج المذى من هذا القبيل، حيث إنّ ظاهر ذلك الأمر الإرشاد إلى ناقضيه المذى، ومجرد العلم بعدم كونه ناقضاً لا يكون قرينه على حمل ذلك الأمر على الاستحباب.

ص: ٣٥

وقد استفاضت الأخبار بجواز الكذب عند إرادته الإصلاح، ففي صحيحه معاوية بن عمّار: «المصلح ليس بكذاب»، ونحوها رواه معاوية بن حكم عن أبيه، عن جدّه، عن أبي عبد الله عليه السلام. وفي روايه عيسى بن حنّان، عن الصادق عليه السلام: «كلّ كذب مسؤول عنه صاحبه يوماً، إلّا كذباً في ثلاثه: رجل كايّد في حربته فهو موضوع عنه، ورجل أصلح بين اثنين، يلقى هذا بغير ما يلقى هذا، يريد بذلك الإصلاح، ورجل وعد أهله وهو لا يريد أن يتمّ لهم». وبمضمون هذه الروايه في استثناء هذه الثلاثه، روايات. وفي مرسله الواسطي، عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: «الكلام ثلاثه: الشّرح:

[١] يدلّ عليه غير واحد من الروايات، منها: صحيحه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المصلح ليس بكذاب» (١)، وروايه المحاربي عن جعفر بن محمّد عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «ثلاثه يحسن فيهنّ الكذب: المكيد في الحرب، وعدتك زوجتك، والإصلاح بين الناس» (٢). . . . إلى غير ذلك، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين التمكن من التوريه وعدمه، فيكون هذا تخصيصاً آخر في أدلّه حرمة الكذب على قرار تخصيص الكذب لدفع الضرر.

وبعض الأخبار ومنها روايه المحاربي متضمّنه لجواز الكذب في الوعد للزوجه أو الأهل. ولكنّها بحسب الظاهر ضعيفه سنداً، فلا يمكن الاعتماد عليها في رفع اليد عن إطلاق دليل حرمة الكذب، بل عن السيد الخوئي رحمه الله (٣) عدم دلالة تلك الأخبار على جواز الكذب في الوعد الذي يكون من قبيل الإخبار، كالإخبار عن

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٥٢، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

٣- (٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٤٩٦.

صدق، وكذب، وإصلاح بين الناس. قيل له: جعلت فداك وما الإصلاح بين الناس؟ قال: تسمع من الرجل كلاماً يبلغه فتخبر نفسك، فتقول: سمعت فلاناً قال فيك من الخير كذا وكذا، خلاف ما سمعته». وعن الصدوق في كتاب الإخوان بسنده عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: قال: «إن الرجل ليصدق على أخيه فيصيبه عنت من صدقه فيكون كذاباً عند الله، وإن الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقاً».

ثم إن ظاهر الأخبار المذكوره عدم وجوب التوريه، ولم أر من اعتبر العجز عنها في جواز الكذب في هذا المقام.

وتقييد الأخبار المذكوره بصوره العجز عنها في غايه البعد، وإن كان مراعاته مقتضى الاحتياط.

ثم إنه قد ورد في أخبار كثيره جواز الوعد الكاذب مع الزوجه، بل مطلق الأهل، والله العالم.

الشرح:

فعله الاستقبالي مع علمه بتركه في ذلك الزمان، وإنما مدلولها ترك الوفاء بوعد الإنشائي، يعنى التعهد للعيال أو الزوجه بالفعل. وهذا لا يتصف بالصدق أو الكذب ليكون حراماً، ولا بأس بالتعهد وترك الوفاء به ما لم يكن في ضمن المعامله. نعم، لو قيل بوجوب الوفاء بالعهد الابتدائي يكون الوعد للزوجه أو العيال مستثنى.

وفيه: أن عدّ الوعد للأهل في الروايه من أفراد الكذب قرينه على كون المراد به الوعد الإخباري، وحمل الكذب فيها على البناء على عدم الوفاء بالوعد الإنشائي خلاف ظاهرها، خصوصاً بملاحظه أن جواز الخلف في الوعد الإنشائي الابتدائي لا يختص بالوعد للزوجه أو الأهل، كما تقدم.

ص: ٣٧

[المسألة] التاسعة عشر: الكهانه حرام [١]، وهى: من كَهَنَ يَكْهُنُ ككتب يكتب كتابه كما فى الصّحاح إذا تكهَّن، قال: ويقال كُهِنَ بالضم ، كهانه بالفتح : إذا صار كاهناً.

وعن القاموس أيضاً: الكهانه بالكسر ، لكن عن المصباح: كَهَنَ يَكْهُنُ كقتل كهانه بالفتح .

وكيف كان، فعن النّهايه: أنّ الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزّمان.

الشرح:

[١] يقع الكلام أولاً فى حكم الكهانه، وأخرى فى إخبار الكاهن عن الحوادث، وثالثه فى رجوع الغير إلى الكاهن فى الاطلاع على الحادثه.

أمّا الكهانه فهو الاعتقاد بالحوادث فى الكون المستقبليه منها والماضيّه بإلقاء جنّ يكون تابعاً للكاهن، أو اطلاع الكاهن عليها من مقدّمات يكون الاستدلال بها على تلك الحوادث محتاجاً إلى فطنه النفس وذكائها، كالانتقال إليها من كلام السائل أو حاله أو فعله.

وقد يطلق على المطّلع عليها من نحو هذه المقدّمات اسم العرّاف، كما يطلق على التابع من الجنّ اسم الرئىّ (بفتح الراء)، وقد يكسر أتباعاً للهمزه، مأخوذ من الرأى، أى النظر والاعتقاد، فيقال: فلان رئىّ القوم، أى صاحب رأيهم.

ولعلّه يظهر واقع الكهانه وحقيقتها من روايه الطبرسى فى «الاحتجاج» فى جمله الأستله التى سألتها الزنديق من أبى عبدالله عليه السلام ، قال الزنديق: «فمن أين أصل الكهانه، ومن أين يخبر الناس بما يحدث؟ قال عليه السلام : إنّ الكهانه كانت فى الجاهليّه فى كلّ حين فتره من الرسل، كان الكاهن بمنزله الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم بأشياء تحدث، وذلك من وجوه شتى: فراسه العين،

وقد كان في العرب كهنه، فمنهم: من كان يزعم أنّ له تابعاً من الجنّ يُلقى إليه الأخبار. ومنهم: من كان يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات وأسباب يستدلّ بها على مواقعها من كلام من سأله، أو فعله، أو حاله، وهذا يخصّونه باسم العرّاف.

والمحكّي عن الأكثر في تعريف الكاهن ما في القواعد، من أنه: من كان له رئيّ من الجنّ يأتيه الأخبار.

وعن التنقيح: أنه المشهور، ونسبه في التحرير إلى القيل ورئيّ على فعيل من رأى، يقال: فلان رئيّ القوم، أي صاحب رأيهم، قيل: وقد يكسر راؤه إتباعاً.

وعن القاموس: والرئيّ كغنيّ: جنّي يرى فيحبّ.

وعن النهاية: يقال للتابع من الجنّ رئيّ بوزن كميّ.

الشرح:

وذكاء القلب، ووسوسة النفس، وفطنه الروح، مع قذف في قلبه؛ لأنّ ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهره فذلك يعلم الشيطان ويؤدّيه إلى الكاهن، ويخبره بما يحدث في المنازل والأطراف. وأمّا أخبار السماء، فإنّ الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك، وهي لا- تحجب ولا- ترحم بالنجوم، وإنّما منعت من استراق السمع، لئلا يقع في الأرض سبب تشاكل الوحي من خبر السماء، ويلبس على أهل الأرض ما جاءهم عن الله؛ لإثبات الحجّج ونفى الشبهه، وكان الشيطان يسترق الكلمه الواحده من خبر السماء بما يحدث من الله في خلقه فيختطفها، ثمّ يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن، فإذا زاد كلمات من عنده فيخلط الحقّ بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر ممّا كان يخبر به فهو ما أداه إليه شيطانه ممّا سمعه، وما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه. فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهان، واليوم إنّما تؤدّي الشياطين إلى كهانها أخبار الناس ممّا يتحدّثون به وما يحدّثونه والشياطين تؤدّي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق

أقول: روى الطبرسى فى الاحتجاج فى جملة الأسئلة التى سأل الزّندىق عنها أبا عبد الله عليه السلام: قال الزّندىق: فمن أين أصل الكهانه، ومن أين يخبر النَّاس بما يحدث؟ قال عليه السلام: «إنَّ الكهانه كانت فى الجاهليه فى كلِّ حين فتره من الرّسل، كان الكاهن بمنزله الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم بأشياء تحدث، وذلك فى وجوه شتى: فراسه العين، وذكاء القلب، ووسوسه النَّفس، الشّرح:

سرق ومن قاتل قتل ومن غائب غاب، وهم بمنزله الناس أيضاً صدوق وكذوب»^(١).

ذكر المصنّف رحمه الله احتمالين فى قوله: «مع قذف فى قلبه»:

الأول: كونه قيذاً لفظنه الروح، فىكون الحاصل أنّ المنشأ لخبر الكاهن عن الحوادث أمور شتى:

منها: ما يرجع إلى نفسه فقط، كفراسه عينه وذكاء قلبه ووسوسه نفسه، ومنها: ما يرجع إلى المجموع، من فظنه روحه وقذف الشيطان فى قلبه، ويساعد هذا الاحتمال ما عن «النهايه» من قوله: «وقد كان فى العرب كهنه؛ . . . فمنهم من كان يزعم أنّ له تابعاً من الجنّ ورئياً يلقى إليه الأخبار، ومنهم من كان يزعم أنّه يعرف الأمور [الحوادث] بمقدّمات وأسباب يستدلّ بها [بالمقدّمات] على مواقعها [على موارد الحوادث ومواضعها] من كلام من يسأله أو فعله أو حاله [بيان للمقدّمات]»^(٢). فإنّ ظاهر هذا الكلام إمكان كون المنشأ فى إخبار الكاهن الأمر الراجع إلى نفسه فقط.

الاحتمال الثانى: كونه قيذاً لجميع ما ذكر، فىكون الحاصل إنّ منشأ إخبار الكاهن هو المجموع من الأمر الراجع إلى نفسه وقذف الشيطان، وجعل رحمه الله قوله فيما بعد: «فإذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحقّ بالباطل» قرينه على هذا

ص: ٤٠

١- (١) الاحتجاج ٢: ٢١٨ كلامه فى الكهانه.

٢- (٢) النهايه (لابن الأثير) ٤: ٢١٤ ٢١٥ (كهن).

وِفِطْنَةُ الرُّوحِ، مَعَ قَذْفٍ فِي قَلْبِهِ، لِأَنَّ مَا يَحْدُثُ فِي الأَرْضِ مِنَ الحَوَادِثِ الظَّاهِرَةِ فَذَلِكَ يَعْلَمُ الشَّيْطَانُ وَيُؤَدِّيهِ إِلَى الكَاهِنِ، وَيُخْبِرُهُ بِمَا يَحْدُثُ فِي المَنَازِلِ والأَطْرَافِ. وَأَمَّا أَخْبَارُ السَّمَاءِ، فَإِنَّ الشَّيَاطِينَ كَانَتْ تَقْعُدُ مَقَاعِدَ اسْتِرَاقِ السَّمْعِ إِذْ ذَاكَ، وَهِيَ لَا تَحْجُبُ وَلَا تَرْجُمُ بِالنُّجُومِ، وَإِنَّمَا مَنَعَتْ مِنَ اسْتِرَاقِ السَّمْعِ لِثَلَاثِ أَسْبَابٍ يَشَاكِلُ الوَحْيَ مِنَ خَبْرِ السَّمَاءِ، فَيَلْبَسُ عَلَى أَهْلِ الأَرْضِ مَا جَاءَهُمْ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى لِإِثْبَاتِ الحُجَّةِ وَنَفْيِ الشُّبُهَةِ، وَكَانَ الشَّيْطَانُ يَسْتَرِقُ الكَلِمَةَ الوَاحِدَةَ مِنَ خَبْرِ السَّمَاءِ بِمَا يَحْدُثُ اللَّهُ فِي خَلْقِهِ فَيَخْتَطِفُهَا، ثُمَّ يَهْبِطُ بِهَا إِلَى الأَرْضِ، فَيَقْذِفُهَا إِلَى الكَاهِنِ، فَإِذَا قَدْ زَادَ كَلِمَاتٍ مِنْ عِنْدِهِ، فَيَخْلُطُ الحَقَّ بِالبَاطِلِ، الشَّرْحُ:

الاحتمال، وكان هذا باعتبار أنَّ المستفاد من قوله «فإذا قد زاد» أنَّ الكاهن يزيد في خبره كلمات من عنده، فيكون الخطأ فيه باعتبار هذا الخلط.

ولكن لا يخفى أنَّ ظاهر قوله: «فإذا قد زاد» ظاهره بيان وجه خطأ خبر الكاهن بالحوادث المستقبلية، وأنَّ الخطأ فيه باعتبار ما زاده الكاهن من عنده، لا الكلمة التي ألقاها إليه شيطانه من خبر السماء، ولا يرجع إلى بيان وجه خطئه في مطلق إخباره حتى بالحوادث الماضية التي يمكن أن يكون منشأ خبره بها فراسه عينه أو ذكاء قلبه. ويكون إطلاق الكاهن عليه باعتبار أنَّ الإخبار بتلك الحوادث فقط نوع من الكهانة في مقابل الكهانة الكاملة المنتفية، بعد منع الشياطين عن استراق السمع؛ لأنَّ وقوع الخطأ في إخباره بهذه الحوادث يمكن أن يكون لكذب الشياطين، فإنَّهم بمنزلة الناس؛ منهم صدوق وكذوب.

وكيف كان، فقد يذكر في المقام عدم الخلاف في حرمة الكهانة، بمعنى تحصيل الاعتقاد أو الاطلاع على الحوادث بما تقدَّم، كما لا خلاف في حرمة الإخبار بها والرجوع فيها إلى الكاهن، وفي روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «من

فما أصاب الكاهن من خير ممّا كان يخبر به فهو ما أدّاه إليه شيطانه ممّا سمعه، وما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانه. واليوم إنّما تؤدّي الشياطين إلى كُهانها أخباراً للناس ممّا يتحدّثون به وما يحدثونه، والشياطين تؤدّي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث، من سارق سرق، ومن قاتل قتل، ومن غائب غاب، وهم أيضاً بمنزلة الناس صدوق وكذوب . . . الخبر».

وقوله عليه السلام : «مع قذفٍ في قلبه» يمكن أن يكون قيداً للأخير، وهو «فطنه الزوح»، فتكون الكهانه بغير قذف الشياطين، كما هو ظاهر ما تقدّم عن النّهايه. ويحتمل أن يكون قيداً لجميع الوجوه المذكوره، فيكون المراد تركّب أخبار الكاهن ممّا يقذفه الشيطان، وما يحدث في نفسه، لتلك الوجوه وغيرها، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام بعد ذلك: «زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل».

الشرح:

تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه و آله «(١)»، وفي سندها على بن أبي حمزه البطائني وهو ضعيف، ومع ذلك لا- دلالة لها على حرمه مجرد إخباره بالحوادث احتمالاً أو ظناً، مع عدم عنوان آخر معه، كاتهام مؤمن ونحوه. وفي روايه ابن إدريس في «مستطرفات السرائر» نقلاً عن كتاب «المشيخة» للحسن بن محبوب عن الهيثم، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّ عندنا بالجزيره رجلاً ربّما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك، أفنساءله؟ قال: فقال رسول الله صلى الله عليه و آله : من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب» (٢). وذكر المصنّف رحمه الله ظاهر هذه الصحيحه حرمه الإخبار عن الغائبات بالجزم، سواء كان

ص: ٤٢

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٤٩، الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.
- ٢- (٢) المصدر السابق: ١٥٠، الحديث ٣. عن مستطرفات السرائر، السرائر ٣ : ٥٩٣.

وكيف كان، ففي قوله: «انقطعت الكهانه» دلالة على ما عن المَغْرِب من أن الكهانه في العرب كانت قبل المبعث، قبل منع الشياطين عن استراق السمع. لكن قوله عليه السلام: «إنما تؤذى الشياطين إلى كهانها أخباراً للناس»، وقوله عليه السلام قبل ذلك: «مع قذف في قلبه . . . الخ» دلالة على صدق الكاهن على من لا يخبر إلا- بأخبار الأرض، فيكون المراد من الكهانه المنقطعه: الكهانه الكامله التي يكون الكاهن بها حاكماً في جميع ما يتحاكمون إليه من المشتبهات، كما ذكر في أول الروايه.

وكيف كان، فلا خلاف في حرمه الكهانه. وفي المروى عن الخصال: «من تكهن، أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه وآله». وقد تقدم روايه: «أن الكاهن كالمساحر»، «وأن تعلم النجوم يدعو إلى الكهانه». وروى في مستطرفات السرائر، عن كتاب المشيخه للحسن بن محبوب، عن الهيثم، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الشرح:

بالكهانه أو بغيرها؛ لدلالاتها على أن المخبر بها ساحر أو كاهن أو كذاب والكل حرام.

وفيه: أولاً: أن الروايه ضعيفه لا صحيحه، فإن رواه كتاب الحسن بن محبوب لابن إدريس مجهولون لنا.

ثانياً: أن ظاهرها حرمه تصديق قول الكاهن، والتصديق في الأمارات الموهومه أو المعتبره ظاهره التصديق العملي، أى ترتيب الأثر على قوله، كاتهام شخص بالسرقة أو بالقتل ونحوهما. وأما نفس إخبار الكاهن فلا دلالة للروايه على حكمه أصلاً.

والحاصل: أنه لا اعتبار بإخبار الكاهن ولا يثبت به كون فلان سارقاً أو كون شيء ملكاً لفلان أو غير ذلك، ولا يجوز اتّهام مؤمن به. وأمّا غير ذلك كالإخبار بحادثه ماضياً أو مستقبلاً فإن حصل الاعتماد بها جزماً أو ظناً فيصح الإخبار بها جزماً أو ظناً، ومع عدم الاعتقاد يدخل الإخبار بها في الكذب موضوعاً أو حكماً على ما تقدم، من

إنَّ عندنا بالجزيره رجلاً ربّما أخبر من يأتيه يسأله عن الشّيء يسرق، أو شبه ذلك، فنسأله؟ فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدّقه فيما يقول، فقد كفر بما أنزل الله من كتاب، الخبر».

وظاهر هذه الصّريحه أنّ الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرّم مطلقاً، سواء كان بالكهانه أو غيرها، لأنّه عليه السلام جعل المخبر بالشّء الغائب بين السّاحر والكاهن والكذاب، وجعل الكلّ حراماً.

ويؤيّدّه التّهي في النبوى المرويّ في الفقيه في حديث المناهى أنّه صلى الله عليه و آله نهى عن إتيان العرّاف، وقال: «من أتاه وصدّقه فقد برئ ممّا أنزل الله على محمد صلى الله عليه و آله». وقد عرفت من النّهايه أنّ المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن ويخصّ باسم العرّاف. ويؤيّد ذلك: ما تقدّم في روايه الاحتجاج من قوله عليه السلام: «لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحى... الخ»، فإنّ ظاهره كون ذلك مبغوضاً للشّارع من أيّ سبب كان، فتيين من ذلك أنّ الإخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها من غير النّظر في بعض ما صحّ اعتباره كبعض الجفر والرّمّل محرّم. ولعلّه لذا عدّ صاحب المفاتيح من المحرّمات المنصوصه: الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم لغير نبى، أو وصى نبى، سواء كان بالتّنجيم، أو الكهانه، أو القيافه، أو غير ذلك.

[المسأله] العشرون: اللهو حرام [١]، على ما يظهر من المبسوط والسّرائر الشّرح:

غير فرق بين كون المنشأ للاعتقاد الحدس أو الرّمّل أو الجفر أو غير ذلك.

وما يظهر من المصنّف رحمه الله من حرمة النظر والتأمّل لاستظهار الحوادث في غير الرّمّل والجفر، كما ترى.

[١] يظهر من جماعه حرمة اللهو مطلقاً، ويستدلّ على ذلك بوجوه:

الأول: إيجاب التمام على من يكون سفره للصيد تنزّهاً، وقد ذكر في بعض ما

والمعتبر والقواعد والذكري والجعفريه وغيرها، حيث عللوا لزوم الإتمام في سفر الصيد بكونه محرماً من حيث اللهو. قال في المبسوط: السيفر على أربعة أقسام وذكر الواجب والتدب، والمباح ثم قال: الرابع: سفر المعصيه، وعدّ من أمثلتها من طلب الصيد للهو والبطر، ونحوه بعينه عبارته السرائر. وقال في المعبر: قال علماؤنا: اللاهى بسفره كالمتنزه بصيده بطراً، لا يترخص، لنا أنّ اللهو حرام فالسفر له معصيه، انتهى.

وقال في القواعد: الخامس من شروط القصر: إباحه السيفر، فلا يترخص العاصى بسفره كتابع الجائر والمتصيد لهواً، انتهى. وقال في المختلف في كتاب المتاجر: الشرح:

يدلّ عليه من الروايات: «إنما خرج في لهو لا يقصر»^(١)، ولكن هذا الوجه غير تام؛ لعدم الملازمه بين وجوب التمام وحرمة السفر، وقد تقدّم الكلام في ذلك سابقاً، وقلنا: إنّه يظهر من بعض الأصحاب أنّ السفر للصيد تنزهاً وبطراً من أفراد السفر للمعصيه، ولكنّه غير صحيح.

الوجه الثانى: روايه الأعمش الوارده فى الكبائر^(٢)، فإنّ من الوارد فيها الملاهى التى تصدّ عن ذكر الله عز وجل، كالغناء وضرب الأوتار، وذكر الغناء مثلاً- للملاهى قرينه على أنّها جمع الملهى مصدر ميمى أو الملهى وصف من باب الإفعال، لا جمع الملهاه اسم الآله، فتكون ظاهره فى حرمة اللهو، وحملها على جمع اسم الآله وتقييد الغناء بكونه مقارناً باستعمال تلك الآلات حتى يصحّ مثلاً للجمع من اسم الآله بلا قرينه غير ممكن. نعم، الروايه ضعيفه سنداً، فلا يمكن الاعتماد عليها.

ص: ٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ٨ : ٤٧٨، الباب ٩ من أبواب صلاه المسافر، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه: ١٥:٣٣١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦.

حرّم الحلبي الرّمي عن قوس الجلاهق، قال: وهذا الإطلاق ليس بجيد، بل ينبغي تقييده باللّهُو والبطر. وقد صرّح الحلبي في مسأله اللّعب بالحمام بغير رهان بحرّمته، وقال: إنّ اللّعب بجميع الأشياء قبيح وردّه بعض: بمنع حرّمه مطلق اللّعب. وانتصر في الرّياض للحلبي بأنّ ما دلّ على قبح اللّعب، وورد بذمّه من الآيات والرّوايات أظهر من أن يخفى، فإذا ثبت القبح ثبت النّهى، ثم قال: ولولا شذوذه بحيث كاد أن يكون مخالفاً للإجماع لكان المصير إلى قوله ليس بذلك البعيد، انتهى.

ولا يبعد أن يكون القول بجواز خصوص هذا اللّعب، وشذوذ القول بحرّمته مع دعوى كثره الرّوايات، بل الآيات على حرّمه مطلق اللّهُو، لأجل النّصّ على الجواز فيه في قوله عليه السلام: «لا بأس بشهادته من يلعب بالحمام». واستدلّ في الرّياض أيضاً تبعاً للمهدّب على حرّمه المسابقه بغير المنصوص على جوازه بغير عوض، بما دلّ على تحريم اللّهُو واللّعب، قال: لكونها منه بلا تأمل، انتهى.

الشرح:

الوجه الثالث: روايه «العيون»^(١)، حيث عدّ فيها من الكبائر «الاشتغال بالملاهي».

وفيه: أنّ ظاهر الملاهي بلا قرينه هو الجمع من اسم الآله، والاشتغال بها عبارته عن اللّهُو بها، ولا شبهه في حرّمه استعمال تلك الآلات، وإنّما الكلام في المقام في حرّمه مطلق اللّهُو. هذا مع أنّ في سند الروايه ضعف، كما تقدم سابقاً.

الوجه الرابع: ما ورد في بعض روايات حرّمه القمار من قوله: «كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر»^(٢)، ولكنّ العموم بظاهره لا يمكن الأخذ به، فإنّ لازمه حرّمه

ص: ٤٦

١- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ : ١٢٥ ١٢٦، وعنه في الوسائل ١٥ : ٣٢٩، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣١٥، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥.

والأخبار الظاهرة في حرمه اللّهُ كثيره جداً:

منها: ما تقدّم من قوله في روايه تحف العقول: «وما يكون منه وفيه الفساد محضاً، ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصّلاح، فحرام تعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجره عليه».

ومنها: ما تقدّم من روايه الأعمش، حيث عدّ في الكبائر الاشتغال بالملاهي التي تصدّ عن ذكر الله كالغناء وضرب الأوتار، فإنّ الملاهي جمع «الملهي» مصدرًا، أو «الملهي» وصفًا، لا- «الملهاه» آله، لأنّه لا- يناسب التمثيل بالغناء. ونحوها في عدّ الاشتغال بالملاهي من الكبائر روايه العيون الوارده في الكبائر، وهي حسنه كالصّحيحه بل صحيحه.

ومنها: ما تقدّم في روايات القمار في قوله عليه السلام: «كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر».

ومنها: قوله عليه السلام في جواب من خرج في السّفر يطلب الصّيد بالبزاه والصّقور: «إنما خرج في لهو، لا يقصّر».

الشرح:

الاشتغال بالأفعال التي لا يكون الإنسان مع الاشتغال بها متذكراً لله تعالى، وحمله على غير ظاهره يحتاج إلى قرينه معينه. وكذا لا دلالة فيما ورد في أنّ لهو المؤمن من الباطل، فإنّه لا ظهور للباطل في الحرمه.

والمتحصّل أنّه ليس في البين ما يمكن الاعتماد عليه في تحريم مطلق اللّهُ. نعم لا كلام في حرمه اللّهُ باستعمال الآلات المعدّه له من ضرب الأوتار وغيرها. هذا بالإضافة إلى اللّهُ، وأمّا اللعب فقد تقدّم أنّه أيضاً بإطلاقه غير محرم، بل المحرّم اللعب بالآلات المعدّه للقمار أو بغير تلك الآلات ولكن مع الرهن. ولا يبعد أن يعمّ اللعب مثل أفعال الأطفال الناشئه عن غير القوى الشهوويه، بخلاف اللّهُ، فإنّه يختصّ

ومنها: ما تقدّم في روايه الغناء في حديث الرّضا عليه السلام في جواب من سأله عن السّماع، فقال: «إن لأهل الحجاز فيه رأياً وهو في حيز اللّهُو».

وقوله عليه السلام في ردّ من زعم أنّ النّبي صلى الله عليه وآله رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم . . . الخ: «كذبوا، إنّ الله يقول: «لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهَوْاً لَاتَّخَذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا . . .» إلى آخر الآيتين».

ومنها: ما دلّ على أنّ اللّهُو من الباطل بضميمه ما يظهر منه حرمه الباطل، كما تقدّم في روايات الغناء. ففي بعض الروايات: «كلّ لهو المؤمن من الباطل ما خلا ثلاثه: المسابقه، وملاعبه الرّجل أهله . . . الخ».

وفي روايه على بن جعفر عليه السلام، عن أخيه، قال: «سألته عن اللّعب بالأربعة عشر وشبهها، قال: لا نستحبّ شيئاً من اللّعب غير الرّهان والرّمى». إلى غير ذلك ممّا يقف عليه المتتبع.

ويؤيده أنّ حرمه اللّعب بالآلات اللّهُو الظاهر أنّه من حيث اللّهُو، لا من حيث خصوص الآله.

ففي روايه سماعه: «قال أبو عبدالله عليه السلام: لَمَّا مات آدم شمت به إبليس وقابيل، فاجتمعا في الأرض فجعل إبليس وقابيل المعازف والملاهي شماته بآدم على نبينا الشّرح:

بالأفعال التي يكون الداعي إليها تلك القوى؛ ولذا ذكر سبحانه في قوله: «أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوٌ وَزِينَةٌ وَتَفَاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَتَكَاثُرٌ فِي الْأَمْوَالِ» (١)، اللّعب أولاً، واللّهُو ثانياً، والزينة والتفاخر بالأموال والأولاد ثالثاً. ونظير اللّهُو اللغو، بل لا يبعد ترادفهما، وأنّه لا حرمه فيه حتى يندرج في أحد العناوين المحرّمه، كالغناء والقمار ونحوهما كما لا يخفى.

ص: ٤٨

وآله وعليه السَّلام، فكلُّ ما كان فى الأرض من هذا الضَّرب الذى يتلذَّذ به النَّاس فإنَّما هو من ذلك» فإنَّ فيه إشارة إلى أنَّ المناط هو مطلق التَّلهى والتلذَّذ. ويؤيِّده ما تقدّم من أنَّ المشهور حرمة المسابِّقه على ما عدا المنصوص بغير عوض، فإنَّ الظَّاهر أنَّه لا وجه له عدا كونه لهوًّا وإن لم يصرِّحوا بذلك عدا القليل منهم، كما تقدّم. نعم، صرَّح العلامة فى التَّذكره بحرمة المسابِّقه على جميع الملاعب كما تقدّم نقل كلامه فى مسألة القمار.

هذا، ولكن الإشكال فى معنى اللُّهو، فإنَّه إن أُريد به مطلق اللُّعب كما يظهر من الصِّحاح والقاموس، فالظَّاهر أنَّ القول بحرمة شاذٍّ مخالف للمشهور والسيره، فإنَّ اللُّعب هى الحركة لا لغرض عقلائي، ولا خلاف ظاهراً فى عدم حرمة على الإطلاق.

نعم، لو حُصَّ اللُّهو بما يكون عن بَطَرٍ وفَسِيرٍ بشدَّة الفرح كان الأقوى تحريمه، ويدخل فى ذلك الرُّقص والتَّصفيق، والضَّرب بالطَّشت بدل الدَّف، وكلُّ ما يفيد فائده آلات اللُّهو. ولو جعل مطلق الحركات التى لا يتعلَّق بها غرض عقلائي مع انبعاثها عن القوى الشَّهوية، ففى حرمة تردد.

واعلم أنَّ هنا عنوانين آخرين: اللُّعب واللُّغو. أمَّا اللُّعب، فقد عرفت أنَّ ظاهر بعضٍ ترادفهما، ولكن مقتضى تعاطفهما فى غير موضع من الكتاب العزيز تغايرهما. ولعلَّهما من قبيل الفقير والمسكين إذا اجتمعاً افترقا، وإذا افترقا اجتمعاً. ولعلَّ اللُّعب يشمل مثل حركات الأطفال الغير المنبعثه عن القوى الشَّهوية. واللُّهو ما تلتذَّذ به النَّفس، وينبعث عن القوى الشَّهوية. وقد ذكر غير واحد أنَّ قوله تعالى: «أَتَمَّا الْحَيَاة الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوَ وَزِينَةٌ» الآية، بيان ملاذِّ الدُّنيا على ترتيب تدرِّجه فى العمر، وقد جعلوا لكلِّ واحد منها ثمان سنين.

وكيف كان، فلم أجد من أفتى بحرمة اللُّعب عدا الحلِّى على ما عرفت من

كلامه، ولعله يريد اللّهُ، وإلا فالأقوى الكراهه. وأما اللغو، فإن جعل مرادف اللّهُ كما يظهر من بعض الأخبار كان في حكمه.

ففي روايه محمد بن أبى عبّاد المتقدّمه عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: «أَنَّ السِّمَاعَ فِي حَيْزِ اللّٰهُوِ وَالْبَاطِلِ، أَمَا سَمِعْتَ قَوْلَ اللّٰهِ. تَعَالَى: «وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا»». ونحوها روايه أبى أيوب، حيث أراد باللغو الغناء مستشهداً بالآيه. وإن أُريد به مطلق الحركات اللاغيه، فالأقوى فيها الكراهه.

وفي روايه أبى خالد الكابلي، عن سيد السّاجدين عليه السلام، تفسير الذنوب التي تهتك العِصم بشرب الخمر، واللّعب بالقمار، وتعاطى ما يُضحك النَّاسَ مِنَ اللّغْوِ وَالْمَزَاحِ، وذكر عيوب النَّاسِ. وفي وصيه النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لِأَبِينُورِضَى اللهُ عَنْهُ: «إِنَّ الرَّجُلَ لِيَتَكَلَّمَ بِالْكَلِمَةِ فَيُضْحِكُ النَّاسَ فِيهِوَى مَا بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ».

[المسألة] الحادي عشر والعشرون: مدح من لا يستحق المدح [١]، أو يستحق الذم. ذكره العلامة في المكاسب المحرّمه، والوجه فيه واضح من جهه قبحه عقلاً. ويدلّ

الشرح:

[١] ذكر العلامة في المكاسب المحرّمه مدح من لا يستحق المدح، وذكر المصنّف رحمه الله في وجه حرّمته حكم العقل بقبحه، المستكشف منه حرّمته شرعاً بقاعده الملازمه.

أقول: لم يحرز حكم العقل بالقبح على مجرّد المدح، كما لا دلالة على حرّمته في آيه النهي عن الركون إلى الظالم؛ لأنّ مجرّد المدح ليس من الركون إليه، وإن كان يظهر ذلك من صاحب «الوسائل» رحمه الله، حيث أورد في باب حرمه مدح الظالم ما يكون متضمناً للآيه، بل لو كان مجرّد المدح ركوناً لكان محرّماً ولو كان الجائر مستحقاً له ببعض أعماله.

وأما النبوى: «ومن عظم صاحب دنيا وأحبّه لطمع دنياه سخط الله عليه، وكان

عليه من الشّرع قوله تعالى: «ولا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ».

وعن النّبي صلى الله عليه وآله فيما رواه الصّيدوق: «من عَظُمَ صاحب الدنيا وأحَبّه طمعاً في دنياه سخط الله عليه، وكان في درجته مع قارون في التّابوت الأسفل من النّار».

وفي النّبوي الآخر الوارد في حديث المناهى: «من مدح سلطاناً جائراً أو تخفّف وتضعف له طمعاً فيه كان قرينه في النار». ومقتضى هذه الأدلّة حرمه المدح طمعاً في الممدوح، وأما لدفع شرّه فهو واجب.

وقد ورد في عدّه أخبار: «أنّ شرار النّاس الذين يكرمون اتقاء شرّهم».

[المسألة] الثانيه والعشرون: معونه الظالمين في ظلمهم حرام [١] بالأدلّة

الشّرح:

في درجته مع قارون في التابوت الأسفل من النار (١)، فضيف سنداً وباطل مضموناً؛ لجواز تعظيم المزبور وعدم كونه موجباً لعقاب فضلاً عن العقاب الوارد فيه. وأمّا النّبوي الآخر: «من مدح سلطاناً جائراً وتخفّف وتضعف له طمعاً فيه كان قرينه في النار» (٢)، فمدلوله حرمه التواضع والتخاذل للسلطان الجائر طمعاً فيه وإن كان مستحقاً للمدح ببعض أعماله، ولعلّ حرمة باعتبار كون التواضع له ترويحاً وتشيداً لسلطانه.

وكيف كان، فلو انطبق على مدح من لا يستحقّ مدحاً عنوان محرّم كعنوان الكذب، كما إذا سرد له أشعاراً تتضمّن مدائح على خلاف الواقع كان محرّماً وأخذ المال بها أكلاً له بالباطل، وكذا فيما انطبق عليه عنوان ترويح الباطل ونحوه كما لا يخفى.

[١] ذكر رحمه الله في المقام أموراً ثلاثة:

ص: ٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨١، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٨٣، الباب ٤٣، الحديث الأول.

الأربعه، وهو من الكبائر، فعن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس، قال: «قال عليه السلام: من مشى إلى ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام». قال: «وقال عليه السلام: إذا كان يوم القيامة ينادى مناد: أين الظلمه، أين أعوان الظلمه، أين أشباه الظلمه حتى من يرى لهم قلماً أو لاق لهم دواءً، فيجتمعون في تابوت من حديد، ثم يرمى بهم الشرح:

الأول: إعانه الظالم على ظلمه.

الثاني: كون الشخص من أعوان الظلمه، وكلّ منهما محكوم بالحرمة، بل قيل: إنّ إعانه الظالم على ظلمه من الكبائر، كما هو ظاهر روايه ورام بن أبي فراس، قال «قال عليه السلام: من مشى إلى ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم، فقد خرج عن الإسلام»^(١)، ولكن ضعفها بالإرسال وعدم دلالتها على خصوص الإعانه على الظلم، وشمولها لإعانه الظالم ولو على فعله المباح مانع عن الاعتماد عليها.

نعم، ورد كونها كبيره في روايتي الأعمش والفضل بن شاذان الواردتين في تعداد الكبائر^(٢)، وفيهما أيضاً ضعف كما تقدّم، ولكن حرمتها مسلّمه وتدلّ عليها الروايات الكثيره. منها: صحيحه عبدالله بن سنان، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: من أعان ظالماً على مظلوم لم يزل الله عليه ساخطاً حتى ينزع عن معونته»^(٣)، وقريب منها غيرها.

وما ذكرناه في مسأله بيع العنب ممّن يعلم أنه يصنعه خمراً من عدم الحرمة لمجرد إعانه الغير على الحرام الصادر منه، بل المحرّم هو التعاون على الحرام، بأن يجتمع اثنان أو أكثر على إيجاد الحرام، بأن يصدر ذلك الحرام عن مجموعهم،

ص: ٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٢٩ و ٣٣١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣، ٣٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦ : ٥٧، الباب ٨٠ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٥.

فى جهنم». وفى النبوى صلى الله عليه و آله : «من علق سوطاً بين يدى سلطان جائر جعلها الله حيةً طولها سبعون ألف ذراع، فيسلطها الله عليه فى نار جهنم خالداً فيها مخلداً». وأما معونتهم فى غير المحرمات، فظاهر كثير من الأخبار حرمتها أيضاً كبعض ما تقدم، وقول الصادق عليه السلام فى روايه يونس بن يعقوب : «لا تُعنهم على بناء مسجد»، وقوله عليه السلام : «ما أحب أنى عقدت لهم عقده، أو وكيت لهم وكاء وأن لى ما بين لابتيتها، لا ولا مده بقلم، إن أعوان الظلمه يوم القيامة فى سرادق من نار حتى يفرغ الله من الحساب».

الشرح:

بخلاف الإعانه التى لا يقصد المعين إلا عمله الذى يمكن للغير التوصل به إلى الحرام.

وبعبارة أخرى: الحرام يصدر عن ذلك الغير، والصادر عن المعين مقدمه من مقدمات ذلك العمل لا يجرى فى إعانه الغير على ظلمه، فإن الإعانه هذه بنفسها محرمة كمن وضع سوطاً بين يدى ظالم يريد ضرب الآخر، وفى النبوى: «ومن علق سوطاً بين يدى سلطان جائر جعلها الله حيةً طولها سبعون ألف ذراع، فيسلطه الله عليه فى نار جهنم خالداً فيها مخلداً»^(١). وكذا لا ينبغى الريب فى حرمه كون الشخص من أعوان الظلمه على تفصيل يأتى فى بحث الولاية من قبل الجائر.

الأمر الثالث: إعانه الظالم على فعله المباح، وقد يظهر من بعض الأخبار حرمتها، كروايه يونس بن يعقوب، قال: «قال لى أبو عبدالله عليه السلام : لا تعنهم على بناء مسجد»^(٢)، وفى معتبره ابن أبى يعفور عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إذ دخل عليه رجل من أصحابنا فقال: جعلت فداك، إنه ربما أصاب الرجل من الضيق أو الشده، فيدعى

ص: ٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨١، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٨٠، الحديث ٨.

لكن المشهور عدم الحرمة، حيث قيّدوا المعونه المحرّمه بكونها في الظلم. والأقوى التّحرّيم مع عدّ الشّخص من الأعوان، فإنّ مجرّد إعانتهم على بناء المسجد ليست محرّمه، إلّا أنّه إذا عدّ الشّخص معماراً للظالم أو بناءً له ولو في خصوص المساجد بحيث صار هذا العمل منصباً له في باب السّلطان كان محرّماً. ويدلّ على ذلك: جميع ما ورد في ذمّ أعوان الظّلمه.

وقول أبي عبد الله عليه السلام في روايه الكاهلي: «من سوّد اسمه في ديوان ولد سبع حشره الله يوم القيامة خنزيراً». وقوله عليه السلام: «ما اقترب عبد من سلطان جائر إلّا تباعد من الله».

الشرح:

إلى البناء بينه أو النهر يكرهه أو المسنّاه يصلحها له، فما تقول في ذلك؟ فقال أبو عبد الله: ما أحبّ أنّي عقدت لهم عقده أو وكيت لهم وكاء وأنّ لي ما بين لابتها لا- ولا- مده بقلم، إنّ أعوان الظلمه يوم القيامة في سراق من نار حتى يحكم الله بين العباد^(١)، ووجه اعتبارها سنداً أنّ بشيراً من مشايخ ابن أبي عمير، فيعمّه التوثيق العامّ المذكور في عدّه الشيخ^(٢) رحمه الله . والمسنّاه ما يبنى على وجه السيل ويقال له السدّ، والوكاء ما يشدّ به رأس القربه، فقوله: «ووكيت لهم وكاء»، أي أشدّ لهم رباط القربه، والواو في قوله: «وأنّ لي ما بين لا- بتيها» حاله، بمعنى أنّي لا أحبّ ما ذكر وإن كان لي في مقابله ما بين لا بتي المدينة، واللابتان تشنيه اللابيه، وهي أرض ذات أحجار سود، وكانّ المراد بهما الجبلان في ناحيتي المدينة. قوله: «ولا مده بقلم»، أي لا أحبّ أخذ المداد بقلم لهم مرّه، والسراق الخيمه.

والحاصل: أنّ المذكور في الروايه من قبيل إعانه الظالم على الفعل المباح أو

ص: ٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) العده ١ : ١٥٤.

وعن النبي صلى الله عليه وآله : «إياكم وأبواب السِّلطان وحواشيها فإنَّ أقربكم من أبواب السِّلطان وحواشيها أبعدكم عن الله تعالى».

وأما العمل له في المباحات لأجره أو تبرّعاً، من غير أن يعدّ معيناً له في ذلك، فضلاً من أن يُعدّ من أعوانه، فالأولى عدم الحرمة، للأصل وعدم الدليل عدا ظاهر بعض الأخبار، مثل روايه ابن أبي يعفور، قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أصحابنا فقال له: جعلت فداك، ربّما أصاب الرّجل منّا الضّيق والشّدّه فيدعى إلى البناء بينه، أو النّهر يكرّيه، أو المسنّاه يصلحها، فما تقول في ذلك؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما أحبّ أنّي عقدت لهم عقده أو وكيت لهم وكاء وأنّ لى ما بين لابتيتها... إلى آخر ما تقدّم».

الشرح:

على ما يعمّه، وفي معتبره السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمه، ومن لاق لهم دواه، أو ربط كيساً، أو مدّ لهم مده قلم؟ فاحشروهم معهم»^(١).

وروايه محمد بن عذافر عن أبيه قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: يا عذافر، ثبتت أنّك تعامل أبا أيوب والربيع، فما حالك إذا نودى بك في أعوان الظلمه؟ قال: فوجم أبى، فقال أبو عبدالله عليه السلام لَمّا رأى ما أصابه: أى عذافر، إنّما خوّفتك بما خوّفتنى الله عز وجل به، قال محمّد: فقدم أبى فما زال مغموماً مكروباً حتى مات»^(٢).

وروايه صفوان بن مهران الجمّال، ولا يبعد كونها موثّقه، قال: «دخلت على أبي الحسن الأوّل عليه السلام، فقال لى: يا صفوان، كلّ شيء منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً، قلت: جعلت فداك، أى شيء؟ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل، يعنى

ص: ٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨٠، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٧٨، الحديث ٣.

وروايه محمد بن عذافر عن أبيه، قال: «قال لي أبو عبدالله عليه السلام: يا عذافر بلغني أنك تعامل أبا أيوب وأبا الربيع، فما حالك إذا نودي بك في أعوان الظلمة؟ قال: فوجم أبي، فقال له أبو عبدالله عليه السلام لَمَّا رأى ما أصابه: أي عذافر إنما خوِّفتك بما خوِّفني الله عز وجل به. قال محمد: فقدم أبي فما زال مغموماً مكروباً حتى مات.»

وروايه صفوان بن مهران الجمال، قال: «دخلت على أبي الحسن الأول عليه السلام، فقال لي: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً، فقلت: جعلت فداك، أي شيء؟ قال عليه السلام: إكراؤك جمالك من هذا الرجل يعني هارون قلت: والله ما أكريته أشراً ولا بطراً ولا لصيد ولا للهو، ولكن أكريته لهذا الطريق يعني طريق مكة ولا أتولاه بنفسي ولكن أبعث معه غلماناً. فقال لي: يا صفوان، أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم، جعلت فداك. قال: أتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ الشرح:

هارون، قلت: والله ما أكريته أشراً ولا بطراً ولا للصيد ولا للهو، ولكنني أكريته لهذا الطريق، يعني طريق مكة، ولا أتولاه بنفسي، ولكنني أبعث معه غلماناً، فقال لي: يا صفوان، أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، قال: فقال لي: أتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحب بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم ورد النار...» (١).

ولكن ظاهر هذه جواز المعاملة وإعانتهم على الفعل المباح، وذلك فإنه لو كانت معاملته الجائر حراماً، لم يكن وجه لقوله عليه السلام: «أيقع كراؤك عليهم، وأتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك، بل كان المتعين أن يقول عليه السلام: إن الإكراء منهم حرام حتى فيما إذا لم يكن للهو والبطر. وعدوله عليه السلام عن ذلك إلى ما في الرواية قرينه واضح

ص: ٥٦

قلت: نعم. قال: من أحبّ بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم كان وروده إلى النار. قال صفوان: فذهبت وبعث جمالي عن آخرها، فبلغ ذلك إلى هارون، فدعاني فقال لي: يا صفوان، بلغني أنك بعث جمالك؟ قلت: نعم. قال: ولم؟ قلت: أنا شيخ كبير، وأنّ الغلمان لا يقومون بالأعمال. فقال: هيهات هيهات، إنّي لأعلم من أشار عليك بهذا، إنّما أشار عليك بهذا موسى بن جعفر. قلت: ما لي ولموسى بن جعفر. قال: دع هذا عنك، والله لولا حسن صحبتك لقتلتك». وما ورد في تفسير الركون إلى الظالم: من أنّ الرّجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه، وغير ذلك ممّا ظاهره وجوب التجنّب عنهم.

ومن هنا لمّا قيل لبعض: إنّي رجل أخيط للسلطان ثيابه، فهل تراني بذلك داخلاً في أعوان الظلمة؟ قال له: المعين من يبيعك الإبر والخيوط، وأمّا أنت فمن الظلمة أنفسهم.

الشرح:

على أنّ وجه النهي عن المعامله هو حبّ الشخص بقاءهم، ومن الظاهر أنّ هذا النحو من الحبّ المذموم هو في الحقيقة حبّ لاستيفاء حقّه منه لا- يكون محرّماً، خصوصاً فيما إذا علم أنّه على تقدير ذهاب هذا الظالم يخلفه ظالم آخر مثله أو أخبث منه. وكيف كان، فالمستفاد من الروايه كون التجنّب عن الجائر أولى.

لا يقال: ينافيه قوله عليه السلام: «ومن أحبّ بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم فقد ورد النار»، حيث إنّ مقتضاه كون هذا القسم من الحبّ أيضاً محرّماً.

فإنّه يقال: ذكر ذلك في الروايه باعتبار إمكان كون الحبّ المفروض فيها منشأً للحبّ الذي يسلك الشخص به في عداد الجائرين، فيدخل النار.

ومثل ذلك ما في معتبره ابن أبي يعفور، حيث إنّ التعبير فيها بقوله عليه السلام: «ما أحبّ» لا دلالة فيه على الحرمة، وما في ذيلها من أنّ أعوان الظلمه يوم القيامة في

وفى روايه سليمان الجعفرى المرويه عن تفسير العياشى : «أَنَّ الدَّخُولَ فِي أَعْمَالِهِمْ، وَالْعَوْنَ لَهُمْ، وَالسَّيِّئِ فِي حَوَائِجِهِمْ عَدِيلُ الْكُفْرِ، وَالنَّظْرُ إِلَيْهِمْ عَلَى الْعَمَدِ مِنَ الْكِبَائِرِ الَّتِي يَسْتَحِقُّ بِهَا النَّارَ».

لكن الإنصاف: أنَّ شيئاً ممَّا ذكر لا ينهض دليلاً لتحريم العمل لهم على غير جهه المعونه.

أما الروايه الأولى، فلأنَّ التَّعبير فيها فى الجواب بقوله: «ما أُحِبُّ» ظاهر فى الكراهه. وأمَّا قوله عليه السلام: «إِنَّ أَعْوَانَ الظَّلمه . . . الخ»، فهو من باب التَّنبيه على أنَّ القرب إلى الظَّلمه والمخالطه معهم مرجوح، وإلاَّ فليس من يعمل لهم الأعمال المذكوره فى السُّؤال خصوصاً مرّه أو مرّتين، خصوصاً مع الاضطراب معدوداً من أعوانهم. الشَّرْح:

سرادق من النار لا- يصلح أن يكون قرينه على الحرمة؛ لأنَّ الشخص لا يدخل بالمفروض فى الروايه فى عنوان أعوان الظلمه، فيكون ذكره باعتبار أنَّه ربّما يترتب على التقرّب إلى أبوابهم بمثل ما ذكر من الأعمال الدخول فى ذلك العنوان الموجب لاستحقاق النار.

وما فى معتبره السكونى: «إذا كان يوم القيمه نادى مناد أين أعوان الظلمه ومن لاق لهم دواه أو ربط كيساً»^(١) محمول بقرينه روايه صفوان وغيرها على كون ربط الكيس ونحوه من إعانتهم على الظلم، كما إذا كان ما فى الكيس من أموال الجور. ويحمل مثل روايه يونس بن يعقوب الوارد فيها النهى عن إعانتهم على بناء المسجد على صورته ترويج أمرهم وتشديد سلطانهم، فلا يمكن التعدى إلى مثل بيع الطعام منه لسدّ جوعه وعياله، فإنَّ جواز مثل هذه المعامله والإعانه لعلّه من الضروريات.

ص: ٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٨٠، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

وكذلك يقال في روايه عذافر، مع احتمال أن تكون معامله عذافر مع أبي أيوب وأبي الربيع على وجه يكون معدوداً من أعوانهم وعمّالهم.

وأما روايه صفوان، فالظاهر منها أن نفس المعامله معهم ليست محرّمه، بل من حيث محبّه بقائهم وإن لم تكن معهم معامله، ولا يخفى على الفطن العارف بأساليب الكلام أن قوله عليه السلام: «ومن أحبّ بقاءهم كان منهم» لا يراد به من أحبهم مثل محبّه صفوان بقاءهم حتّى يخرج كراؤه، بل هذا من باب المبالغه في الاجتناب عن مخالطتهم حتّى لا يفضى ذلك إلى صيرورتهم من أعوانهم، وأن يشرب القلب حبّهم، لأنّ القلوب مجبوله على حبّ من أحسن إليها. وقد تبين ممّا ذكرنا: أن المحرّم من العمل للظلمه قسماً:

أحدهما: الإيعانه لهم على الظلم.

والثاني: ما يعدّ معه من أعوانهم، والمنسويين إليهم، بأن يقال: هذا خياط السيلطان، وهذا معماره. وأمّا ما عدا ذلك فلا دليل معتبر على تحريمه.

[المسأله] الثالثه والعشرون: النجش بالنون المفتوحه [١] والجيم الساكنه أو الشرح:

[١] النجش بفتح النون، وسكون الجيم أو فتحها أيضاً هي الزياده في ثمن المتاع ممّن لا يريد شراءه لغرض إيهاام السامع المرید لشرائه حتى يزيد بزيادته، كان ذلك بالمواطاه مع البائع أو بدونها، وذكر المصنّف رحمه الله أن حرّمته مقتضى حكم العقل والنقل، فإنّه قد ورد النهي عنه بقوله صلى الله عليه وآله: «ولا تناجشوا» (١) كما ورد اللعن في النبوي الآخر (٢) على الناجش والمنجوش له. واستقلال العقل بقبحه باعتبار كونه غشاً وتليساً وإضراراً، فتتمّ حرّمته بالملازمه.

وفيه: أنّه لا دليل على حرّمه مجرد التليس ما لم يكن غشاً في المعامله أو كذباً،

ص: ٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٥٩ ، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٥٩ ، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢ .

المفتوحه حرام، لما فى النبوى المنجبر بالاجماع المنقول عن جامع المقاصد والمنتهى من لعن الناجش والمنجوش له.

وقوله صلى الله عليه و آله : «ولا- تناجشوا». ويدل على قبحه: العقل، لأنه غش وتلييس وإضرار. وهو كما عن جماعه: أن يزيد الرّجل فى ثمن السلعه وهو لا يريد شراءها، ليسمعه غيره فيزيد لزيادته بشرط المواطاه مع البائع، أو لا بشرطها، كما حكى عن بعض. وحكى تفسيره أيضاً بأن يمدح السلعه فى البيع لينفقها ويروجها، لمواطاه بينه وبين البائع أولاً معها. وحرمة بالتفسير الثانى خصوصاً لا مع المواطاه يحتاج إلى دليل، وحكى الكراهه عن بعض.

[المسأله] الرابعه والعشرون: النميمه محرّمه بالأدله الأربعة [١].

الشرح:

وأما الإضرار فلا يكون إلا بشراء المشتري لا بفعل الناجش. نعم فعله يوجب غفله المشتري عن قيمه المبيع، فيوقع نفسه فى الضرر بشرائه، فيكون فعله غشاً. وتختص حرمة بما إذا كان المشتري مسلماً، وبذلك يظهر أنه لا مجال لدعوى الإجماع، فإنه على تقديره يمكن أن يكون مدرکه ما دل على حرمة الغش، لا النبوى كى يدعى أنه جابر لضعفه، هذا مع أن النبوى مختص بصوره المواطاه بقريته اللعن فيه على المنجوش له، حيث إنه لا موجب له إلا مواطاه مع الناجش.

ثم إن حرمة النجش فى صوره المواطاه لا توجب بطلان المعامله؛ لعدم اقتضاء النهى عن المعامله تكليفاً فسادها، وكذا الحال فى مدح السلعه كذباً أو لإيقاع الغير فى الضرر من جهه الغش، فإن هذا وإن كان محرماً، إلا أنه لا يوجب بطلان المعامله. وأما إذا كان المدح صدقاً فلا- وجه لحرمة، خصوصاً فيما إذا لم تكن فى البين مواطاه، بل لو أغمض عن سند النبوى، فشمول معنى النجش لذلك غير محرز كما لا يخفى.

[١] ذكره رحمه الله أن النميمه من الكبائر، كما هو مقتضى ورود اللعن والوعيد عليه

وهى نقل قول الغير إلى المقول فيه، كأن يقول: تكلم فلان فيك بكذا وكذا. قيل: هى من نَمَّ الحديث، من باب قتل وضرب، أى سعى به لإيقاع فتنه أو وحشه. وهى من الكبائر، قال الله تعالى: «وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ»، والنمام قاطع لما أمر الله بصلته ومفسد.

قيل: وهى المراده بقوله تعالى: «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ».

الشرح:

بالعذاب فى الكتاب المجيد، قال عز من قائل: «وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ»(١)، والنمام قاطع لما أمر الله به أن يوصل من تأليف قلوب المؤمنين وبسط المحبه فيما بينهم.

وفيه: أن ظاهر أمر الله بصلته وجوبها، ومن الظاهر عدم وجوب الصله مطلقاً، فلا- دلالة للآيه على حرمة النميمه فى غير مورد الصله الواجبه.

وبعبارة أخرى: غايه ما يستفاد من الآيه حرمة النميمه بين شخصين أو أشخاص يكون كل منهما أو منهم مكلفاً بالصله مع الآخر أو الآخرين، بل يمكن أن يقال: ظاهر الآيه حرمة قطع الصله بأن يترك الصله مع ذى رحمه، ولا نظر لها إلى النميمه أصلاً، كما أن مجرد النميمه لا- تكون فساداً فى الأرض، كما إذا أوقع الخلاف بين المتحابين من غير أن يترتب على التفرقه بينهما فساد آخر، فإن هذا الإيقاع نميمه ولكن لا يصدق عليه أنه فساد فى الأرض.

وكذا الحال فى الآيه الثانيه، فإن ظاهرها بملاحظه صدرها إيقاع الفتنة بين المؤمنين وتفريق صفوفهم فى مقابل الكفار، فإن هذا أكبر من قتل المؤمن، ولا يترتب ذلك على كل نميمه حتى تقتضى حرمتها مطلقاً، قال عز من قائل: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ

ص: ٦١

وقد تقدّم في باب السِّحْرِ قوله عليه السلام في ما رواه في الاحتجاج في وجوه السِّحْرِ: «وإن من أكبر السِّحْرِ النَّمِيمه، يفرق بها بين المتحائنين».

وعن عقاب الأعمال، عن النبي صلى الله عليه وآله: «من مشى في نميمه بين اثنين سلط الله عليه في قبره ناراً تحرقه، وإذا خرج من قبره سلط الله عليه تيناً أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار».

الشرح:

الشَّهْرُ الْحَرَامُ قِتَالٌ فِيهِ قُلٌّ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَيْدٌ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسِيحُ الْجِدِ الْحَرَامُ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» (١).

وبتعبير ثالث: لا- يكون مطلق إيقاع الخلاف بين اثنين أكبر من قتل المؤمن، والتعبير بأنها أكبر من القتل قرينه واضح على أن المراد بها الفتنة الخاصه، وهي إيقاع الخلاف والتشتت في صفوف المسلمين، بداعي تضعيفهم في مقابل الكفار. ويستدل أيضاً على حرمتها بقوله سبحانه: «هَمَّازٌ مَشَاءٌ بَنِيمٍ» (٢)، وعن السيد الخوئي رحمه الله (٣) أن مدلولها حرمة المبالغه في النميمه ولا تدل على حرمة أصلها.

وفيه: أنه لا- دلالة لها على حرمتها أصلاً لا- مع المبالغه ولا بدونها، بل هي وارده في بيان حكم آخر، وهو عدم جواز الاتباع والطاعة للحلاف الهماز المشاء بنميم، مناع للخير معتد أثيم.

نعم، لا ينبغي الريب في حرمتها مطلقاً، ويكفي في إثباتها الروايات، كصحيحه على بن جعفر عن أبي الحسن موسى عليه السلام، قال: «حرمت الجئه على ثلاثه: النمام، ومدمن الخمر، والديوث وهو الفاجر» (٤)، وصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام

ص: ٦٢

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢١٧.

٢- (٢) سورة القلم: الآيه ١١.

٣- (٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٥٢٠.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢ : ٣٠٨، الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩.

وقد استفاضت الأخبار بعدم دخول النمام الجنه. ويدل على حرمتها مع كراهه المقول عنه لإظهار القول عند المقول فيه جميع ما دل على حرمة الغيبه، ويتفاوت عقوبته بتفاوت ما يترتب عليها من المفاسد. وقيل: إن حدّ التميمه [١] بالمعنى الأعم كشف ما يكره كشفه سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث، وسواء كان الكشف بالقول أم بغيره من الكتابه والرّمز والإيماء، وسواء كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال، سواء كان ذلك عيباً ونقصاناً على المنقول عنه أم لا، بل حقيقه التميمه إفشاء السرّ، وهتك السرّ عمّا يكره كشفه، انتهى موضع الحاجه.

ثم إنه قد يباح ذلك لبعض المصالح التي هي آكد من مفسده إفشاء السرّ، كما تقدّم في الغيبه، بل قيل إنها قد تجب لإيقاع الفتنة بين المشركين، لكن الكلام في التميمه على المؤمنين.

[المسألة] الخامسة والعشرون: النوح بالباطل [٢]، ذكره في المكاسب المحرّمه الشرح:

قال: «الجنه محرّمه على القتاتين المشائين بالتميمه» (١).

[١] لا عبره في صدق التميمه بكراهه الكشف، بل المعيار في صدقه نقل ما يكون وقيعه بين المنقول عنه والمنقول إليه.

[٢] لا- ينبغى الرب في جواز النياحه على الميت ما لم تكن باطله، أي مدحاً كذباً، فإنّها مع كونها مقتضى الأصل فيجوز أخذ الأجره عليها، نظير سائر الأعمال المحلله، يدلّ عليه ما ورد في جواز أخذ الأجره عليها، وفي صحيحه أبي بصير، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: لا بأس بأجر النائحه التي تنوح على الميت» (٢).

ص: ٦٣

١- (١) المصدر السابق: ٣٠٦، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ١٢٧، الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

الشيخان وسالار والحلي والمحقق ومن تأخر عنه.

والظاهر حرمة من حيث الباطل يعنى الكذب، وإلا- فهو فى نفسه ليس بمحرّم وعلى هذا التفصيل دلّ غير واحد من الأخبار. وظاهر المبسوط وابن حمزه التحريم مطلقاً كـبعض الأخبار، وكلاهما محمولان على المقيّد جمعاً.

الشرح:

والمراد النياحه التى لا تكون كذباً، فإنّه لا يحتمل جواز الكذب تكليفاً وجواز أخذ الأجره عليه وضعاً، بل مرسله الصدوق قال: «قال عليه السلام: لا بأس بكسب النائحه إذا قالت صدقاً»^(١)، وهذه لضعف سندها لا تصلح للتأييد. وفى خبر عذافر قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام، وسئل عن كسب النائحه؟ فقال: تستحلّه بضرب إحدى يديها على الأخرى»^(٢)، وظاهرها عدم جواز أخذ الأجره على نفس النياحه، بل تكون الأجره بإزاء عملها، أى ضرب إحدى يديها بالأخرى عند نياحتها، وهذا لضعف سنده غير صالح لمعارضه صحيحه أبى بصير.

وفى صحيحه حنان بن سدير، قال «كانت امرأه معنا فى الحى، ولها جاريه نائحه، فجاءت إلى أبى فقالت: يا عمّ، أنت تعلم أنّ معيشتى من الله ثم من هذه الجاريه، فأحبّ أنّ تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك، فإن كان حلالاً وإلاّ بعتها وأكلت من ثمنها حتى يأتى الله بالفرج، فقال لها أبى: والله إنّى لأعظم أبا عبدالله عليه السلام أن أسأله هذه المسأله، قال: فلمّا قدمنا عليه أخبرته أنا بذلك، فقال أبو عبدالله عليه السلام: أتشارط؟ فقلت: والله ما أدري تشارط أم لا، فقال: قل لها لا تشارط وتقبل ما أعطيت»^(٣).

ص: ٦٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧:١٢٨، الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، الفقيه ٣: ٩٨، الحديث ٣٧٨.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٢٦، الحديث ٤.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث ٣.

[المسألة] السادسة والعشرون: الولايه من قبل الجائر [١] وهى صيرورته والياً على قوم منصوباً من قبله محرّمه، لأنّ الوالى من أعظم الأعوان. ولما تقدّم فى روايه تحف العقول، من قوله: «وأما وجه الحرام من الولايه: فولايه الوالى الشرح:

وهذه الصحيحه فى نفسها ظاهره فى كراهه المقاطعه، فإنّه مع كون النياحه مباحه فلا بأس بالمشارطه، ولا أقلّ من حملها عليها جمعاً بينها وبين صحيحه أبى بصير المتقدمه.

والحاصل: أنّه لا ينبغى التأمل فى جواز النياحه وأخذ الأجره عليها، وفى صحيحه يونس بن يعقوب عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «قال لى أبى: يا جعفر، أوقف لى من مالى كذا وكذا لنوادب تندبنى عشر سنين بمنى أيام منى» (١).

[١] التصدى للعمل من قبل الجائر حرام بلا خلاف ظاهر. ويستدلّ عليه بقوله سبحانه: «وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» (٢)، ولكن لا يخفى أنّ التولى من قبيل ركون الظالم إليه، لا من ركونه إلى الظالم. نعم مقتضى غير واحد من الروايات عدم جوازه، وفى معتبره ابن أبى يعفور عن أبى عبدالله عليه السلام: «إنّ أعوان الظلمه يوم القيامه فى سرادق من النار حتى يحكم الله بين العباد» (٣). وموثقه السكونى عن جعفر بن محمّد عن آباءه، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا كان يوم القيامه نادى مناد: أين أعوان الظلمه، ومن لاق لهم دواه أو ربط كيساً أو مدّ لهم مده قلم، فاحشروهم معهم» (٤)، وفى موثقه الأخرى: «إياكم وأبواب السلطان وحواشيها، فإنّ أقربكم من

ص: ٦٥

١- (١) المصدر السابق: ١٢٥، الحديث الأول.

٢- (٢) سوره هود: الآيه ١١٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤- (٤) المصدر السابق: ١٨٠، الحديث ١١.

الجائر، وولايه ولايته، فالعمل لهم والكسب لهم بجهه الولايه معهم حرام محرّم، معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير، لأنّ كلّ شيء من جهه المعونه له معصيه كبيره من الكبائر، وذلك أنّ في ولايه الوالى الجائر دروس الحقّ كلّ، وإحياء الباطل كلّ، وإظهار الظلم والجور والفساد، وإبطال الكتب، وقتل الأنبياء، وهدم المساجد، وتبديل سنّه الله وشرائعه، فلذلك حرم العمل معهم ومعونتهم، والكسب معهم إلّا- بجهه الضروره، نظير الضروره إلى الدّم والميته. . . الخبر». وفي روايه زياد بن أبي سلمه: «أهون ما يصنع الله عزّ وجلّ بمنّ تولّى لهم عملاً، أن الشرح:

أبواب السلطان وحواشيها أبعدهم من الله عز وجل، ومن آثر السلطان على الله أذهب الله عنه الورع وجعله حيراناً» (١). وفي روايه الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام «من سوّد اسمه في ديوان ولد سابع، حشره الله يوم القيامة خنزيراً» (٢). . . إلى غير ذلك.

وفي مقابلها ما يظهر منه أنّ حرمة من جهه الحرام الخارجيّ، وأنّه لا بأس به ما لم يكن منه التصدّي لعمل محرّم أو ارتكاب حرام آخر أثناء كونه عاملاً للجائر، كروايه داود بن زربيّ، قال: «أخبرني مولى لعلّي بن الحسين عليه السلام، قال: كنت بالكوفه فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيره، فأتيته فقلت: جعلت فداك، لو كلّمت داود بن عليّ أو بعض هؤلاء فأدخل في بعض هذه الولايات، فقال: ما كنت لأفعل إلى أن قال: جعلت فداك، ظننت أنّك إنّما كرهت ذلك مخافه أن أجور أو أظلم، وأنّ كلّ امرأه لى طالق، وكلّ مملوك لى حرّ عليّ، وعليّ إن ظلمت أحداً أو جرت عليه وإن لم أعدل، قال: كيف قلت؟ فأعدت عليه الأيمان، فرفع رأسه إلى السماء، فقال: تناول السماء

ص: ٦٦

١- (١) المصدر السابق: ١٨١، الحديث ١٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٨٠، الحديث ٩.

يضرب عليه سراق من نار إلى أن يفرغ الله من حساب الخلائق». ثم إن ظاهر الروايات كون الولاية محرّمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليها من ظلم الغير، مع أنّ الولاية عن الجائر لا تنفك عن المعصية. وربما كان في بعض الأخبار إشاره إلى كونه من جهة الحرام الخارجى. ففي صحيحه داود بن زريّ، قال: «أخبرنى مولى لعلى بن الحسين عليه السلام، قال: كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيره، فأتيته، فقلت له: جعلت فداك لو كلمت داود بن على أو بعض هؤلاء، فأدخل فى بعض هذه الولايات، فقال: ما كنت لأفعل، فانصرفت إلى منزلى فتفكرت: الشرح:

أيسر عليك من ذلك»(١). بناءً على أنّ ذلك إشاره إلى ما تعهد به السائل من عدم ظلمه أحداً، بل استمراره على العدل، فتكون الروايه ظاهره فى جواز التولّى لولا محذور الجور على الناس أو نحوه من سائر المحاذير.

ولكنّ الروايه ضعيفه سنداً وإن وصفها المصنّف رحمه الله بالصحيحه، ووجه ضعفها أنّ داود بن زريّ وإن كان من مشايخ ابن أبى عمير، إلّا- أنّ الراوى له وهو مولى على بن الحسين مجهول. واحتمال رجوع اسم الإشاره إلى ترخيص الإمام عليه السلام وتكلمه فى دخوله فى بعض الولايات لثلاث تكون لها دلالة على جواز الدخول لولا ارتكاب المحرّمات ضعيف، ووجه ضعفه عدم مناسبه ذلك لقوله عليه السلام: كيف قلت؟، ولا لإعادته الأيمان المغلّظه.

وذكر الإيروانى رحمه الله (٢) أنّه لا- دلالة فى الروايه على جواز الدخول فى ولايتهم، بل ولا إشعار حتى بناءً على رجوع لفظ ذلك إلى ترك الظلم والعدل؛ لأنّ السائل كان من

ص: ٦٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٨٨، الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب للمحقق الإيروانى ١ : ٢٥٣.

ما أحسبه أنّه منعى إلّا- مخافه أن أظلم أو أجور، واللّه لآتينه وأعطينه الطلاق والعتاق والأيمان المغلّظه أن لا أجورنّ على أحد، ولا أظلمنّ، ولأعدلنّ. قال: فأتيته، فقلت: جعلت فداك إنّي فكرت في إباءك عليّ، وظننت أنّك إنّما منعتني مخافه أن أظلم أو أجور، وإنّ كلّ امرأه لى طالق، وكلّ مملوك لى حرّ إن ظلمت أحداً، أو جرت على أحد، بل وإن لم أعدل. قال: فكيف قلت؟ فأعدت عليه الأيمان، فنظر إلى السماء، وقال: تنال هذه السماء أيسر عليك من ذلك»، بناءً على أنّ المشار إليه هو العدل، وترك الظلم، ويحتمل أن يكون هو الترخّص في الدخول.

الشرح:

العامة، كما هو مقتضى حلفه بالطلاق والعتاق، وعليه فلا يمكن للإمام عليه السلام التصريح ببطان حكومتهم، وحرمة كون الشخص معيناً؛ ولهذه الجهة عبّر عن عدم الجواز بذلك التعبير.

وفيه: أنّ حمل الكلام على رعايه التقية خلاف الأصل، والحلف بالطلاق والعتاق لا يكون قرينه على ذلك، كما يظهر ذلك لمن راجع الروايات الواردة في ذلك الحلف، حيث يظهر منها أنّ بطلانه لم يكن في ذلك الزمان ظاهراً كظهوره في زماننا.

والحاصل: أنّ مجرد الحلف في ذلك الزمان لم يكن قرينه على كون الحالف عامياً.

وصحيحه أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم فقال لي: يا أبا محمّد، لا ولا مدّه قلم، إن أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله»^(١)، حيث إنّ ظاهرها أنّ محذور كون الشخص عاملاً ما يترتب عليه من ارتكاب الحرام، أو كون الشخص معيناً على ظلمهم.

ص: ٦٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

ثم إنه يسوغ الولاية المذكوره أمران:

أحدهما: القيام بمصالح العباد [١] بلا خلاف، على الظاهر المصرح به في المحكي عن بعض، حيث قال: إن تقلد (أى تولّى) الأمر من قبل الجائر جائز إذا تمكّن معه من إيصال الحق لمستحقّه، بالإجماع والسنة الصحيحه، وقوله تعالى: «اجعلنى على خزائن الأرز» ويدل عليه قبل الإجماع: أن الولاية إن كانت محرّمه لذاتها، كان ارتكابها لأجل المصالح ودفع المفاسد التي هي أهم من مفسده انسلاك الشخص في أعوان الظلمه بحسب الظاهر، وإن كانت لاستلزامها الظلم على الغير، فالمفروض عدم تحقّقه هنا.

الشرح:

وصحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «وسألته عن رجل مسكين خدمهم رجاء أن يصيب معهم شيئاً فيعينه الله به، فمات في بعثهم، قال: هو بمنزله الأجير، إنه إنما يعطى الله العباد على نياتهم» (١).

وفيه: أن هذه الصحيحه تدل على جواز العمل لهم مع الحاجه إلى المال لقوت نفسه وعياله، سواء كان ذلك بالدخول في ولايتهم أو العمل لهم بدونه، فيحمل على الثاني بقريته ما ورد في حرمه كون الشخص في ديوانهم، مع أن في جواز الدخول في ديوانهم عند الضروره لتأمين المعاش كلام تأتى الإشارة إليه.

وأما صحيحه أبي بصير فلا دلالة لها على الجواز، حيث إن إصابتهم من دينه كما يكون بارتكابه الحرام كذلك يكون بمجرّد كونه معدوداً من أعوانهم.

والحاصل: أنه لا دلالة لها على كون المراد من إصابتهم الدين ارتكاب الشخص الحرام الخارجى كما لا يخفى.

[١] يجوز التولّى من قبل الجائر فيما إذا كان في تولّيه نفع المؤمنين أو دفع

ص: ٦٩

ويدلّ عليه: النَّبِيُّ الَّذِي رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي، قَالَ: «مَنْ تَوَلَّى عِرَافَةَ قَوْمٍ أَتَى بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَدَاهُ مَغْلُولَتَانِ إِلَى عُنُقِهِ، فَإِنْ قَامَ فِيهِمْ بِأَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى أَطْلَقَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ ظَالِمًا يَهُوِي بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ، وَبِئْسَ الْمَصِيرُ».

وعن عقاب الأعمال: «وَمَنْ تَوَلَّى عِرَافَةَ قَوْمٍ وَلَمْ يَحْسَنْ فِيهِمْ حَسَبَ عَلِيٍّ شَفِيرِ جَهَنَّمَ بِكُلِّ يَوْمٍ أَلْفَ سَنَةٍ، وَحَشْرَ وَيَدَاهُ مَغْلُولَتَانِ إِلَى عُنُقِهِ، فَإِنْ كَانَ قَامَ فِيهِمْ بِأَمْرِ اللَّهِ أَطْلَقَهُ اللَّهُ، وَإِنْ كَانَ ظَالِمًا هَوَى بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ سَبْعِينَ خَرِيفًا». وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْعَرِيفَ سَيِّمًا فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ الْجَائِرِ.

وصحيحه زيد الشحام، المحكيه عن الأمامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «مَنْ تَوَلَّى الشَّرْحَ:

الضَّرْعَ عَنْهُمْ، وَيَشْهَدُ لَذَلِكَ مِثْلَ صَحِيحِهِ عَلِيُّ بْنُ يَقْتِينٍ قَالَ: «قَالَ لِي أَبُو الْحَسَنِ مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَعَ السُّلْطَانِ أَوْلِيَاءَ يَدْفَعُ بِهِمْ عَنْ أَوْلِيَائِهِ»^(١)، فَإِنَّ مَعَ كَوْنِ الْمُتَوَلَّى مِنْ أَوْلِيَاءِ اللَّهِ لَا يَحْتَمِلُ حَرَمَهُ التَّوَلَّى.

وفي صحيحه زيد الشحام، قال: «سَمِعْتُ الصَّادِقَ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: مَنْ تَوَلَّى أَمْرًا مِنْ أُمُورِ النَّاسِ، فَعَدَلَ وَفَتَحَ بَابَهُ وَرَفَعَ سِتْرَهُ وَنَظَرَ فِي أُمُورِ النَّاسِ، كَانَ حَقًّا عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُؤْمِنَ رُوعَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَيَدْخُلَهُ الْجَنَّةَ»^(٢)، وَمِنْ الظَّاهِرِ أَنَّ تَوَلَّى الْأَمْرِ فِي مِثْلِ زَمَانِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ مِنْ قَبْلِ الْخُلَفَاءِ وَوَلَاتِهِمْ.

وذكر المصنّف رحمه الله ظهور بعض الأخبار في عدم جواز الدخول في الولايات، ولكن إيصال النفع المؤمنين كفاره له، وفي مرسله الصدوق رحمه الله «قال الصادق عليه السلام: كفّاره عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان»^(٣)، وفي روايه أبي سلمه: «يا زياد، فإنّ

ص: ٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ١٩٢، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٩٣، الحديث ٧.

٣- (٣) المصدر السابق: ١٩٢، الحديث ٣، الفقيه ٣: ١٠٨، الحديث ٤٥٣.

أمرًا من أمور النَّاسِ فعدل فيهم، وفتح بابَه ورفع ستره، ونظر في أمور النَّاسِ، كان حقًّا على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة ويدخله الجنَّة». ورواه زياد بن أبي سلمه عن موسى بن جعفر عليه السلام: «يا زياد لئن اسقط من شاهق فأتقطع قطعه قطعه أحب إليمن أن أتولَّى لأحد منهم عملاً- أو أطأ بساط رجل منهم، إلَّا لماذا؟ قلت: لا أدري، جعلت فداك. قال: إلَّا لتفريج كربه عن مؤمن، أو فكَّ أسره، أو قضاء دينه». ورواه علي بن يقطين: «إنَّ لله تبارك وتعالى مع السُّلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه». قال الصِّدوق: وفي خير آخر: «أولئك عتقاء الله من النَّار». قال: وقال الصادق عليه السلام: «كفاره عمل السُّلطان قضاء حوائج الإخوان».

وعن المقنع: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل يحب آل محمد وهو في ديوان هؤلاء، فيقتل تحت رايتهم، قال: يحشره الله على نيتته . . .» إلى غير ذلك. وظاهرها إباحة الولايه من حيث هي مع المواساه والإحسان بالإخوان، فيكون نظير الكذب في الإصلاح. وربَّما يظهر من بعضها الاستحباب، وربَّما يظهر من بعضها أنَّ الدَّخول أولاً- غير جائز إلَّا أنَّ الإحسان إلى الإخوان كفاره له، كمرسله الصِّدوق المتقدِّمه. وفي ذيل روايه زياد بن أبي سلمه المتقدِّمه: «فإن وُلِّيت شيئاً من أعمالهم الشَّرح:

وُلِّيت شيئاً من أعمالهم، فأحسن إلى إخوانك، فواحد بواحد»(١).

وفيه: أنه لا- يمكن الالتزام بأنَّ التولَّى حتَّى في فرض نفع المؤمنين محرّم، ولكنَّ الشخص لا- يعاقب عليه، فإنَّه ينافي ذلك مثل صحيحه زيد الشحام، وأيضاً ليس عدم جواز التولَّى مع إيصال النفع إلى المؤمنين من المتزاحمين؛ لأنَّ إيصال النفع على إطلاقه لا يكون واجباً؛ لتقع المزاحمه بين وجوبه وحرمة التولَّى، فلا بدَّ من

ص: ٧١

فأحسن إلى إخوانك يكون واحده بواحد».

والأولى أن يقال: إن الولاية الغير المحرّمة:

منها: ما يكون مرجوحه، وهى ولاية من تولّى لهم لنظام معاشه قاصداً الإحسان فى خلال ذلك إلى المؤمنين ودفع الضرّ عنهم،
ففى روايه أبى بصير: «ما من جبار إلاّ ومعه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين، وهو أقلّهم حظّاً فى الآخره، لصحبه الجبار».

ومنها: ما يكون مستحبه، وهى ولاية من لم يقصد بدخوله إلاّ الإحسان إلى المؤمنين. فعن رجال الكشى فى ترجمه محمد بن
اسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: «قال: إن لله تعالى فى أبواب الظلمه من نور الله به البرهان، ومكّن له فى
البلاد، ليدفع بهم عن أوليائه، ويصلح الله بهم أمور المسلمين، إليهم ملجأ المؤمنين من الضرّ، وإليهم مرجع ذوى الحاجه من
شيعتنا، بهم يؤمن الله الشرح:

الالتزام بأنّ نفع المؤمنين أو دفع الضرر عنهم يكون معه التولّى محكوماً بالجواز، بل بالوجوب فى بعض الأحيان.

وفى روايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «سمعتة يقول: ما من جبار إلاّ- ومعه مؤمن يدفع الله عزّ وجلّ به عن
المؤمنين، وهو أقلّهم حظّاً فى الآخره»، يعنى أقلّ المؤمنين حظّاً بصحبه الجبار(1)، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الداعى
إلى دخوله فى ديوان الجبار إيصال النفع إليهم أو غيره، كما لا يبعد كونها معتبره، فإنّ مهرا بن محمد بن أينصر من مشايخ
ابن أبى عمير.

وعن النجاشى فى ترجمه محمد بن اسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام

ص: ٧٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٨٦، الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

روعه المؤمنين في دار الظلمه، أولئك المؤمنون حقاً، أولئك امناء الله في أرضه، أولئك نور الله في رعيته يوم القيامة، ويزهر نورهم لأهل السماوات كما يزهر نور الكواكب الدرّيه لأهل الأرض، أولئك من نورهم يوم القيامة تضىء القيامة، خلقوا والله للجنه، وخلق الجنه لهم فهنيئاً لهم، ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله. قلت: بماذا، جعلت فداك؟ قال: يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا، فكن منهم يا محمد».

ومنها: ما يكون واجبه، وهى ما توقّف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الواجبان عليه، فإنّ ما لا يتم الواجب إلاّ به واجب مع قدره. وربّما يظهر من كلمات جماعه عدم الوجوب في هذه الصوره أيضاً:

الشرح:

قال: «إنّ لله تعالى بأبواب الظالمين من نور الله له البرهان، ومكّن له في البلاد؛ ليدفع بهم عن أوليائه ويصلح الله بهم أمور المسلمين، إليهم ملجأ المؤمنين من الضرّ، وإليهم يفرّج ذو الحاجه من شيعتنا، وبهم يؤمن الله روعه المؤمن في دار الظلمه، أولئك المؤمنون حقاً، أولئك امناء الله في أرضه. أولئك نور الله في رعيته يوم القيامة، ويزهر نورهم لأهل السماوات كما يزهر الكواكب الدرّيه لأهل الأرض، أولئك من نورهم نور القيامة، تضىء منه القيامة، خلقوا والله للجنه، وخلق الجنه لهم، فهنيئاً لهم، ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله. قلت: بماذا جعلنى الله فداك؟ قال: يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا، فكن منهم يا محمد»(1).

ومقتضى الجمع بين هذه الروايه وروايه أبى بصير حمل روايه أبى بصير على ما لم يكن الداعى إلى التولّى مجرد نفع المؤمنين، كما إذا تولّى لتنظيم معاشه، ويكون

ص: ٧٣

قال فى النهايه: تولّى الأمر من قبل السّـلطان العادل جائز مرغّب فيه، وربّما بلغ حدّ الوجوب، لما فى ذلك من التمكن من الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر، ووضع الأشياء مواقعها. وأمّا سلطان الجور، فمتى علم الإنسان أو غلب على ظنّه أنّه متى تولّى الأمر من قبله، أمكنه التّوصيل إلى إقامه الحدود والأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر وقسمه الأخماس والصّيدقات فى أربابها وصله الإخوان، ولا يكون فى جميع ذلك مخللاً بواجب، ولا فاعلاً لقبیح، فإنّه يستحب له أن يتعرّض لتولّى الأمر من قبله، انتهى.

وقال فى السّـرائر: وأمّا السّـلطان الجائر، فلا يجوز لأحد أن يتولّى شيئاً من الأمور مختاراً من قبله إلاّ أن يعلم أو يغلب على ظنّه . . . إلى آخر عبارته النهايه بعينها.

وفى السّـرائر: ولو أمن من ذلك [١] أى اعتماد ما يحرم وقدر على الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر استحبت. قال فى المسالك بعد أن اعترف أنّ مقتضى ذلك وجوبها: ولعلّ وجه عدم الوجوب كونه بصوره النائب عن الظّالم، الشّرح:

من قصده نفع المؤمنین أو دفع الضرر عنهم خلاله.

ووجه الحمل أنّ روايه النجاشى ظاهرها الترغيب إلى الدخول فى صحبه الجبار بداعى الوصول إلى الثواب الموعود، فيرفع بها اليد عن إطلاق روايه أبى بصير كما لا يخفى.

[١] أى أنّه لو أمن من الاعتماد على الحرام والاستمرار على ارتكابه، وتمكّن من الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر استحبت له قبول الولاية، وبما أنّ مقتضى وجوب الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر وجوب قبول الولاية فى الفرض، فوجه

وعموم النهى عن الدخول معهم، وتسويد الاسم فى ديوانهم، فإذا لم يبلغ حد المنع فلا أقل من عدم الوجوب. ولا يخفى ما فى ظاهره من الضعف كما اعترف به غير واحد، لأن الأمر بالمعروف واجب، فإذا لم يبلغ ما ذكره من كونه بصورة النائب . . . إلى آخر ما ذكره حد المنع، فلا مانع من الوجوب المقدمى للواجب. ويمكن توجيهه بأن نفس الولاية [١] قبيح محرّم، لأنها توجب إعلاء كلمه الباطل وتقويه شوكته، فإذا عارضها قبيح آخر وهو ترك الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وليس أحدهما أقل قبحاً من الآخر، فللمكلف فعلها، تحصيلاً لمصلحه الأمر بالمعروف، وتركها دفعاً لمفسده تسويد الاسم فى ديوانهم الموجب لإعلاء كلمتهم وقوه شوكتهم. نعم، يمكن الحكم باستحباب اختيار أحدهما لمصلحه لم تبلغ حد الإلزام حتى يجعل أحدهما أقل قبحاً، ليصير واجباً.

الشرح:

فى «المسالك» (١) الاستحباب بأن كون المتولّى بصورة النائب عن الجائر، وشمول النهى عن الدخول فى ديوانهم له لو لم يقتضيا المنع فى الفرض، فلا أقل من اقتضائهما عدم وجوب التولّى.

وفيه: أنه لو جرى محذور ترويح الجائر والنهى عن الدخول فى ديوانهم، فمقتضاهما عدم جواز التولّى، لا أنه يستحبّ، ومع عدم جريانها لا مانع من وجوبه مقدّمه للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الواجبين.

[١] أى توجيه عدم وجوب التولّى بأن مقتضى أدله وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وجوبهما، حتى فى الفرض، كما أنّ ما دلّ على حرمة ترويح الظلمه وتسويد الاسم فى ديوانهم حرمتها كذلك، فيكون وجوب الأمر بالمعروف

ص: ٧٥

والحاصل: أنّ جواز الفعل والتّرك هنا ليس من باب عدم جريان دليل قبح الولاية، وتخصيص دليله بغير هذه الصّوره، بل من باب مزاحمه قبحها بقبح ترك الأمر بالمعروف، فللمكلّف ملاحظه كلّ منهما والعمل بمقتضاه، نظير تراحم الحقيين في غير هذا المقام. هذا ما أشار إليه الشّهد بقوله: لعموم النّهي . . . الخ.

وفي الكفايه: أنّ الوجوب في ما نحن فيه حسن لو ثبت كون وجوب الأمر بالمعروف مطلقاً غير مشروط بالقدره، فيجب عليه تحصيلها من باب المقدّمه، وليس بثابت وهو ضعيف، لأنّ عدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقدره الحائثه العرفيه كافٍ، مع إطلاق أدلّه الأمر بالمعروف السّالم عن التقييد بما عدا القدره العقليه المفروضه في المقام.

نعم، ربّما يتوهم انصراف الإطلاقات الوارده إلى القدره العرفيه الغير المحقّقه الشّرح:

والنهي عن المنكر مع حرمة التسويد من المتراحمين.

ولا معيّن لترجيح أحدهما على الآخر، فيكون المكلّف مخيّراً بينهما، مع استحباب رعايه الأصلح منهما.

أقول: لا- يخفى ما فيه، فإنّ مقتضى ذلك سقوط وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبقاء حرمة التولّي، وذلك فإنّه مع فرض شمول دليل النهي عن الدخول في ديوانهم للمورد لا- يتمكّن المكلّف من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حيث إنّ كلّ تكليف مشروط بالقدره، ومع حرمة مقدّمه الشّيء لا يكون ذلك الشّيء مقدوراً. وهذا غير ما ذكر في «الكفايه»، لجريانه حتى فيما إذا قيل بأنّ القدره المأخوذه في وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عقليّه.

والحاصل: أنّ إطلاق النهي عن التسويد في ديوانهم حاكم على أدلّه وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا يجري في كلّ متراحمين يكون المحرّم

فى المقام، لكنّه تشكيك ابتدائى لا يضرّ بالإطلاقات. وأضعف منه ما ذكره بعض بعد الاعتراض على ما فى المسالك بقوله: ولا يخفى ما فيه قال: ويمكن توجيه عدم الوجوب [١] بتعارض ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف، وما دلّ على حرمه الشّرح:

منهما مقدّمه للآخر، ولم تحرز الأهميّة أو لم تحتمل فى خصوص جانب ذلك الآخر. نعم، على تقدير الإتيان بالمقدّمه عصياناً، يجب ذلك الآخر على ما هو المقرّر فى بحث الترتّب.

[١] كأنّ هذا القائل جعل المقام من موارد تعارض الدليلين بالعموم من وجه، حيث إنّ مقتضى أدلّه تحريم الدخول فى ديوان الظلمه حرّمته فى الفرض أيضاً، كما أنّ ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وجوبهما، فيرفع اليد عن إطلاق كلّ منهما، فتكون النتيجة تخيير المكلف بين ترك الدخول فى ولايتهم أو القيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

وبعبارة أخرى: يرفع اليد عن ظهور كلّ منهما فى عدم جواز تركه بقرينه الآخر، ويقال باستحباب الدخول فى ولايتهم أخذاً بظهور الترغيب، وبذلك يرتفع الإشكال عن جواز مقدمه الواجب بالمعنى الأخصّ. ووجه الارتفاع: هو سقوط المقدّمه عن وجوبها، باعتبار وقوع المعارضه بين ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وبين دليل حرمه الدخول فى ديوان الظلمه.

وأورد عليه المصنّف رحمه الله بوجه:

الأوّل: أنّ الحكم فى تعارض الدليلين بالعموم من وجه هو سقوطهما والرجوع إلى الأصول، أى إلى الأدلّه الأخرى لا التخيير بينهما، ومقتضى الأصول فى الفرض إباحه الدخول فى ولايتهم، لأصاله الإباحه، ووجوب الأمر بالمعروف والنهى

الولاية عن الجائر، بناءً على حرمتها في ذاتها، والنسبه عموم من وجه، فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز، رفعاً لقيد المنع من الترك من أدله الوجوب، وقيد المنع من الفعل من أدله الحرمة.

وأما الاستحباب فيستفاد حينئذٍ من ظهور الترغيب فيه في خبر محمد ابن إسماعيل وغيره، الذي هو أيضاً شاهد للجمع، خصوصاً بعد الاعتضاد بفتوى المشهور، وبذلك يرتفع إشكال عدم معقولية الجواز بالمعنى الأخص في مقدمه الواجب، ضروره ارتفاع الوجوب للمعارضه، إذ عدم المعقولية مسلّم في ما لم يعارض فيه مقتضى الوجوب، انتهى.

الشرح:

عن المنكر؛ لاستقلال العقل بوجوبهما كما هو المقرّر في محلّه.

أقول: لو كان العقل مستقلاً بوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حتّى في الفرض، لكان قرينه قطعياً على جواز التولّي وتقييد إطلاق دليل التحريم، ولم تصل النوبه في إثبات الجواز إلى أصله الحلّ.

الثاني: أنّ التخيير على تقديره في تعارض الدليلين حتّى بالعموم من وجه هو التخيير الظاهريّ لا الواقعيّ. والمراد بالتخيير الظاهريّ الأخذ بأحد الدليلين لا التخيير الواقعيّ، كما هو ظاهر الأصحاب في المقام.

الثالث: أنّه لا يمكن في المتعارضين بالعموم من وجه إبقاؤهما على ظاهرهما في مورد افتراقهما، بأن يراد من الأمر الوجوب، ومن النهي التحريم. ويرفع اليد عنهما بالإضافة إلى مورد اجتماعهما، بأن يراد من الأمر الترخيص في الفعل ومن النهي الترخيص في الترك، فإنّ هذا يستلزم استعمال كلّ من الأمر والنهي في الإلزام والترخيص، وهذا من استعمال اللفظ في معنيين.

أقول: استفادة الجواز من دليل حرمة التولّي ليس من جهه استعمال النهي في

وفيه: أنّ الحكم فى التّعارض بالعموم من وجه هو التوقّف والرّجوع إلى الأّصول لا التّخيير، كما قرّر فى محلّه، ومقتضاها إباحه الولاية، للأصل، ووجوب الأمر بالمعروف، لاستقلال العقل به كما ثبت فى بابه. ثمّ على تقدير الحكم بالتّخيير، فالتّخيير الذى يصار إليه عند تعارض الوجوب والتّحريم هو التّخيير الظّاهرى، وهو الأخذ بأحدهما بالتزام الفعل أو التّرك، لا التّخيير الواقعى. ثمّ المتعارضان بالعموم من وجه، لا- يمكن إلغاء ظاهر كلّ منهما مطلقاً، بل بالنّسبه إلى مادّه الاجتماع، لوجوب إبقائهما على ظاهرهما فى مادّتى الافتراق، فيلزم استعمال كلّ من الأمر والنّهى فى أدلّه الأمر بالمعروف، والنّهى عن الولاية، فى الإلزام والإباحه. ثمّ دليل الاستحباب أخصّ لا محاله من أدلّه التّحريم، الشّرح:

الإلزام والترخيص، بل برفع اليد عن إطلاق النهى وتقييده بصوره عدم القيام بالأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر، كما أنّ استفاده الجواز من دليل وجوب الأمر بالمعروف بتقييده بما إذا لم يكن فى البين محذور التولّى من الجائر، وأين هذا من استعمال النهى أو الأمر فى الإلزام والترخيص؟

الرابع: أنّ ما دلّ على استحباب التولى وإيصال النفع إلى المؤمنين والدفع عنهم أخصّ مطلقاً بالإضافه إلى ما دلّ على حرمه الدخول فى ولايتهم، فيرفع اليد به عن إطلاق دليل التّحريم، ويلاحظ دليل الترخيص مع أدلّه وجوب الأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر. ومن الظاهر أنّ دليل استحباب التولى يثبت الاستحباب بما هو هو، فلا ينافى وجوبه مقدّمه للأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر، كما هو الحال فى سائر المستحبات التى قد تقع مقدّمه للواجب.

وبعباره أخرى: ما دلّ على حرمه التولّى مخصّص فى صورته نفع المؤمنين، فلا يشمل ذلك الدليل صورته الدخول فى ولايتهم والقيام بالأمر بالمعروف والنّهى

فتخصّص به، فلا ينظر بعد ذلك في أدلّه التّحريم، بل لا بدّ بعد ذلك من ملاحظه النسبه بينه وبين أدلّه وجوب الأمر بالمعروف. ومن المعلوم المقرّر في غير مقام أنّ دليل استحباب الشّيء الذي قد يكون مقدّمه لواجب لا يعارض أدلّه وجوب ذلك الواجب، فلاوجه لجعله شاهداً على الخروج عن مقتضاها، لأنّ دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشّيء في نفسه، مع قطع النظر عن الملزّات العرّضيه، كصيرورته مقدّمه لواجب أو مأموراً به لمن يجب إطاعته، أو مندوراً وشبهه. فالأحسن في توجيه كلام من عبّر بالجواز مع التمكن من الأمر بالمعروف: الشّرح:

عن المنكر أو غيرهما من مصالح المسلمين، وعلى ذلك فيعمّ الفرض ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، على ما هو المقرّر في بحث انقلاب النسبه.

أقول: هذا الوجه الأخير هو الصحيح في تقديم ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لا- لأنّ المقام من المتعارضين بالعموم من وجه، بل لأنّ المقام مع قطع النظر عن هذا الوجه من موارد التّزاحم، وأنّ ما دلّ على تحريم التولّي موجب لانتفاء قدره على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إلّا- أنّ مع ورود التخصيص لأدلّه حرمة التولّي في صورته نفع المؤمنين لا يكون في البين تّزاحم، حيث إنّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من نفع المؤمنين أو أولى منه.

ثمّ إنّه لا- يختصّ جواز التولّي عن الجائر بالجائرين في ذلك الزمان، بل يعمّ الجائرين في كلّ زمان، فإنّه مع بعد الاختصاص؛ لجريان مصلحه الدفع عن المؤمنين وإيصال النفع إليهم في جميع الأعصار يقتضيه إطلاق صحيحه زيد الشحام المتقدّمه، فلاحظ.

ثمّ إنه يظهر من بعض الأخبار جواز التولّي والدخول في أعوان الظلمه، فيما إذا

إرادته الجواز بالمعنى الأعم. وأما من عبّر بالاستحباب، فظاهره إرادته الاستحباب العيني الذي لا ينافي الوجوب الكفائي، لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفايه، نظير قولهم: يستحب تولّى القضاء لمن يثق من نفسه، مع أنّه واجب كفائي، أو يقال: إنّ مورد كلامهم ما إذا لم يكن هنا معروف متروك يجب فعلاً الأمر به، أو منكر مفعول يجب النهى عنه كذلك، بل يعلم بحسب العادة تحقّق مورد الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بعد ذلك، ومن المعلوم أنّه لا- يجب تحصيل مقدّمتهما قبل تحقّق موردهما، خصوصاً مع عدم العلم بزمان تحقّقه.

وكيف كان، فلا إشكال في وجوب تحصيل الولاية إذا كان هناك معروف متروك، أو منكر مركوب، يجب فعلاً الأمر بالأول، والنهى عن الثانى.

الشرح:

لم يتمكن المكلف من تأمين معاشه من طريق آخر، وفي موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «سئل عن أعمال السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا، إلا أن لا يقدر على شىء يأكل ويشرب، ولا يقدر على حيله، فإن فعل فصار في يده شىء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت»(١).

لا يقال: ينافى ذلك ما تقدّم من الروايات الداله على اعتبار نفع المؤمنين ودفع الضرر عنهم.

فإنّه يقال: مقتضى الجمع بين هذه وبين مثل صحيحه زيد الشحام المتقدّمه هو كون كلّ من نفع المؤمنين والضروره إلى مؤنه نفسه وعياله مستثنى من حرمة كون الشخص من أعوان الظلمه؛ لأنّ الصحيحه تدلّ على جواز التولّى مع إيصال النفع إلى المؤمنين والدفع عنهم، وعدم جواز غير ذلك، كما أنّ الموثقه تدلّ على جواز الدخول مع الضروره وعلى عدم جوازه في غيرها، فيرفع اليد عن إطلاق عدم الجواز

ص: ٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٠٢، الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

الثانى ممّا يسوّغ الولاية : الإكراه عليه [١] بالتّوعيد على تركها من الجائر بما يوجب ضرراً بدنياً أو مالياً عليه أو على من يتعلّق به بحيث يعدّ الإضرار به إضراراً به، ويكون تحمّل الضرر عليه شاقاً على النفس كالأب والولد ومن جرى مجراهما. وهذا ممّا لا اشكال فى تسويغه ارتكاب الولاية المحرّمة فى نفسها، لعموم قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً» فى الاستثناء عن عموم «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ». والنّبوى صلى الله عليه وآله : «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي مَا أُكْرِهُوا عَلَيْهِ». وقولهم عليهم السلام : «التّقيه فى كلّ ضروره»، و«ما من شىء إلّا وقد أحلّه الله لمن اضطرّ إليه». إلى غير ذلك ممّا لا يحصى كثره من العمومات وما يختصّ بالمقام. وينبغى التّنبيه على أمور:

الشرح:

فى كلّ منهما بالجواز الوارد فى الأخرى.

وكيف كان، فالجواز فرض الضروره لتأمين معاشه غير مذكور فى كلماتهم، وإلّا لكان الإفتاء به فى محلّه، وحمل عدم التمكن فيها على الاضطرار الرافع للتكليف والموجب لحلّ أكل الميتة فيه ما لا يخفى، فلاحظ وتدبر.

[١] يحصل الإكراه بأمر الجائر الشخص بكونه عاملاً له، مع إيعاده على تركه بما يكون ضرراً عليه نفساً أو عرضاً أو مالاً، أو إضراراً بمن يعدّ ضرره ضرراً عليه.

واستدلّ المصنّف رحمه الله على جواز قبول الولاية من الجائر مع الإكراه بقوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً» بعد قوله: «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ» (١).

والعجب أنه رحمه الله لم يستدلّ على حرمة كون الشخص من أعوان الظلمه وتسويد الاسم فى ديوانهم بالآيه، مع تمسّكه بالاستثناء فيها على جوازه مع الإكراه، فإنّ لازم هذا تسليم دلالتها بصدرها على حرمة قبول الولاية من الجائر.

ص: ٨٢

الأول: أنه كما يباح بالإكراه [١] نفس الولايه المحرّمه، كذلك يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأخر وما يتفق في خلالها، ممّا يصدر الأمر به من السّيلطان الجائر، ما عدا إراقه الدّم إذا لم يمكن التّفصّي عنه. ولا إشكال في ذلك، إنّما الإشكال في أنّ الشّرح:

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مدلول الآيه عدم جواز اختيار المسلم الكافر وليّاً له، سواء كان ذلك الكافر ظالماً أو عادلاً بحسب دينه، فلا يجوز للمسلم أن يجعل الكافر قيماً لأطفاله الصغار؛ لدلاله الآيه بصدرها على ذلك. والكلام في مسأله عدم جواز كون الشخص من أعوان الظلمه عدم جواز قبول الولايه من قبلهم، سواء كان الظالم مسلماً أو كافراً.

والحاصل: أنه لا يستفاد حرمه كون الشخص من أعوانهم من الآيه المباركه؛ ليدلّ الاستثناء فيها على ارتفاع حرمة عند الإكراه عليه.

[١] لا يكون نفع المؤمنين إلّا- موجباً لجواز كون الشخص من أعوان الظلمه، وأمّا ما يلزمه في بعض الموارد في فعل سائر المحرّمات فلا- يجوز به، بل لو كان نفعهم أو دفع الضرر عنهم واجباً لكان مع المحرّم الأخر من المتزاحمين، فيجرى عليهما أحكام التزاحم. وهذا بخلاف الإكراه على الولايه المحرّمه، فإنّه كما تجوز الولايه بالإكراه كذلك ترتفع حرمة ما يلزمها من سائر المحرّمات على حدّ سواء.

نعم، إذا كان ما يلزمها من قبيل الإضرار بالغير ففي شمول حديث الرفع له إشكال، ووجهه أنّ الحديث وارد في الامتنان على الأئمّه، فيختصّ الرفع بمورد يكون الرفع فيه امتناناً، وفي المقام ليس كذلك، فإنّ نفي حرمة الإضرار بالغير وإن كان امتناناً على المكره بالفتح ولكنه خلافه على الآخر المتضرّر به.

هذا، واختار المصنّف رحمه الله جواز قبول الولايه وجواز الإضرار بالغير، وذكر في وجهه أموراً:

ما يرجع إلى الإضرار بالغير من نهب الأموال وهتك الأعراس، وغير ذلك من العظائم هل يباح كل ذلك بالإكراه ولو كان الضرر المتوقع به على ترك المكره عليه أقل بمراتب من الضرر المكره عليه، كما إذا خاف على عرضه من كلمة خشنه لا تليق به، فهل يباح بذلك أعراض الناس وأموالهم ولو بلغت ما بلغت كثره وعظمه، الشرح:

الأول: عموم رفع ما استكرهوا عليه^(١)، وقد ظهر عدم صحه هذا الوجه، وأنّ حديث الرفع لا يعمّ مثل المقام، بلا فرق بين ما إذا توجّه الضرر بإرادة المكره بالكسر إلى الغير أولاً؛ وذلك فإنّ توجّه الضرر إلى الغير بحسب إرادة الجائر لا يقاس بتوجّه الضرر إليه تكويناً الذي لا يجب فيه دفع الضرر عنه بتحمّل الضرر، وذلك فإنّ مع توجّهه بإرادة المكره بالكسر إلى الغير يكون الإضرار بمباشرة المكره بالفتح ويضاف إليه الإضرار فلا يجوز، بخلاف توجّه الضرر إلى الغير تكويناً.

ودعوى ضعف نسبه الإضرار إلى المكره بالفتح ضعيفه، وإلاّ لم يسند القتل أيضاً إلى المباشر المكره كما لا يخفى.

وعلى ذلك فنفي حرمة الإضرار لا يكون مدلولاً لحديث الرفع، حيث ذكرنا أنّ الرفع في مثل المقام لا يناسب الامتنان على الجميع. هذا، مع أنّ توجّه الضرر في الفرض إلى الغير بحسب إرادة الجائر محلّ تأمل، بل منع، فإنّ المفروض رفع الجائر يده عن الغير بتحمّل المكره بالفتح الضرر، وهذا كاشف عن تعلق إرادة الجائر بالجامع بين الضررين.

والحاصل: أنّه لا يجوز الإضرار بالغير في فرض جواز تحمّل الضرر. نعم إذا كان الضرر المخوّف على نفسه هو القتل وإضرار الغير مالياً يتعيّن الإضرار، لدلاله ما ورد في التقيه على ذلك، وكون المقام من المتزاحمين.

ص: ٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

أم لا- بدّ من ملاحظه الضّرين والترجيح بينهما؟ وجهان: من إطلاق أدلّه الإكراه، وأنّ الضّرورات تبيح المحظورات. ومن أنّ المستفاد من أدلّه الإكراه تشريعه لدفع الضّرر، فلا يجوز دفع الضّرر بالإضرار بالغير ولو كان ضرر الغير أدون، فضلاً عن أن يكون أعظم.

الشرح:

ثمّ إنّ رحمة الله قد أورد على نفسه بأنّه كيف الفرق بين ما إذا توجه إرادته الجائر بإضرار الغير فلا يجب على المكره بالفتح دفع الضرر عنه بتحمّله، بل تجوز له المباشرة في الإضرار، وبين ما إذا توجه إرادته الجائر بإضراره فلا يجوز له دفعه عن نفسه بإضرار الغير.

وبعبارة أخرى: لو كان مقتضى رفع الإكراه الجواز في الأوّل لكان مقتضى رفع الاضطراب جواز الإضرار في الثاني أيضاً، فيكون الإضرار بالغير كسائر المحرّمات التي يدفع المكلف بها الضرر عن نفسه.

وأجاب بأنّ رفع حرمة الإضرار بالغير في الصورة الأولى موافق للامتنان، بخلاف رفع الإضرار بالغير في الصورة الثانية فإنّه ينافيه.

وفيه: أنّه قد ظهر فساد الجواب مما سبق، فلا حاجة إلى الأعادة، كما ظهر منه فساد التشبّث في إثبات الجواز في الصورة الأولى بحديث نفي الضرر، ووجه الظهور أنّ نفي الحكم الضرريّ كنفى الحكم الإكراهيّ للامتنان. ولا امتنان في نفي ضرر عن مكلف بتجويز الإضرار بمكلف آخر.

الأمر الثاني: أنّ حرمة قبول الولايه في الفرض أو حرمة ما يلازمها من الإضرار بالغير تكليف حرجيّ يرتفع بدليل نفي الحرج. وهذا الوجه أيضاً غير صحيح، فإنّ رفع التكليف الحرجيّ أيضاً للامتنان على المؤمنين، ولا امتنان في رفع تكليف تكون

و إن شئت قلت: إنَّ حديث رفع الإِكراه ورفع الاضطراب، مسوق للامتنان على جنس الأئمة، ولا حسن في الامتنان على بعضهم بترخيصه في الإضرار ببعض الآخر، فإذا توقّف دفع الضرر عن نفسه على الإضرار بالغير لم يجوز ووجب تحمّل الضرر. هذا، ولكن الأقوى هو الأوّل، لعموم دليل نفى الإكراه لجميع المحرّمات حتّى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدّم، وعموم نفى الحرج، فإنّ إزام الغير تحمّل الضرر وترك ما أكره عليه حرج.

الشرح:

نتيجته جواز الإضرار بالغير.

الأمر الثالث: قوله عليه السلام: «إنّما جعلت التقيّه ليحقن بها الدّم، فإذا بلغت التقيّه الدّم فلا تقيّه»^(١)، باعتبار أنّ مفهوم القضيّه الشرطيّه جواز التقيّه بغير إراقه الدّم من سائر المحرّمات، ومنها الإضرار بالغير مالاً.

وفيه: أنّ المراد بالتقيّه فيه التقيّه بمرتبها العليا، وهو التحفّظ على النفس من التلف، بقريته التعليل، فمفهوم الشرطيّه أنّ التقيّه، أى التحفّظ على النفس من التلف، موجه لجواز كلّ محرّم حتّى الإضرار بالغير مالاً - أو عرضاً، وإنّما لا تجوز التقيّه والتحفّظ على النفس من التلف بإراقه الدّم وإتلاف نفس آخر، والتحفّظ على الضرر المالى ونحوه خارج عن مدلوله منطوقاً ومفهوماً.

ثمّ إنّ مع جواز الإضرار بالغير مالاً فى مقام المزاحمه لا يرتفع ضمان إتلاف ذلك المال، كما فى سائر موارد الإتلاف.

نعم لو قلنا بجواز الإضرار بالغير مالاً - باعتبار عدم وجوب تحمّل الضرر عنه بدعوى شمول حديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج، فلا يكون فى البين ضمان. فإنّ إيجاب التدارك والضمان مرادف لإيجاب تحمّل الضرر المتوجّه إلى الغير، وقد

ص: ٨٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٣٤، الباب ٣١ من أبواب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، الحديث ٢.

وقوله عليه السلام: «إنما جعلت التقيّه لتحقن بها الدماء، فإذا بلغ الدم فلا تقيّه»، حيث إنه دلّ على أنّ حدّ التقيّه بلوغ الدم، فتشعر لما عداه.

وأما ما ذكر من استفادته كون نفى الإكراه لدفع الضرر، فهو مسلّم، بمعنى دفع توجّه الضرر وحدوث مقتضيه، لا بمعنى دفع الضرر المتوجّه بعد حصول مقتضيه.

الشرح:

فرض نفى وجوب تحمّله بحديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج.

قد يقال: إنّه يرتفع عند الإكراه حرمه ما يكون من قبيل الإضرار بالغير لوجه آخر، وهو أنّ المستفاد من قوله سبحانه: «إلا من أكرهه وقلبه مطمئنّ بالإيمان»^(١)، مع الانضمام إلى الروايات الواردة في التقيّه، عموم التقيّه وشمولها للتحفّظ على النفس والمال والعرض وأنّ الشارع قد جوّزها، إلاّ إذا كانت بإراقه الدم. ألا ترى أنّه يجوز التقيّه بتكذيب النّبىّ وسبّه والتبرّي منه، مع أنّ التكذيب والسبّ تنقيص وتعزّض لعرض النّبىّ صلى الله عليه وآله، وكذا سبّ الإمام والتبرّي منه عليه السلام، وعرضهما أعظم الأعراض، فما الظنّ بعرض زيد وعمرو وغيرهما من الأفراد؟

وفى معتبره مسعده بن صدقه قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّ الناس يروون أنّ علياً قال على منبر الكوفة: أيها الناس، إنكم ستدعون إلى سبّي فسبّوني، ثمّ تدعون إلى البراءة منّي فلا تبرؤوا منّي، فقال: ما أكثر ما يكذب الناس على علي عليه السلام، ثمّ قال: إنّما قال: إنكم ستدعون إلى سبّي فسبّوني، ثمّ تدعون إلى البراءة منّي وإني لعلى دين محمّد صلى الله عليه وآله، ولم يقل: ولا تبرؤوا منّي. فقال له السائل: رأيت أنّ أختار القتل دون البراءة، فقال: واللّه ما ذلك عليك، وماله إلاّ ما مضى عليه عمار بن ياسر، حيث أكرهه أهل مكّه...»^(٢) حيث لم يقيد عليه السلام جواز السبّ والتبرّي بخصوص ما كان الضرر المخوّف

ص: ٨٧

١- (١) سورة النحل: الآية ١٠٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦: ٢٢٥، الباب ٢٩ من أبواب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الحديث ٢.

بيان ذلك: أنه إذا توجه الضرر إلى شخص بمعنى حصول مقتضيه، فدفعه عنه بالإضرار بغيره غير لازم، بل غير جائز في الجملة، فإذا توجه ضرر على المكلف بإجباره على مال وفرض أن نهب مال الغير دافع له، فلا يجوز للمجبور نهب مال غيره لدفع الجبر عن نفسه، وكذلك إذا أكره على نهب مال غيره، فلا يجب تحمّل الضرر بترك النهب لدفع الضرر المتوجه إلى الغير. وتوهم أنه كما يسوغ النهب في الثاني لكونه مكرهاً عليه فيرتفع حرمة، كذلك يسوغ في الأول لكونه مضطراً إليه. ألا ترى أنه لو توقّف دفع الضرر على محرم آخر غير الإضرار بالغير كالإفطار في شهر رمضان أو ترك الصلاة أو غيرهما، ساغ له ذلك المحرم. وبعبارة أخرى: الإضرار الشرح:

على تركها هو القتل.

ولا يخفى أن مثل هذه المعتبرة حاكمه على بعض ما ورد في نهيه عليه السلام عن التبزّي منه، لأنه مع شمول دليل الاعتبار لهذه الرواية لا يبقى موضوع لدليل الاعتبار في تلك الروايات الوارد فيها النهي عن التبزّي من على عليه السلام، حيث يعلم صدورها عنه عليه السلام وكونها كذباً.

أقول: لا بأس بالتمسك بحديث رفع الإكراه أو نفى الضرر في الحكم بجواز تكذيب النبي والوقيعه فيه عند الإكراه، حيث إنّ رفع حرمة عند الإكراه عليه لا ينافي الامتنان على الأئمة، ولا يكون إضراراً بهم، وجوازه عند الإكراه مستفاد من الآيه قبل الحديث، بل يستفاد ممّا ورد في جواز الإفتاء تقيّه، فإنّه في معنى تجويز الافتراء على الله سبحانه في تلك الحال، وممّا ورد في جواز الكذب والحلف بالله كاذباً لدفع الضرر عنه أو عن غيره من المؤمنين.

وكذا لا بأس بدفع الضرر عن نفسه أو عن غيره بالكذب على الآخرين أيضاً، فإنّه لا يزيد على الكذب والافتراء على الله وعلى سب الإمام والتبزّي منه، وقد تقدّم

بالغير من المحرّمات، فكما يرتفع حرّمته بالإكراه كذلك ترتفع بالاضطرار، لأنّ نسبه الزّفع إلى «ما أكرهوا عليه» و«ما اضطروا إليه» على حدّ سواء، مدفوع: بالفرق بين المثاليين في الصّغرى [١] بعد اشتراكهما في الكبرى المتقدّمه وهى أنّ الضّرر المتوجّه إلى شخص لا يجب دفعه بالإضرار بغيره بأنّ الضّرر في الأوّل متوجّه إلى نفس الشّخص، فدفعه عن نفسه بالإضرار بالغير غير جائز، وعموم رفع ما اضطروا إليه لا يشمل الإضرار بالغير المضطرّ إليه، لأنّه مسوق للامتنان على الأمّه، فترخيص بعضهم في الإضرار بالآخر لدفع الضّرر عن نفسه وصرف الضّرر إلى غيره، منافٍ للامتنان، بل يشبه التّرجيح بلا مرجّح، فعموم «ما اضطروا إليه» في حديث الزّفع مختص بغير الإضرار بالغير من المحرّمات.

الشرح:

دلّاله معتبره مسعده ونحوها على جواز السّب أو التّبرّي. وأمّا الإضرار بالغير بنحو آخر، كالتعرّض لعرض شخص بالزنا مع زوجته أو بنته أو نحوه؛ لدفع الضرر المالى أو العرضى عن نفسه، أو الإضرار بالغير مالا؛ لدفع الضرر المالى عن نفسه، كلّ ذلك لا دليل على جوازه، بل لا بدّ من ملاحظه التّراحم ورعايه جانب الأهمّيّه أو محتملها.

ولو اضطّرّ إلى نهب مال الغير للحفاظ على نفسه من الهلاك أو القتل، فإنّه يجوز؛ للتّراحم، ولكن يكون ضامناً لذلك المال؛ لعدم حكومه حديث رفع الاضطرار أو الإكراه فى المقام، حتّى يرفع الضمان أيضاً، ويترتب على كون هذه الموارد من التّراحم أنّه لو اضطّرّ إلى أكل طعام الغير لا يجوز قهر المالك فيما إذا كان المالك أيضاً مضطراً إليه، بخلاف ما إذا قيل بحكومه حديث رفع الاضطرار ونفى الضرر. اللهم إلا أن يدعى استفاده عدم جواز القهر ممّا ورد فى عدم مشروعّيّه التقيّه بإراقه دم الغير، فإنّ القهر على المالك فى الفرض إراقه لدمه كما لا يخفى.

[١] والفارق هو الذى يشير إليه بقوله: «بأنّ الضرر فى الأوّل»، المراد بالأوّل ما

وأما الثاني: فالضرر فيه أولاً وبالذات متوجه إلى الغير بحسب إلزام المكره بالكسر وإرادته الحتمية، والمكره بالفتح وإن كان مباشراً إلا أنه ضعيف لا ينسب إليه توجيه الضرر إلى الغير حتى يقال: إنه أضّر بالغير لئلا يتضرر نفسه.

نعم، لو تحمّل الضرر ولم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير إلى نفسه عرفاً، لكن الشارع لم يوجب هذا، والامتنان بهذا على بعض الأمة لا قبح فيه، كما أنه لو أراد ثالث الإضرار بالغير لم يجب على الغير تحمّل الضرر وصرفه عنه إلى نفسه. هذا كله، مع أن أدلّه نفى الحرج كافي في الفرق بين المقامين، فإنه لا حرج في أن لا يرخص الشارع دفع الضرر عن أحد بالإضرار بغيره، بخلاف ما لو ألزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه إلى الغير، فإنه حرج قطعاً.

الثاني: أن الإكراه يتحقق [١]. بالتوعيد بالضرر على ترك المكره عليه، ضرراً متعلقاً بنفسه أو ماله أو عرضه أو بأهله، ممن يكون ضرره راجعاً إلى تضرره وتألمه، وأما إذا لم يترتب على ترك المكره عليه إلا الضرر على بعض المؤمنين ممن يعدّ أجنبياً من المكره بالفتح فالظاهر أنه لا يعدّ ذلك إكراهاً عرفاً، إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به. وبما ذكرنا من اختصاص الإكراه بصوره الشرح:

إذا توجه الضرر إلى شخص وأراد دفعه عن نفسه بالإضرار بالغير، وهذا الفرض صغرى للكبرى المتقدّمة، بخلاف الثاني، وهو ما إذا توجه الضرر ابتداءً إلى الغير، فإنه لا تكون صغرى لتلك الكبرى.

[١] قد ظهر ممّا تقدّم أنّ الموجب لجواز قبول الولاية، بل جواز ارتكابه سائر المحرّمات هو الخوف من مخالفه الجائر فيما أمر به من ترتب الضرر على نفسه، أو ما يتعلّق به نفساً أو عرضاً أو مالاً، وأما مع الخوف من ترتب الضرر على بعض المؤمنين فلا يتحقّق عنوان الإكراه.

خوف لحوق الضرر بالمكره نفسه، أو بمن يجرى مجراه كالآب والولد صرح في الشرائع والتحرير والروضه وغيرها.

نعم، لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولايه المحرّمه، بل غيرها من المحرّمات الإلهيه التي أعظمها التبرّي من أئمه الدّين (صلوات الله عليهم أجمعين)، لقيام الدليل على وجوب مراعاة المؤمنين وعدم تعريضهم للضرر، مثل ما فى الاحتجاج عن أمير المؤمنين عليه السلام: قال: «ولئن تبرأ منّا ساعة بلسانك وأنت موال لنا بجنانك لتبقى على نفسك روحها التي بها قوامها، ومالها الذي بها قيامها، وجاهها الذي به تمسكها، وتصون من عُرف بذلك من أوليائنا وإخوانك، فإنّ ذلك أفضل من أن تتعرض للهلاك، وتنقطع به عن عملك فى الدّين وصلاح إخوانك المؤمنين. وإياك ثمّ إياك أن تترك التّقيه التي أمرتك بها، فإنّك شائط بدمك ودماء إخوانك، معرّض بنعمتك ولنعمهم للزوال، منذلّ لهم فى أيدي أعداء دين الله، وقد أمرك الله بإعزازهم، فإنّك إن خالفت وصيتي كان ضررك على إخوانك ونفسك أشدّ من ضرر النّاصب لنا، الكافر بنا . . . الحديث».

الشرح:

نعم، يجوز له معه قبول الولايه؛ لما ورد من جواز قبولها لإيصال النفع إليهم والدفع عنهم. وهل يجوز الدفع عنهم بارتكاب سائر المحرّمات التي لا تكون من قبيل الإضرار بالغير المعبر عنها فى كلام المصنّف رحمه الله بالمحرّمات الإلهيه؟ ظاهر كلامه رحمه الله ذلك، حيث ذكر أنّه لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولايه المحرّمه، بل غيرها من المحرّمات الإلهيه التي أعظمها التبرّي عن أئمه الدّين، وتمسّك فى ذلك بخبر «الاحتجاج»^(١).

ص: ٩١

١- (١) الاحتجاج ١: ٥٥٦، الرقم ١٣٤، احتجاجه على الطيب اليونانى، وعنه وسائل الشيعة ١٦: ٢٢٨، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ١١.

لكن لا يخفى أنه لا يباح بهذا النحو من التقيّه الإضرار بالغير، لعدم شمول أدلّه الإكراه لهذا، لما عرفت من عدم تحقّقه مع عدم لحوق ضرر بالمكروه ولا- بمن يتعلّق به، وعدم جريان أدلّه نفى الحرج، إذ لا-حرج على المأمور، لأنّ المفروض تساوى من أمر بالإضرار به ومن يتضرّر بترك هذا الأمر، من حيث النسبه إلى المأمور، مثلاً لو أمر الشخص بنهب مال مؤمن، ولا يترتب على مخالفه المأمور به إلا نهب مال مؤمن آخر، فلا حرج حينئذٍ فى تحريم نهب مال الأوّل، بل تسويغه لدفع النّهب عن الثّانى قبيح، بملاحظه ما علم من الزوايه المتقدّمه من الغرض فى التّقيه، خصوصاً مع كون المال المنهوب للأوّل أعظم بمراتب، فإنّه يشبه بمن فرّ من المطر إلى الميزاب، بل اللازم فى هذا المقام عدم جواز الإضرار بمؤمن ولو لدفع الضرر الأعظم عن غيره.

الشرح:

ولا- يخفى ما فيه، فإنّه لا دليل على تقييد إطلاقات المحرّمات لمجرّد دفع الضرر المالى مثلاً عن بعض المؤمنين، وكيف يمكن الالتزام بجواز شرب الخمر فى مجلس الجائر أو غيره أو اللواط معه وغير ذلك من الموبقات لدفع الضرر المالى، بل العرضى عن زيد؟

وأما التبرّى فهو نظير الكذب والافتراء والحلف كاذباً لدفع الضرر عن المؤمن جائز، وجوازه لا- يلازم جواز ارتكاب سائر المحرّمات، فلا دلالة فى مثل خبر «الاحتجاج» على ذلك، حيث إنّ المذكور فيه وهو التبرّى صورته مع التولّى قلباً ليس من أعظم المحرّمات حتى يؤخذ بالفحوى.

نعم، لو كان الضرر المخوّف على بعض المؤمنين، مثل تلف النفس، كان جواز ارتكاب سائر المحرّمات باعتبار وقوع التراحم بينها وبين وجوب إحياء النفس المحترمه، فيجوز فى ذلك الإضرار ببعض المؤمنين مالاً- للتحفّظ على نفس الآخرين، ويكون ذلك مع الضمان كما مرّ آنفاً.

ص: ٩٢

نعم، إلاّ- لدفع ضرر النفس في وجهه، مع ضمان ذلك الضرر. وبما ذكرنا ظهر: أنّ إطلاق جماعه لتسوية ما عدا الدّم من المحرّمات بترتب ضرر مخالفه المكره عليه على نفس المكره وعلى أهله أو على الأجانب من المؤمنين، لا يخلو من بحث، إلاّ أن يريدوا الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين، فلا- إشكال في تسويغه لماعدا الدّم من المحرّمات، إذ لا يعادل نفس المؤمن شيء، فتأمل.

قال في القواعد: وتحرم الولايه من الجائر إلاّ- مع التمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل، أو على بعض المؤمنين، فيجوز ائتمار ما يأمره إلاّ القتل، انتهى.

الشرح:

قال في «القواعد»: «وتحرم الولايه من الجائر، إلاّ مع عدم التمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل، أو على بعض المؤمنين، فيجوز ائتمار ما يأمره إلاّ- القتل»^(١)، وقد شرح هذه العبارة بعض الأساطين، فقال: «إلاّ مع إكراه بالخوف على النفس، من تلف أو ضرر في البدن أو المال المضر بحال الشخص تلفه أو حجبته، أو العرض من جهة النفس أو الأهل، أي بالخوف على عرض نفسه أو عرض أهله، أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ ائتمار ما يأمره»^(٢)، انتهى.

والمراد ما عدا الوسط في عبارة «القواعد»، والوسط في تلك العبارة الضرر المالى، فيكون ما عدا الضرر على النفس أو الأهل، وبما أنّ الضرر على أهل بعض المؤمنين داخل في الضرر على المؤمنين؛ لأنّ عنوان بعض المؤمنين يعمّ أهلهم أيضاً، يكون حاصل عبارة «القواعد» على ما ذكره الشارح أنّه يجوز الإضرار بالغير

ص: ٩٣

١- (١) القواعد ١: ١٢٢.

٢- (٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٣٦.

ولو أراد ب «الخوف على بعض المؤمنين» الخوف على أنفسهم دون أموالهم وأعراضهم، لم يخالف ما ذكرنا، وقد شرح العبارة بذلك بعض الأساطين، فقال: إلا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر في البدن، أو المال المضرّ بالحال من تلف أو حجب، أو العرض من جهة النفس أو الأهل، أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين، فيجوز حينئذٍ ائتمار ما يأمره، انتهى.

ومراده «ما عدا الوسط» الخوف على نفس بعض المؤمنين وأهله.

وكيف كان، فهنا عنوانان: الإكراه، ودفع الضرر المخوف عن نفسه وعن غيره من المؤمنين من دون إكراه. والأوّل يباح به كلّ محرّم. والثاني إن كان متعلّقاً بالنفس جاز له كلّ محرّم حتّى الإضرار المالى بالغير، لكنّ الأقوى استقرار الضمان عليه إذا تحقّق سببه، لعدم الإكراه المانع عن الضمان، أو استقراره. وأمّا الإضرار بالعرض بالزنا ونحوه [١] ففيه تأمّل، ولا يبعد الشرح:

أو ارتكاب سائر المحرّمات غير القتل، فيما إذا خاف على نفسه أو ماله أو عرضه، أو خاف على نفس مؤمن آخر.

[١] أى أنّه لو كان دفع الضرر عن بعض المؤمنين نفساً بالإضرار بعرض ذلك البعض أو البعض الآخر بالزنا ونحوه، ففي جواز هذا الإضرار لدفع ضرر تلف النفس عن الغير تأمّل، ووجهه أنّه لا دليل على وجوب دفع الضرر النفسى عن الغير بمثل الزنا.

أقول: لو كان ارتكاب محرّم آخر كالزنا مقدّمه لدفع الضرر النفسى عن مؤمن كما هو الفرض، فإن لم يحرز أهميّه وجوب الإنقاذ، بأن احتمل الأهميّه فى كلّ منهما، كان إطلاق دليل حرمة تلك المقدّمه حاكماً على ما دلّ على وجوب إنقاذ النفس المحترمه، حيث إنّه بإطلاق دليل حرمتها يثبت عدم التمكن من الإنقاذ. وأمّا

ترجيح النفس عليه. و إن كان متعلّقاً بالمال [١] فلا- يسوغ معه الإضرار بالغير أصلاً حتّى فى اليسير من المال، فإذا توقّف دفع السيّج عن فرسه بتعريض حمار غيره للافتراس لم يجوز. و إن كان متعلّقاً بالعرض [٢]، ففي جواز الإضرار بالمال مع الضّمان أو العرض الأخفّ من العرض المدفوع عنه، تأمّل.

وأما الإضرار بالنفس، أو العرض الأعظم، فلا- يجوز بلا- إشكال. هذا، وقد وقع فى كلام بعض تفسير الإكراه بما يعمّ لحوق الضرر. قال فى المسالك: ضابط الإكراه المسوّغ للولاية: الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه، أو على بعض المؤمنين، انتهى.

ويمكن أن يريد بالإكراه مطلق المسوّغ للولاية، لكن صار هذا التعبير منه رحمه الله منشأً لتخييل غير واحد أنّ الإكراه المجوّز لجميع المحرّمات هو بهذا المعنى.

الشرح:

إذا أحرز الأهميّة لإنقاذها، أو احتمال الأهميّة له لا للمحرّم الآخر، تعيّن الإنقاذ؛ للعلم بسقوط الإطلاق عن خطاب حرمة المقدّمه كما لا يخفى.

[١] عطف على قوله: «إن كان متعلّقاً بالنفس»، أى إذا كان الدفع عن بعض المؤمنين دفعاً للضرر المالى عنهم، فلا يجوز هذا الدفع بالإضرار بالغير حتّى بالمال اليسير، فإنّ ارتفاع حرمة الإضرار بالغير يحتاج إلى رافع، وهو غير موجود، فإنّه لا يكون المورد من موارد الاضطراب أو الإكراه، باعتبار عدم توجه الضرر إلى الشخص أو إلى من يتعلّق به على الفرض.

[٢] عطف على قوله: «إن كان متعلّقاً بالنفس»، بمعنى أنّه إذا كان الضرر المدفوع عن بعض المؤمنين هو الضرر العرضيّ، ففي جواز دفعه بالإضرار به أو مؤمن آخر مالاّ أو بالعرض الأخفّ تأمّل، ولكن دفعه بالإضرار بالنفس أو بالعرض الأعظم غير جائز بلا تأمّل.

الثالث: أنه قد ذكر بعض مشايخنا [١] المعاصرين: أنه يظهر من الأصحاب أنّ في اعتبار عدم القدره على التّفصّي من المكروه عليه وعدمه، أقوالاً ثلاثها: التفصيل بين الإكراه على نفس الولايه المحرّمه فلا يعتبر، وبين غيرها من المحرّمات فيعتبر فيه العجز عن التّفصّي. والذي يظهر من ملاحظه كلماتهم في باب الإكراه: عدم الخلاف في اعتبار العجز عن التّفصّي إذا لم يكن حرجاً ولم يتوقّف على ضرر، كما إذا أكره على أخذ المال من مؤمن، فيُظهر أنه أخذ المال وجعله في بيت المال، مع عدم أخذه واقعاً، أو أخذه جهراً ثم ردّه إليه سرّاً كما كان يفعل ابن يقطين، الشّرح:

[١] يجوز قبول الولايه مع الإكراه، وكذا يباح معه ما يلازمها من سائر المحرّمات على تفصيل قد تقدّم في الأمر السابق، ولا يتحقّق الإكراه إلاّ مع خوف الضرر في مخالفه المكروه بالكسر وإذا أمكن مخالفه أمره واقعاً بلا خوف ضرر فيها، لما كان في البين إكراه، ويعبّر عن ذلك بإمكان التّفصّي. والعجز عنه بهذا المعنى مقوم لعنوان الإكراه وليس شرطاً زائداً على تحقّقه، وعلى ذلك فلا فرق بين قبول الولايه وفعل سائر المحرّمات في عدم ارتفاع حرمتها مع إمكان التّفصّي.

نعم، إذا فرض من قبولها نفع المؤمنين والدفن عنهم، جاز قبولها؛ لأنّ ذلك بنفسه موجب لجواز الدخول في الولايات، ولكن في إباحه سائر المحرّمات وعدمها تفصيل قد مرّ ولا حاجة إلى إعادته.

قال في «الشرايع»: «إذا أكرهه الجائر على الولايه، جازله الدخول والعمل بما يأمره مع عدم القدره على التّفصّي، إلاّ في الدماء المحرّمه، فإنّه لا تقيّه فيها» (١) والظاهر أنّ فرض الإكراه شرط في جواز الدخول في الولايه، وعدم القدره على

وكما إذا أمره بحبس مؤمن فيدخله في دار واسعة من دون قيد، ويحسن ضيافته ويُظهر أنه حبسه وشدّد عليه. وكذا لا خلاف في أنه لا- يعتبر العجز عن التفصّي إذا كان فيه ضرر كثير، وكان منشأ زعم الخلاف ما ذكره في المسالك في شرح عبارته الشرائع مستظهاً منه خلاف ما اعتمد عليه.

قال في الشرائع بعد الحكم بجواز الدخول في الولاية، دفعاً للضرر اليسير مع الكراهه والكثير بدونها: إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول والعمل بما يأمره مع عدم قدره على التفصّي منه، انتهى.

قال في المسالك ما ملخصه: إنّ المصنّف قدس سره ذكر في هذه المسألة شرطين: الإكراه، والعجز عن التفصّي، وهما متغايران، والثاني أخصّ. والظاهر أنّ مشروطهما مختلف، فالأول شرط لأصل قبول الولاية، والثاني شرط للعمل بما يأمره.

الشرح:

التفصّي شرط في جواز العمل بما يأمره الجائر، وأنّ المراد بالإكراه وعدم إمكان التفصّي واحد كما فهمه المصنّف رحمه الله .

وذكر في «المسالك»^(١) في شرح عبارته: إنّ الاستفادة منها أمران:

أحدهما: اعتبار الإكراه.

ثانيهما: عدم إمكان التفصّي، وموردهما مختلف، فإنّ مورد اعتبار الإكراه قبول الولاية، ومورد عدم إمكان التفصّي سائر المحرّمات.

ثمّ أورد على عبارته بأنّه لا وجه لاعتبار عدم إمكان التفصّي أصلاً، بل المعتبر تحقق الإكراه بالإضافة إلى سائر المحرّمات، وأمّا قبول الولاية فلا يعتبر في جوازه حتّى الإكراه.

ص: ٩٧

ثم فرّع عليه: أنّ الولايه إن أخذت مجرّده عن الأمر بالمحرّم فلا يشترط في جوازه الإكراه، وأمّا العمل بما يأمره من المحرّمات فمشرّوط بالإكراه خاصّه، ولا يشترط فيه الإلجاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه، وقد صرّح به الأصحاب في كتبهم، فاشترط العجز عن التفضي غير واضح، إلّا أن يريد به أصل الإكراه إلى أن قال: إنّ الإكراه مسوّغ لامتناع ما يؤمر به وإن قدر على المخالفه مع خوف الضرر، انتهى موضع الحاجه من كلامه.

الشرح:

أقول: الموجب لجواز قبول الولايه من قبل الجائر أمران: إيصال النفع إلى المؤمنين والإكراه، وإذا فرض انتفاء الأوّل تعيّن اعتبار الإكراه، فلا وجه لما ذكره من عدم اعتبار الإكراه في جواز قبولها، وكأنّه رحمه الله توهم أنّ مراد المحقّق من عدم القدره على التفضي هو انتفاء القدره والاختيار رأساً المعبر عنه بالإلجاء فذكر أنّ هذا أخصّ من الإكراه، ولا يعتبر في ارتفاع الحرمة عن المحرّمات أصلاً.

وقد توهمه أيضاً صاحب «الجواهر» الذي نسب الخلاف فيه إلى الأصحاب، وأنّ لهم في اعتباره ثلاثه أقوال، والشاهد لذلك ما ذكره أخيراً من أنّه على القول باعتبار عدم إمكان التفضي لو توقّف المخالفه على بذل مال كثير لزم البذل، ثمّ قال: «وهو أحوط بل أقرب» (١). ووجه الشهاده أنّ وجوب البذل على ذلك القول لا يتمّ إلّا إذا أريد بعدم إمكان التفضي، الإلجاء وعدم القدره على الترك أصلاً.

ثمّ لا يخفى أنّه لو قيل بجواز الدخول في الولايه من الجائر للضروره، أي لتأمين المعاش لنفسه وعياله، فهو فيما إذا لم يكن الدخول فيها ملازماً لارتكاب محرّم آخر، بأن كان عاملاً له في عمل مباح، وإلّا فلا موجب لارتفاع حرمة ذلك العمل الآخر، فتدبّر.

ص: ٩٨

أقول: لا- يخفى على المتأمل أنّ المحقق رحمه الله لم يعتبر شرطاً زائداً على الإكراه، إلا أنّ الجائر إذا أمر الوالى بأعمال محرّمة فى ولايته كما هو الغالب وأمكن فى بعضها المخالفه واقعاً ودعوى الامتثال ظاهراً كما مثلنا لك سابقاً، قيّد امتثال ما يؤمر به بصوره العجز عن التفصّى.

وكيف كان، فعباره الشرائع واقعه على طبق المتعارف من توليه الولاة وأمرهم فى ولايتهم بأوامر كثيره يمكنهم التفصّى عن بعضها، وليس المراد بالتفصّى المخالفه مع تحمّل الضرر، كما لا- يخفى. وممّا ذكرنا يظهر فساد ما ذكره من نسبه الخلاف المتقدم إلى الأصحاب من أنّه على القول باعتبار العجز عن التفصّى لو توقّف المخالفه على بذل مال كثير لزم على هذا القول، ثمّ قال: وهو أحوط، بل وأقرب.

الرابع: أنّ قبول الولاية مع الضرر المالى [١] الذى لا- يضّرّ بالحال رخصه لا عزمه، فيجوز تحمّل الضرر المذكور، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، بل ربّما يستحب تحمّل ذلك الضرر للفرار عن تقويه شوكتهم.

الشرح:

[١] ذكره رحمه الله أنّ قبول الولاية مع الضرر المالى الذى لا- يضّرّ بالحال جائز، بمعنى الإباحه لا بمعنى الوجوب، فإنّه يجوز للإنسان تحمّل ذلك الضرر، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم (١).

أقول: تقييد الرخصه فى كلامه بالضرر المالى الذى لا يضّرّ بالحال مقتضاه وجوب قبول الولاية مع الخوف من الضرر المضرّ بالحال، وهذا لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم.

لا- يقال: إنّه لا- يجوز تمكين الجائر من المال، سواء كان قليلاً أو كثيراً، فإنّ أخذه المال باعتبار كونه غصباً وعدواناً على الغير محرّم؛ ولذا يجب عليه ردّ ذلك المال،

ص: ٩٩

الخامس: لا يباح بالإكراه [١] قتل المؤمن ولو توعد على تركه بالقتل إجماعاً، الشرح:

ويكون تلفه عليه، وإذا كان وضعه اليد على المال محرماً يكون تحمّل المكره بالفتح الضرر الماليّ إعانه له على ظلمه.

فإنّه يقال: نعم، تسليم المكره بالفتح المال إليه اختياراً غير جائز كما ذكر، وأمّا إتلافه أمواله قبل وصول الجائر إليها حتى لا يكون له مال فغير لازم؛ لما ذكرنا سابقاً في بحث الإعانه على الحرام أنّ التجاره ونحوها ليستا من قبيل الإعانه على أخذ العاشر. وأمّا الفرار عن الجائر فيما إذا أراد قتله فهو باعتبار وجوب التحفظ على النفس من الهلاك، وهذا التحفظ غير واجب بالإضافة إلى الأموال كما لا يخفى، بل قبول الولايه مع عدم المضّر بالحال وكذا ارتكاب محرّم آخر، مع كونه يسيراً يتعارف تحمّله مشكل، فإنّ مثل هذا الضرر لا يكون موجّباً لارتفاع التكليف بقاعده نفى الضرر (١) أو حديث الرفع (٢).

[١] ذكره رحمه الله في هذا الأمر أنّ الإكراه على قتل مؤمن لا يكون موجّباً لجواز قتله، حتّى فيما إذا كان الضرر المخوف على نفسه هو القتل، بلا خلاف ظاهر، ومقتضى حديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج وإن كان هو الجواز، وكون الإكراه على قتل مؤمن مثل الإكراه على سائر المحرّمات، إلّا أنّ النصّ الصحيح قد دلّ على عدم مشروعيّة التقيّه بإراقه دم الغير، وذلك النصّ بالإضافة إلى حديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج من قبيل الخاص إلى العامّ، حيث لا يتحمّل عدم جواز قتل المؤمن للتقيّه وجوازه في مقام الإكراه عليه.

أقول: قد ذكرنا أنّه لا يجرى في مثل المقام لا حديث رفع الإكراه ولا قاعده نفى الحرج أو نفى الضرر؛ لأنّ تجويز الإضرار بالغير مالا أو عرضاً أو نفساً خلاف الامتنان

ص: ١٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

على الظاهر المصرح به في بعض الكتب، وإن كان مقتضى عموم نفي الإكراه والحرص الجواز، إلا أنه قد صحح عن الصادقين (صلوات الله عليهما) أنه: «إنما شرعت التقيته ليحقن بها الدم، فإذا بلغت الدم فلا تقيه». ومقتضى العموم أنه لا فرق بين أفراد المؤمنين من حيث الصغر والكبر، والذكور والأنثى، والعلم والجهل، الشرح:

على ذلك الغير، وأما نفي مشروعته التقيه بإراقه الدم ففي روايتين:

إحداهما: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم، فإذا بلغ الدم فليس تقيه» (١).

وثانيتها: موثقه أبي حمزة الثمالي عن الصادق عليه السلام: «إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم، فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه» (٢). ويطلق التقيه على ستر الإنسان مذهبه للحفاظ على نفسه أو غيره من إضرار المعتدى مالا - أو نفساً، ويطلق على ستر مذهبه تحفظاً على نفسه أو غيره من خصوص ضرر القتل، والمراد بالتقيه في الروايتين هو الثاني، ومدلولها أنه لا يشرع التحفظ على نفسه أو نفس غيره بإراقه دم مؤمن، ولكن لا بأس به بفعل سائر المحرمات.

وذكر الإيرواني رحمه الله (٣): «أن التقيه عبارة عن تحفظ المتقي بالكسر على دمه، ومفاد الروايتين أمر ارتكازي، وهو أنه إذا لم تثر التقيه في حفظ دم المتقي بالكسر بأن علم أنه يراق على كل تقدير فلا تقيه، بل لا بد من إظهار الحق والواقع قولاً أو فعلاً». وأجاب السيد الخوئي رحمه الله (٤) بأن لهذا الاحتمال مجالاً في الصحيحه، وأما الموثقه فالمذكور فيها بلوغ التقيه، يعني التحفظ على نفسه من التلف إلى إراقه الدم،

ص: ١٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٣٤، الباب ٣١ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ١ : ٢٧١.

٤- (٤) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٥٤٠.

والحرّ والعبد وغير ذلك. ولو كان المؤمن مستحقاً للقتل لحدّ [١] ففي العموم وجهان: من إطلاق قولهم: «لا تقيّه في الدماء»، ومن أنّ المستفاد من قوله عليه السلام: «ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فلا تقيّه» أنّ المراد الدّم المحقون دون المأمور بإهراقه، وظاهر المشهور الأوّل.

وأما المستحق للقتل قصاصاً فهو محقون الدّم بالنسبه إلى غير ولي الدّم. وممّا ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف [٢] لأنّ التّقيه إنّما الشّرح:

فيكون المراد إراقه دم الغير لا محاله.

أقول: لا مجال لذلك الاحتمال حتّى في الصحيحه؛ لأنّه لو كان المراد البلوغ إلى دم المتّقى بالكسر لكان قوله عليه السلام: «فلا تقيّه» من قبيل (السماء فوقنا) من توضيح الواضح، بخلاف ما كان المراد به دم غيره، فإنّه يكون من الحكم التعيّد. وبعبارة أخرى: الظاهر اتحاد الروايتين في المفاد.

[١] بناءً على أنّ إجراء الحدود من وظيفه الحاكم يكون قتل سائر الناس نظير قتل غير أولياء المقتول، إلا إذا أذن لهم الحاكم أو كان الحدّ نظير حدّ سبّ النبيّ صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام ممّا يجوز لكلّ مكلف القيام به.

[٢] لازم ما ذكره رحمه الله جواز قتل المخالف فيما إذا أكره عليه، ولو كان الضرر المخوّف على تركه الضرر المالى غير المضرّ بالحال؛ لأنّ مقتضى حديث رفع الإكراه جواز الإضرار بالغير ولو بالقتل، والمفروض عدم دلالة الروايتين بالإضافه إلى المخالف. ولا- أظنّ التزامه رحمه الله أو التزام غيره بجواز قتله في الفرض. نعم ذكر في آخر كلامه أنّ حكم كلّ دم غير محترم بالذات حكم سائر المحرّمات، والمراد أن لا يكون فيه الاحترام الثابت لدم المؤمن.

والحاصل: أنّه بناءً على ما ذكرنا من عدم شمول دليل رفع الإكراه أو الضرر

شرّعت لحقن دماء الشّيعه، فحدّها بلوغ دمهم، لا دم غيرهم. وبعبارة أخرى: محصّل الزوايه لزوم نقض الغرض من تشريع التقيّه فى إهراق الدّماء، لأنّها شرّعت لحقنها فلا يشرّع لأجلها إهراقها. ومن المعلوم أنّه إذا أكره المؤمن على قتل مخالف فلا يلزم من شرعيه التقيّه فى قتله إهراق ما شرّع التقيّه لحقنه. هذا كلّ فى غير النّاصب.

وأما النّاصب فليس محقون الدم، وإتّما منع منه حدوث الفتنه، فلا إشكال فى مشروعيه قتله للتقيّه. ومما ذكرنا يعلم حكم دم الدّمى وشرعيه التقيّه فى إهراقه.

وبالجملة، فكلّ دم غير محترم بالذات عند الشّارع خارج عن مورد الزوايتين، فحكم إهراقه حكم سائر المحرّمات التى شرّعت التقيّه فيها.

الشرح:

للموارد التى يكون الرفع فيها مخالفاً للامتنان على الأمّه، يحكم فى الفرض بعدم الجواز، ولكن لا يرتبط ذلك بالناصب والكافر ممّن لا حرمة لدمه أصلاً، أو ليس له احترام دم المسلم كالذمى. ولو توقّف التحفّظ على دم مؤمن على إراقه دم المخالف كان المقام من موارد التراحم بين وجوب إحياء النفس وحرمة القتل.

وربّما يقال بعدم التفصيل فى الدماء؛ لأنّ المسلمين متكافئون فى الدم، كما يدلّ على ذلك مثل صحيحه عبداللّه بن أبى يعفور عن أبى عبداللّه عليه السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله خطب الناس فى مسجد الخيف فقال: نضر الله عبداً سمع مقالتي فوعاها إلى أن قال: المسلمون إخوة تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم»^(١).

ودعوى اختصاصها بموارد القصاص كما عن السيد الخوئى رحمه الله ^(٢) يدفعها ملاحظتها، فإنّه ليس فى صدرها أو ذيلها ما يشير إلى فرض القصاص.

ص: ١٠٣

١- (١) الكافي ١: ٤٠٣، الباب ١٥٩، الحديث الأول.

٢- (٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١: ٥٤١.

بقى الكلام فى أن الدّم يشمل الجرح وقطع الأعضاء، أو يختصّ بالقتل؟ وجهان: من إطلاق الدّم، وهو المحكى عن الشّيخ. ومن عمومات التقيّه ونفى الحرج والإكراه، وظهور الدّم المتّصف بالحقن فى الدّم المبقى للروح، وهو المحكى عن الرّوضه والمصاييح والرّياض، ولا يخلو عن قوه.

خاتمه: فى ما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه وفى رعيته.

روى شيخنا الشّهيد الثانى رحمه الله فى رسالته المسّماه بكشف الرّيبه عن أحكام الغيبه، بإسناده عن شيخ الطّائفه، عن مفيدها، عن جعفر بن محمد بن قولويه، عن أبيه، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري، عن عبد الله بن سليمان النوفلى، قال: كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فإذا بمولى لعبد الله النّجاشى قد ورد عليه فسلم وأوصل إليه كتاباً، ففضّه وقرأه، فإذا أوّل سطر فيه: بسم الله الرحمن الرحيم، أطال الله تعالى بقاء سيدى، وجعلنى الشّرح:

وكيف كان، فلو لم يتعيّن قتل المخالف وإحياء المؤمن فلا يبعد جواز ذلك، كما هو مقتضى عدم احتمال الأهميه فى ترك قتل المخالف، اللهم إلّا- أن يقال: لا- دليل فى الفرض على وجوب إحياء نفس المؤمن، بل مقتضى إطلاق الآيه حرمة قتل المسلم وإراقه دمه. وقد مرّ أنّه مع احتمال عدم الجواز فى ناحيه المقدّمه يكون إطلاق دليل حرمتها حاكماً على وجوب ذيها، ويمكن أن يكون الدليل عليه النهى عن الإيقاع فى التهلكه.

لا يقال: إنّ مقتضى قوله عليه السلام: «إنّما جعلت التقيّه ليحقن بها الدم» جواز ارتكاب كلّ محرّم بالتقيّه، إلّا إراقه دم المؤمن، فأراقه دم المخالف باقيه فى المستثنى منه.

فإنّه يقال: المراد بالتقيّه فى مثل الروايتين التقيّه عن المخالفين، كما يجده من راجع الأخبار الوارده فى مشروعيتها ولزوم رعايتها، ولا يتصوّر رعايه هذه التقيّه

من كل سوء فداه، ولا أرانى فيه مكروهاً، فإنه وليّ ذلك والقادر عليه. اعلم سيدى ومولاي، أنى بُليت بولايه الأهواز؛ فإن رأى سيدى ومولاي أن يحدّ لى حدّاً، ويمثّل لى مثلاً لأستدلّ به على ما يقربنى إلى الله عزّ وجلّ وإلى رسوله صلى الله عليه وآله، ويلخّص فى كتابه ما يرى لى العمل به، وفى ما أبدله، وأين أضع زكّاتى، وفى من أصرّفها، وبمن آنس، وإلى من أستريح، وبمن أثق وآمن وألجأ إليه فى سرّى، فعسى أن يخلّصنى الله تعالى بهدايتك وولايتك، فإنك حجه الله على خلقه وأمينه فى بلاده، لا زالت نعمته عليك. قال عبدالله بن سليمان، فأجابه أبو عبدالله عليه السلام :

بسم الله الرحمن الرحيم، حاطك الله بصنعه، ولطف بك بمنّه، وكلاك برعايته، فإنه وليّ ذلك.

أمّا بعد، فقد جاءنى رسولك بكتابك، فقرأته وفهمت جميع ما ذكرته وسألت عنه، وذكرت أنك بليت بولايه الأهواز، فسرنى ذلك وساءنى، وسأخبرك بما ساءنى من ذلك وما سرنى إن شاء الله تعالى.

الشرح:

ياراقه دم المخالف؛ ليقال بأن مقتضى الرويتين جوازها. وإذا جاز عمّ الجواز صورته الإكراه أيضاً، باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتى الإكراه والتقيه كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر قوله عليه السلام فى الرويتين: «ليحقن بها الدم» الدم المبقى للحياه، فلا يعمّ المستثنى ما إذا توقفت التقيه، أى التحفظ على الدم المبقى لحياه مؤمن على الإضرار بمؤمن آخر بإيراد النقص على أعضائه، بل يكون هذا الإضرار داخلاً فى المستثنى منه، فيحكم بجوازه للتقيه، وإذا جاز عند التقيه جاز عند الإكراه أيضاً، باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتى الإكراه والتقيه. وبهذا يظهر الحال فيما إذا توقفت التقيه، أى التحفظ على الدم المبقى على الإضرار بمؤمن آخر عرضاً أو مالاً، فإنه جائز بمقتضى عموم الرويتين؛ لجواز التقيه لحقن الدم، وإذا جاز هذا الإضرار

فأما سرورى بولايتك، فقلت: عسى أن يغيث الله بك ملهوفاً خائفاً من أولياء آل محمد صلى الله عليه وآله، ويعزّ بك ذليلهم، ويكسو بك عاريهم، ويقوى بك ضعيفهم، ويطفى بك نار المخالفين عنهم.

وأما الذى ساءنى من ذلك، فإنّ أدنى ما أخاف عليك أن تعثر بولّى لنا فلا تشم رائحه حظيره القدس، فإننى ملخص لك جميع ما سألت عنه، فإن أنت عملت به ولم تجاوزه، رجوت أن تسلم إن شاء الله تعالى. أخبرنى يا عبد الله أبى، عن آباءه، عن على عليه السلام، عن رسول الله صلى الله عليه وآله، أنه قال: «من استشاره أخوه المؤمن فلم يمحصه النصيحة، سلب الله لبه عنه».

واعلم، أنّى سأشير عليك برأى إن أنت عملت به تخلّصت ممّا أنت تخافه، واعلم أنّ خلاصك، ونجاتك فى حقن الدماء، وكفّ الأذى عن أولياء الله، والرّفق بالرّعيه، والتأنى وحسن المعاشره، مع لين فى غير ضعف، وشده فى غير عنف، ومداره صاحبك ومن يردّ عليك من رسله. وارفق برعيتك [وارتق فتق رعيتك] بأن توقفهم على ما وافق الحقّ والعدل إن شاء الله تعالى.

الشرح:

بالتقيّه جاز عند الإكراه عليه أيضاً، باعتبار عدم احتمال الفرق بين الصورتين كما ذكرنا.

وبالجمله: فالحكم بجواز الإضرار بالمؤمن أو غيره مالاّ أو عرضاً أو فى بدنه عند الإكراه عليه يستفاد من الروايتين بضمّ ما ذكرنا من عدم احتمال الفرق بين صورتى التقيّه والإكراه، لا من حديث رفع الإكراه أو دليل نفي الحرج أو نفي الضرر؛ ليقال: إنّها لا تشمل صورته عدم كون الرفع امتنائياً، والله سبحانه هو العالم.

ثمّ إنّ المصنف رحمه الله جعل للبحث عن قبول ولايه الجائر خاتمه ذكر فيها ما رواه الشهيد الثانى رحمه الله فى رسالته المسّماه ب«كشف الريبه عن أحكام الغيبه»، باسناده عن الشيخ الطوسى عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن

و إِيَّاكَ وَالسَّيِّعَاءَ وَأَهْلَ النَّمَائِمِ، فلا- يلزقن [يلتزقن] بك منهم أحد، ولا يراك الله يوماً وليه وأنت تقبل منهم صرفاً ولا عدلاً فيسخط الله عليك ويهتك سترك، واحذر مكر خوزي الأهواز، فإن أبي أخبرني عن آباءه، عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: «إن الإيمان لا- يثبت في قلب يهودي ولا- خوزي أبداً». وأمياً من تأنس به وتستريح إليه وتلجئ أمورك إليه، فذلك الرجل الممتحن المستبصر الأمين الموافق لك على دينك. وميز أعوانك، وجرب الفريقين، فإن رأيت هنالك رشداً فشأنك وإياه. وإياك أن تعطى درهماً أو تخلع ثوباً أو تحمل على دابته في غير ذات الله، لشاعر أو مضحك أو ممترح، إلا أعطيت مثله في ذات الله. ولتكن جوائزك وعطاياك وخلعك للقواد والرسل والأحفاد وأصحاب الرسائل وأصحاب الشرط والأخماس، وما أردت أن تصرف في وجوه البر والنجاح والصداقة والفطره والحج والشرب والكسوه التي تصلى فيها وتصل بها، والهدية التي تهديها إلى الله عز وجل وإلى رسوله من أطيب كسبك. وأنظر يا عبدالله أن لا- تكتز ذهباً ولا- فضة فتكون من أهل هذه الآيه: «الَّذِينَ يَكْتِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا- يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ» ولا تستصغر من حلو أو فضل طعام تصرفه في بطون خاليه تسكن بها غضب الله رب العالمين.

الشرح:

عبدالله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري عن عبدالله بن سليمان النوفلي. والرواية متضمنة لقصه على عليه السلام وتجسم الدنيا له (1)، فلا بد من حمل ذلك على كونه بعد وفاه النبي صلى الله عليه وآله وقبل أخذ فذك من فاطمه عليها السلام، مع أن عبدالله بن سليمان النوفلي مجهول، فراجع.

ص: ١٠٧

١- (١) كشف الرية: ١٢٢ ١٣١. وسائل الشيعة ١٧: ٢٠٧، الباب ٤٩ من أبواب ما يكتسب به.

واعلم، أنى سمعت أبى يحدث عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال يوماً لأصحابه: ما آمن بالله واليوم الآخر من بات شبعاناً وجاره جائع، فقلنا: هلكننا يا رسول الله، فقال: من فضل طعامكم، ومن فضل تمركم ورزقكم وخلقكم وخرقكم تطفثون بها غضب الربّ تعالى». وسأنبئك بهوان الدنيا وهوان شرفها على من مضى من السلف والتابعين، فقد حدثنى أبى، محمد بن على بن الحسين عليهم السلام، قال: «لما تجهّز الحسين عليه السلام إلى الكوفة أتاه ابن عباس فناشده الله والرّحم أن يكون هو المقتول بالطفّ، فقال: أنا أعرف بمصرعى منك، وما وكّدى من الدنيا إلا فراقها، ألا أخبرك يا بن عباس بحديث أمير المؤمنين عليه السلام والدنيا؟ فقال له: بلى لعمرى إننى أحبّ أن تحدّثنى بأمرها. فقال أبى: قال على بن الحسين عليه السلام: سمعت أبا عبد الله الحسين عليه السلام يقول: حدّثنى أمير المؤمنين عليه السلام، قال: إننى كنت بفدك فى بعض حيطانها وقد صارت لفاطمه عليها السلام، فإذا أنا بامرأه قد قحمت علىّ وفى يدي مسحاه وأنا أعمل بها، فلما نظرت إليها طار قلبى ممّا تداخلنى من جمالها، فشبهتها ببثينه بنت عامر الجمحى وكانت من أجمل نساء قريش. فقالت: يا بن أبى طالب، هل لك أن تتزوج بى فأغنيك عن هذه المسحاه، وأدلك على خزائن الأرض فيكون لك الملك ما بقيت ولعقبك من بعدك؟ فقال لها: من أنتِ حتى أخطبك من أهلك؟ فقالت: أنا الدنيا.

قال: قلت لها: فارجمى واطلبى زوجاً غيرى فلست من شأنى، فأقبلت على مسحاتي وأنشأت أقول:

لقد خاب من غرّته دنيا دنيته وما هى أن غرّت قروناً بنائل [بطائل]

أتتنا على زىّ العزيز ببثينه وزينتها فى مثل تلك الشّمائيل

فقلت لها: غرّى سواى فإننى عزوف عن الدنيا ولست بجاهل

وما أنا والدنيا فإنّ محمداً أحلّ صريعاً بين تلك الجنادل

وهيهات أمني بالكنوز وودّها وأموال قارون وملك القبائل

أليس جميعاً للفناء مصيرنا ويطلب من خزّانها بالطوائف؟

فغزى سواى إننى غير راغب بما فيك من ملك وعزّ ونائل

فقد قنعت نفسى بما قد رزقته فشأنك يا دنيا وأهل الغوائل

فإنى أخاف الله يوم لقائه وأخشى عذاباً دائماً غير زائل

فخرج من الدنيا وليس فى عنقه تبعه لأحد، حتّى لقي الله تعالى محموداً غير ملوم ولا مذموم، ثمّ اقتدت به الأئمة من بعده بما قد بلغكم، لم يتلطّخوا بشيء من بوائقها».

وقد وجّهت إليك بمكارم الدنيا والآخرة. عن الصادق المصدّق رسول الله صلى الله عليه وآله ، فإن أنت عملت بما نصحت لك فى كتابى هذا، ثمّ كانت عليك من الذنوب و الخطايا كمثل أوزان الجبال وأمواج البحار، رجوت الله أن يتجافى عنك جلّ وعزّ بقدرته. يا عبدالله، إياك أن تخيف مؤمناً، فإنّ أبى حدثنى عن أبيه، عن جدّه على بن أبى طالب عليهم السلام ، أنّه كان يقول: «من نظر إلى مؤمن نظره ليخيفه بها، أخافه الله يوم لا- ظلّ إلاّ ظلّه، وحشره على صورته الذرّ لحمه وجسده وجميع أعضائه، حتّى يورده مورده». وحدّثنى أبى، عن آبائه، عن على عليه السلام ، عن التّبي صلى الله عليه وآله ، قال: «من أغاث لهفاناً من المؤمنين أغاثه الله يوم لا ظلّ إلاّ ظلّه، وآمنه من الفرع الأكبر، وآمنه من سوء المنقلب.

ومن قضى لأخيه المؤمن حاجه قضى الله له حوائج كثيره، إحداها الجنّه.

ومن كسا أخاه المؤمن جبّه عن عرى، كساه الله من سندس الجنّه واستبرقها وحريرها، ولم يزل يخوض فى رضوان الله ما دام على المكسوّ منها سلّك.

ومن أطعم أخاه من جوع، أطعمه الله من طيبات الجنّه، ومن سقاه من ظمأ، سقاه الله من الرّحيق المختوم. ومن أخدم أخاه، أخدمه الله من الولدان المخلّدين،

وأسكنه مع أوليائه الطاهرين.

ومن حمل أخاه المؤمن على راحله، حملة الله على ناقه من نوق الجنة، وبأهى به الملائكة المقربين يوم القيامة.

ومن زوج أخاه المؤمن امرأه يأنس بها وتشدد عضده ويستريح إليها، زوجة الله من الحور العين وآنسه بمن أحبه من الصديقين من أهل بيت نبيه صلى الله عليه وآله وإخوانه، وآنسه بهم.

ومن أعان أخاه المؤمن على سلطان جائر، أعانه الله على إجازة الصراط عند زله الأقدام.

ومن زار أخاه المؤمن في منزله لا لحاجه منه إليه، كتب من زوار الله، وكان حقيقاً على الله أن يكرم زائره.

يا عبد الله، وحدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله يقول لأصحابه يوماً: «معاشر الناس إنه ليس بمؤمن من آمن بلسانه ولم يؤمن بقلبه، فلا تتبعوا عشرات المؤمنين، فإنه من تتبع عشره مؤمن يتبع الله عشرته يوم القيامة، وفضحه في جوف بيته».

وحدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام أنه قال: «أخذ الله ميثاق المؤمن على أن لا يصدق في مقالته، ولا ينتصف من عدوه، وعلى أن لا يشفى غيظه إلا بفضيحه نفسه، لأن المؤمن ملجم، وذلك لغايه قصيره وراحه طويله، أخذ الله ميثاق المؤمن على أشياء أيسرها عليه مؤمن مثله يقول بمقاله يبغيه ويحسده، وشيطان يغويه ويمقته، وسلطان يقفو إثره ويتبع عشراته، وكافر بالذي هو مؤمن به يرى سفك دمه ديناً، وإباحه حريمه غنماً، فما بقاء المؤمن بعد هذا؟»

يا عبد الله وحدثني أبي، عن آبائه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «نزل جبرئيل عليه السلام، فقال: يا محمد إن الله يقرؤك السلام ويقول: اشتقت للمؤمن اسماً

من أسمائي، سمّيته مؤمناً، فالمؤمن منّي وأنا منه، من استهان بمؤمن فقد استقبلني بالمحاربه».

يا عبدالله، وحدّثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال يوماً: «يا علي، لا تناظر رجلاً حتّى تنظر في سريره، فإن كانت سريره حسنه فإن الله عزّ وجلّ لم يكن ليخذل ولّيه، وإن كانت سريره رديّه فقد يكفيه مساويه، فلو جهدت أن تعمل به أكثر ممّا عمل به من معاصي الله عزّ وجلّ ما قدرت عليه».

يا عبدالله، وحدّثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: «أدنى الكفر أن يسمع الرّجل من أخيه الكلمه فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها، أولئك لا خلاق لهم».

يا عبدالله، وحدّثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أنه قال: «من قال في مؤمن ما رأت عيناه وسمعت أذناه ما يشينه ويهدم مروّته فهو من الذين قال الله عزّ وجلّ: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»».

يا عبدالله، وحدّثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أنه قال: «من روى عن أخيه المؤمن روايه يريد بها هدم مروّته وشينه، أو ثقه الله بخطيئته يوم القيامة حتّى يأتي بالمخرج [بمخرج] ممّا قال، ولن يأتي بالمخرج منه أبداً. ومن أدخل على أخيه المؤمن سروراً فقد أدخل على أهل بيت نبيه صلى الله عليه وآله سروراً، ومن أدخل على أهل بيت نبيه صلى الله عليه وآله سروراً فقد أدخل على رسول الله صلى الله عليه وآله سروراً، ومن أدخل على رسول الله صلى الله عليه وآله سروراً فقد سرّ الله فحقيق على الله أن يدخله جنّته».

ثمّ إنّي أوصيك بتقوى الله، وإيثار طاعته، والاعتصام بحبله، فإنّه من اعتصم بحبل الله فقد هدى إلى صراط مستقيم. فاتّق الله ولا تؤثر أحداً على رضاه وهواه، فإنّه وصيه الله عزّ وجلّ إلى خلقه لا يقبل منهم غيرها، ولا يعظّم سواها.

واعلم، أنّ الخلق [الخالق] لم يوكّلوا بشيء أعظم من تقوى الله، فإنّه وصيتنا

أهل البيت، فإن استطعت أن لا تنال من الدنيا شيئاً يسأل الله عنه غداً فافعل.

قال عبدالله بن سليمان: فلما وصل كتاب الصادق عليه السلام إلى النجاشي نظر فيه، فقال: صدق والله الذي لا إله إلا هو مولاي، فما عمل أحد بما في هذا الكتاب إلا نجا.

قال: فلم يزل عبدالله يعمل به أيام حياته.

المسألة السابعة والعشرون: هجاء المؤمن حرام [١] بالأدلة الأربعة، لأنه همزٌ ولمزٌ وأكل اللحم وتغيير وإذاعه سرّ، وكل ذلك كبيره موبقه، فيدلّ عليه فحوى جميع ما تقدّم في الغيبة، بل البهتان أيضاً، بناءً على تفسير الهجاء بخلاف المدح كما عن الصّحاح، فيعمّ ما فيه من المعايب وما ليس فيه، كما عن القاموس والنّهاية والمصباح، لكن مع تخصيصه فيها بالشعر.

الشرح:

[١] الهجاء ككساء الشتم بالشعر، كما عن بعض، وتعداد معايب قوم وذكر معايبهم، كما عن بعض آخر. ويظهر من المصنّف رحمه الله أنّ هجاء المؤمن ليس بعنوانه من المحرّمات، بل حرمة باعتبار كونه همزاً أو لمزاً وأكل لحم وتغييراً وإذاعه سرّ، ولا يبعد اتّحاد عنوان الهمز أو اللمز مع التغيير، واتّحاد أكل لحمه مع إذاعه سرّه.

وربّما ينطبق عليه عنوان البهتان، بناءً على أنّ الهجاء ضدّ المدح، فيعمّ ذكر المعايب الموجوده في الشخص والتي ليست فيه، فيكون ذكرها بهتاناً.

والحاصل: أنّه تختلف الموارد، ففي بعضها ينطبق على الهجاء بعض العناوين المشار إليها، وفي بعضها الآخر ينطبق عليه بعضها الآخر، ولو كان ذكر شخص بعيد ظاهر للإهانة والاستخفاف انطبق عليه عنوان التغيير لا عنوان الغيبة، وهكذا. واحترز بالمؤمن عن المخالف، فإنّه قد تقدّم في البحث عن حرمة الغيبة أنّ جواز اغتيابه باعتبار كونه ممن ألقى جلاباب الحياء؛ لتظايره بالفسق بإنكاره قولاً وعملاً ما هو

وأما تخصيصه بذكر ما فيه بالشعر كما هو ظاهر جامع المقاصد، فلا يخلو عن تأمل، ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره.

وأما الخبر: «مَحْصُوا ذُنُوبَكُمْ بِذِكْرِ الْفَاسِقِينَ»، فالمراد به الخارجون عن الإيمان أو المتجاهرون بالفسق. واحترز بالمؤمن عن المخالف، فإنه يجوز هجوه لعدم احترامه، وكذا يجوز هجاء الفاسق المبدع، لئلا يؤخذ ببدعه [ببدعته]، لكن بشرط الاقتصار على المعائب الموجودة فيه، فلا يجوز بهته بما ليس فيه، لعموم حرمة الكذب، وما تقدّم من الخبر في الغيبة من قوله عليه السلام فيحقّ المبتدعه: «باهتوهم كيلا- يطمعوا في إضلالكم» محمول على اتهامهم وسوء الظنّ بهم بما يحرم اتهام المؤمن به، بأن يقال: لعلّه زان، أو سارق.

وكذا إذا زاده ذكر ما ليس فيه من باب المبالغه. ويحتمل إبقاؤه على ظاهره بتجوز الكذب عليهم لأجل المصلحه، فإنّ مصلحه تنفير الخلق عنهم أقوى من الشرح:

عماد الدين، وأهمّ أركانها، يعنى ولايه أهل البيت عليهم السلام . ولا يبعد جواز هجوه أيضاً، فيما إذا كان قاصراً، فإنّه على ما تقدّم من الفاسق المبدع.

ويظهر من المصنّف رحمه الله أنّه يقتصر في هجو الفاسق المبدع بذكر المعائب الموجوده فيه، وحمل ما ورد من قوله عليه السلام: «باهتوهم لكيلا يطمعوا في إضلالكم»^(١) على سوء الظنّ بهم واتهامهم بما يحرم اتهام المؤمن به، بأن يقال: لعلّه سارق أو زان. ولا يخفى ما فيه، فإنّ هذا بالإضافة إلى دليل حرمة الكذب من الخاصّ أو المقيّد بالإضافة إلى العامّ أو المطلق، فيرفع اليد عنهما بالقرينه على التقييد أو التخصيص، أضف إلى ذلك أنّ جواز هذا الكذب مستفاد من فحوى ما دلّ على جواز الحلف كاذباً لدفع ضرر

ص: ١١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٦٧، الباب ٣٩ من أبواب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الحديث الأول. وفيه: «وباهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام . . .».

مفسده الكذب. وفي روايه أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «قلت له: إن بعض أصحابنا يفترون ويقذفون من خالفهم، فقال: الكف عنهم أجمل. ثم قال لي: والله يا أبا حمزه إن الناس كلهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا. ثم قال: نحن أصحاب الخمس، وقد حرّمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا». وفي صدرها دلالة على جواز الافتراء وهو القذف على كراهه، ثم أشار عليه السلام إلى أولويه قصد الصدق بإرادته الزنا من حيث استحلال حقوق الأئمة عليهم السلام .

المسألة الثامنة والعشرون: الهجر بالضم وهو الفحش [١] من القول، وما استقبح التصريح به منه.

ففي صحيحه أبي عبيده: «البداء من الجفاء، والجفاء في النار».

وفي النبوي صلى الله عليه وآله: «إن الله حرّم الجنّة على كلّ فحّاش بذىء قليل الحياء لا يبالي بما قال، ولا ما قيل فيه».

وفي روايه سماعه «إياك أن تكون فحّاشاً».

وفي النبوي صلى الله عليه وآله: «إن من اشترى عباد الله من يكره مجالسته لفحشه».

وفي روايه: «من علامات شرك الشيطان الذي لا شك [يشك] فيه: أن يكون فحّاشاً لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه». إلى غير ذلك من الأخبار.

هذا آخر ما تيسر تحريره من المكاسب المحرّمه.

الشرح:

المعتدى عن مال أخيه المؤمن، حيث إنّ ضرر المعتدى على دينه أولى بالدفع منه.

[١] الهجر بضم الهاء هو الفحش، ويظهر من المصنّف رحمه الله أنّ البداء بفتح الباء مرادف له، حيث استدللّ على حرمه الفحش بصحيحه أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «البداء من الجفاء، والجفاء في النار» (١).

ص: ١١٤

النوع الخامس: ممّا يحرم التكسب به، ما يجب على الإنسان [١] فعله عيناً أو كفايه تعديداً أو توصيلاً على المشهور كما في المسالك، بل عن مجمع البرهان كأنّ دليله الإجماع.

والظاهر أنّ نسبته إلى الشهره في المسالك في مقابل قول السيد المخالف في وجوب تجهيز الميت على غير الوليّ لا في حرمه أخذ الأجره على تقدير الوجوب عليه.

وفي جامع المقاصد: الإجماع على عدم جواز أخذ الأجره على تعليم صبيغه النكاح أو إلقائها على المتعاقدين، انتهى.

الشرح:

ويظهر من صاحب «الوسائل» رحمه الله أنّه غير الفحش، حيث جعل لحرمه الفحش باباً ولحرمه البذاء باباً آخر، كأنّ البذاء عنده عدم مبالاه الشخص بما يقول أو يقال فيه، والفحش هو ذكر نفسه أو غيره ببعض الأفعال التي يقبح ذكرها، كقوله: يا ديوث، ويا زانى، ونحوهما. وتؤيد ذلك الروايات التي وصف الفحاش فيها بكونه بذياً، وفي روايه سليم بن قيس: «إنّ الله حرّم الجنه على كلّ فحاش بذى قليل الحياء، لا يبالى ما قال وما قيل له» (١).

وكيف كان، فلا إشكال في حرمه الفحش وعدم مبالاه الشخص في قوله، ولكن كونها بمرتبه ما في روايه سليم ونحوها لم تثبت، والله سبحانه هو العالم.

[١] المنسوب إلى الشهره عدم جواز الأجره على العمل الواجب، بل عن جماعه دعوى الإجماع عليه، قال في الشرايع: «الخامس: مما يحرم الاكتساب به ما يجب على الإنسان، كتغسيل الموتى وتكفينهم وتدفينهم» (٢)، ونسب

ص: ١١٥

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٢.

٢- (٢) شرائع الاسلام ٢: ٢٦٤.

وكانَ لمثل هذا ونحوه ذكر في الرِّياض: أنَّ على هذا الحكم الإجماع في كلام جماعه وهو الحجَّة، انتهى.

واعلم أنَّ موضوع هذه المسألة: ما إذا كان للواجب على العامل منفعه تعود إلى من يبذل بإزائه المال، كما لو كان كفاًئياً وأراد سقوطه منه فاستأجر غيره أو كان عينياً على العامل ورجع نفع منه إلى باذل المال، كالقضاء للمدعى إذا وجب عيناً. وبعبارة أخرى: مورد الكلام ما لو فرض مستحباً لجاز الاستئجار عليه، لأنَّ الكلام في كون مجرد الوجوب على الشخص مانعاً عن أخذه الأجره عليه، فمثل فعل الشخص صلاح الظاهر عن نفسه لا يجوز أخذ الأجره عليه لا لوجوبها، بل لعدم وصول عوض المال إلى باذله، فإنَّ النافله أيضاً كذلك.

الشرح:

في «المسالك» (١) هذا المنع إلى الشهره، والظاهر أنَّ مراده شهره حرمه الاكتساب بتجهيز الموتى، حيث جَوَّز السيد رحمه الله (٢) أخذ الأجره عليه بدعوى أنَّ التجهيز تكليف على الولي، ولا يجب على غيره.

والحاصل: أنَّ المنع عن أخذ الأجره على التجهيز مبنى على مسلك المشهور القائلين بتوجه التكليف به إلى عامه المكلفين، لا أنَّ دعوى الشهره راجعه إلى أصل مسأله عدم جواز الاكتساب بالعمل الواجب، لتكون مشعره بالخلاف فيها.

ثمَّ إنَّ مورد الكلام في المقام ما إذا كانت في الواجب منفعه عائده إلى باذل الأجره، كما لو كان كفاًئياً وأراد سقوطه منه، كتعليم صيغه النكاح أو إلقائها على طرفي النكاح، فإنَّ تعليمها كإلقائها على طرفيه من الواجب الكفائي، وباعتبار انتفاع باذل الأجره تخرج المعامله عن عنوان أكل المال بالباطل.

وبعبارة أخرى: الكلام في المقام فيما إذا اجتمعت الشرائط المعبره في

ص: ١١٦

١- (١) مسالك الأفهام ٣ : ١٣٠.

٢- (٢) حكاة عنه الشهيد في الدروس ٣ : ١٧٢ .

ومن هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب، بمنافات ذلك للإخلاص فى العمل لانتقاضه طرداً وعكساً بالمندوب والواجب التوصلى. وقد يُردّ ذلك بأنّ تضاعف الوجوب بسبب الإجاره يؤكّد الإخلاص.

وفيه مضافاً إلى اقتضاء ذلك، الفرق بين الاجاره والجعلاه، حيث إنّ الجعاه لا- توجب العمل على العامل : أنه إن أريد أنّ تضاعف الوجوب يؤكّد اشتراط الإخلاص فلا- ريب أنّ الوجوب الحاصل بالإجاره توصّلى لا يشترط فى حصول ما وجب به قصد القربه مع أنّ غرض المستدلّ منافاه قصد أخذ المال لتحقق الإخلاص فى العمل لا لاعتباره فى وجوبه. وإن أريد أنه يؤكّد تحقّق الإخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعاً، لأنّ ما لا- يترتب عليه أجر دنيوى أخلص ممّا يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان. هذا، مع أنّ الوجوب الناشئ من الإجاره، إنّما يتعلّق بالوفاء بعقد الإجاره.

الشرح:

الاستيجار، ويقع البحث فى أنّ وجوب عمل على المكلف مانع عن جواز أخذه الأجره عليه من المنتفع بذلك العمل أم لا، فمثل صلاه الظهر لا يجوز أخذ الأجره عليها، لا لوجوبها، بل لأنّ أخذ الأجره عليها من أكل المال بالباطل.

ويستدلّ على عدم الجواز بأمر:

الأول: منافاه أخذ الأجره للإخلاص المعتبر فى العباده، ولكن هذا لا يثبت المدعى؛ لاقتضائه عدم جواز أخذ الأجره على العباده ولو مع ندبها، وجواز أخذ الأجره على غيرها ولو كان واجباً.

وأجيب أيضاً عنه. بأن تعدد الوجوب المتعلق أحدهما بالفعل ابتداءً، والثانى بعنوان الوفاء بالعقد، يؤكّد الإخلاص ولا ينافيه.

وأورد المصنّف رحمه الله على هذا الجواب أولاً: بأنّ لازمه التفصيل فى أخذ العوض

ومقتضى الإخلاص المعتبر في ترتب الثواب على موافقه هذا الأمر ولو لم يعتبر في سقوطه هو إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله، فهذا المعنى ينافى وجوب إتيان العبادة لأجل استحقاقه تعالى إيّاه، ولذا لو لم يكن هذا العقد واجب الوفاء كما في الجعالة لم يكن قصد الإخلاص مع قصد استحقاق العوض، فلا- إخلاص هنا حتى يؤكد الوفاء بعد الإيجاب بالإجاره، فالمانع حقيقه هو عدم القدره على إيجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض سواء كانت المعاوضه لازمه أم جائزه.

الشرح:

على العمل، فيجوز بعنوان الإجاره، ولا- يجوز بعنوان الجعالة، فإنه بالاستيجار يجب العمل على الأجير وفاءً بالمعامله، فيتضاعف وجوبه، فيتأكد الإخلاص، بخلاف الجعالة، فإنه لا يجب فيها العمل، فيكون العوض بها منافياً للإخلاص المعتبر.

أقول: لا مجال لهذا الإيراد، فإنه إذا فرض أن تضاعف الوجوب ولو بعنوان الوفاء بالمعامله يؤكد الإخلاص، فلازمه عدم منافاه أخذ العوض على العمل للإخلاص المعتبر فيه، فيكون أخذه بعنوان الجعالة أيضاً جائزاً. غايه الأمر أنه لا يكون في فرضها تأكيد الإخلاص باعتبار عدم وجوب الوفاء بالجعالة.

وأورد رحمه الله على الجواب ثانياً: بأنه إن أريد أن تضاعف الوجوب يوجب تأكيد اشتراط العباده بقصد القربه فهو غير صحيح؛ لأنّ وجوب الوفاء بالمعامله توصيلي فكيف يوجب تأكيد اشتراط قصد القربه في العمل، وإن أريد أن قصد القربه من المكلف مع تعدد الوجوب في الفعل، ولو مع الاختلاف في التوصيليه والتعديديه لا يكون آكد، فهو خلاف الوجدان، فإنه شاهد بأن العمل الذي لا يترتب عليه الأجره من الغير، بل يصدر عن المكلف مجاناً يكون القربه فيه أخلص.

وأورد عليه ثالثاً: بأنّ وجوب الوفاء بالمعامله وإن كان توصلياً يسقط بالإتيان

وأما تأتي القربه [١] فى العبادات المستأجره فلأنّ الإجاره انما تقع على الفعل المأتى به تقرّباً إلى الله نيايه عن فلان.

الشرح:

بذات العمل، إلاّ أنّ الثواب على موافقه هذا الوجوب موقوف على قصد القربه الحاصل بالعمل بما أنّه ملك الغير، ويستحقّه عليه، وقصد القربه فى الوجوب التبعدي المتعلّق به ابتداءً هو العمل بما أنّه حقّ لله تعالى، فلا يجتمع قصد القربه فى الوجوب التبعدي مع قصد الامتثال إلى وجوب الوفاء بالمعامله.

أقول: هذا الإيراد أيضاً غير صحيح، وذلك فإنّ مجرد العمل بقصد أنّه ملك الغير ويستحقّه عليه ذلك الغير لا يصحّ الإخلاص المعتبر فى استحقاق الثواب، بل لا بدّ من كون العمل المعنون بالعنوان المزبور بداعى أمر الشارع بالوفاء وتسليم العمل، فيستحقّ الثواب على هذا الفرض، ولا يعمّ تسليم ملك الغير إليه بسائر أغراضه الدنيويّه. ويوضح ما ذكرنا ما إذا ندم الأجير بحيث لولا أمر الشارع بالوفاء بالعقد لم يعمل، ويترك للطرف الأجره، ولكن دعاه إلى العمل مع هذا الندم خوفاً من مخالفه أمر الشارع بتسليم ملك الغير، ومع تسليم ملك الغير إليه بالعمل كذلك تحصل القربه المعتبره فى العباده، فأين المنافاه بين القريتين؟

[١] أخذ رحمه الله فى تقريب إمكان قصد القربه فى العبادات المستأجر عليها، وأنّ جواز أخذ الأجره على النيايه فيها لا يلازم جواز أخذها على نفس العبادات، وذكر ما حاصله: أنّ المصادر فى موارد تلك العبادات عن المكلف أمران:

أحدهما: النيايه، أى تنزيل الأجير نفسه منزله المنوب عنه.

ثانيهما: عمله العبادي، ويكون أخذ الأجره على الأوّل، حيث إنّه مستحبّ نفسيّ توصليّ، باعتبار كونه إحساناً إلى المنوب عنه.

توضيحه: أنّ الشخص يجعل نفسه نائباً عن فلان في العمل متقرباً إلى الله، فالمنوب عنه يتقرب إليه تعالى بعمل نائبه وتقربه، وهذا الجعل في نفسه مستحب، لأنه إحسان إلى المنوب عنه وإيصال نفع إليه، وقد يستأجر الشخص عليه فيصير واجباً بالإجاره وجوباً توصلياً لا يعتبر فيه التقرب. فالأجير إنّما يجعل نفسه لأجل استحقاق الأجره نائباً عن الغير في إتيان العمل الفلاني تقرباً إلى الله.

فالأجره في مقابل النيابة في العمل المتقرب به إلى الله التي مرجع نفعها إلى المنوب عنه، وهذا بخلاف ما نحن فيه، لأنّ الأجره هنا في مقابل العمل تقرباً إلى الله، لأنّ العمل بهذا الوجه لا يرجع نفعه إلّا إلى العامل، لأنّ المفروض أنّه يمتثل ما وجب على نفسه، بل في مقابل نفس العمل، فهو يستحق نفس العمل، والمفروض أنّ الإخلاص إتيان العمل لخصوص أمر الله تعالى، والتقرب يقع للعامل دون الباذل، ووقوعه للعامل يتوقف على أن لا يقصد بالعباده سوى امتثال أمر الله تعالى.

الشرح:

أقول: إن أراد رحمه الله أن تنزيل نفسه منزله المنوب عنه فعل خارجي، والصلاه مثلاً فعل آخر، ولا يرتبط أحدهما بالآخر أصلاً، وأنّ الإجاره في موارد الاستيجار على العباده تقع على الأول، فيردّه أنّ لازم ذلك فراغ ذمه الأجير واستحقاقه المطالبه بالأجره بمجرد قصده النيابة، أي اعتبار نفسه منزله المنوب عنه.

لا يقال: تنزيل نفسه منزلته وإن يكون مورد الإجاره، إلّا أنّ الفعل المفروض كونها عباده مأخوذ في متعلق الإجاره بنحو القيدية، فتكون الصلاه مثلاً خارجه عن متعلق الإجاره، ولكن تقيّد النيابة بكونها فيها داخل فيه. وعلى ذلك فلزوم الإتيان بالصلاه وعدم فراغ ذمه الأجير بدونها باعتبار توقّف متعلق الإجاره عليها.

فإنه يقال: قد تقرّر في محله أنّ الداعي إلى الإتيان بالمقدمه واقعاً يكون هو الداعي إلى ذبيها، والصلاه على ما ذكر مقدمه لمتعلق الإجاره، فيكون الداعي إلى

فإن قلت: يمكن للأجير [١] أن يأتي بالفعل مخلصاً لله تعالى بحيث لا يكون للإجاره دخل في إتيانه فيستحق الأجره، فالإجاره غير مانعه عن قصد الإخلاص.

الشرح:

المتعلق وهو استحقاق الأجره داعياً إلى الصلاه أيضاً، فهذه هي المنافاه الموهومه.

وإن أراد أن الموجود خارجاً شيء واحد، غايه الأمر أن فيه جهتين وعنوانين:

أحدهما: متعلق الإجاره، ولم يؤخذ فيه قصد القربه.

ثانيهما: ما أخذ فيه قصدها، ولكن لم تتعلق به الإجاره، كما يظهر ذلك من قوله فيما بعد: «فإن قلت: الموجود خارجاً من الأجير ليس إلا الصلاه» فلا يمكن المساعدة عليه:

أمّا أولاً: فلأنّ الاستيجار على العباده صحيح حتى فيما إذا لم يقصد الأجير النيابة بالمعنى المتقدم، كمن يقضى ما على الميت ويأتي بالعباده إ فراغاً لذمته، وإن شئت قلت: قضاء ما على ذمه الغير من العباده كقضاء ما على ذمته من الدين، وكما أن أداء دينه لا يتوقف على قصد النيابة عنه، كذلك أداء ما على ذمته من العباده.

وأما ثانياً: فلأنّ تعدد العنوان مع الاتحاد بحسب الوجود لا يفيد في رفع المنافاه الموهومه بين أخذ الأجره على العمل والإخلاص فيه، وذلك فإنّ المطلوب في العبادات والغرض منها لا يحصل إلا بكون الداعي إلى إيجادها أمر الشارع وطلبه، فلا بد من تحقق العباده بداعي أمر الشارع بها، وإذا فرض الاتحاد خارجاً فكيف يكون ذلك الوجود مع أخذ الأجره عليه بداعي القربه؟

[١] وهذا جواب آخر عن الاستدلال على عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، باعتبار أن أخذها مناف لقصد التقرب المعتبر في العباده.

وحاصل الجواب عدم المنافاه بينهما، فإنه يمكن أن يكون داعي المكلف إلى العباده أمر الشارع بها، بحيث لولا أمر الشارع وطلبه لم يأت بها حتى مع بذل الأجره

ص: ١٢١

قلت: الكلام فى أنّ مورد الإجاره لا بدّ أن يكون عملاً قابلاً لأن يوفّى به بعقد الإجاره ويؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إيّاه ومن باب تسليم مال الغير إليه، وما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك.

الشرح:

عليها، وإذا فرض الإتيان بها كذلك يحصل قصد التقرب ويستحقّ الأجره عليها، فأين المنافاه؟

وناقش رحمه الله فى هذا الجواب بقوله: «قلت: الكلام فى أنّ مورد الإجاره»، وحاصله أنّه يعتبر فى صحه الإجاره أى فى دخول الأجره فى ملك الأجير بإزاء العمل المستأجر عليه أن يكون العمل بحيث يمكن للأجير الإتيان به بداعى أنّه ملك المستأجر، فإنّ العمل كذلك تسليم لذلك العمل إليه. ولا يتحقّق هذا الشرط فيما استؤجر على العباده؛ لأنّ الصلاه على ميت مثلاً بداعى أنّها ملك لباذل الأجره لا تجتمع مع الإتيان بها بداعى أمر الشارع بها.

أقول: ليس فى البين ما يقتضى هذا الاعتبار فى نفس الإجاره، بل القصد المزبور دخيل فى حصول عنوان الوفاء بالمعامله، ولكن لا بخصوصه، بل بنحو يعمّ كون قصد الوفاء بها داعياً أو توصيفاً للعمل، بأن يقصد الأجير العمل المملوك للغير، ويأتى به بداعى آخر.

وبعباره أخرى: لا يلزم أن يكون قصد الوفاء بالمعامله محرّكاً نحو العمل، بل يكفى كونه بنحو التوصيف، وعلى ذلك فيمكن للمكّلف قصد العمل المملوك للغير بداعى أمر الشارع بذلك العمل ابتداءً.

نعم، لقائل أن يقول: إنّ مع فرض حصول الشىء بدون الإجاره كما هو مقتضى عمل المكّلف بداعى الأمر به ابتداءً يكون أخذ العوض عليه من أكل المال

ص: ١٢٢

فإن قلت: يمكن أن يكون [١] غايه الفعل التقرب، والمقصود من إتيان هذا الشرح:

بالباطل، باعتبار عدم غرض عقلائي في أخذه وإعطائه، وهذا غير دعوى منافاه أخذ العوض مع التقرب كما لا يخفى، وسيأتي التعرض لذلك إن شاء الله تعالى.

[١] وهذا أيضاً جواب عن الاستدلال المتقدم، أي منافاه أخذ الأجره على العمل للإخلاص المعتبر فيه. وتقريره أن قصد الأجره على العمل كقصد التخلص من الفقر أو المرض في بعض العبادات، فإنه كما يكون في مثل ذلك غرضه من عمله هو التقرب إلى الله سبحانه، وغرضه من تقربه إليه سبحانه بعمله هو الوصول إلى الغنى أو الشفاء أو غير ذلك من المقاصد الدنيويّه، كذلك يكون في المقام غرضه من عمله التقرب إلى الله سبحانه، وغرضه من تقربه إليه بالعمل المفروض الوصول إلى الأجره المقرره في المعامله.

والحاصل: أن استحقاق مطالبه الأجره من قبيل الداعي إلى الداعي، أي غرض الغرض، كما كان الغنى أو الشفاء كذلك.

وأورد رحمه الله على هذا الجواب بالفرق بين المقامين، وأن سائر المقاصد الدنيويّه المترتبه على بعض العبادات أحياناً لا تنافي القربه المعتبره في العباده، باعتبار أن طلبها من الله تعالى في نفسه محبوب له سبحانه، بخلاف طلب الأجره عن الغير، فإنه لا يلائم قصد القربه في العمل، بل ينافيه كما مرّ.

وبهذا يظهر أن عباده جلّ الخلائق لله سبحانه تخلصاً من عذاب الآخره أو وصولاً إلى الجنّه لا تنافي قصد القربه فيها، فإن قصد التخلص من عذاب الجحيم أو الوصول إلى الجنه من قبيل الداعي غير المنافي للقربه، وكل ذلك مطلوب لله سبحانه.

أقول: إيراده رحمه الله غير تامّ، فإن غرض الأجير من تقربه إلى الله سبحانه بعمله هو

الفعل المتقرب به استحقاق الأجره، كما يؤتى بالفعل تقرباً إلى الله ويقصد منه حصول المطالب الدنيوي، كأداء الدين وسعه الرزق وغيرهما من الحاجات الدنيويه.

قلت: فرق بين الغرض الدنيوي المطلوب من الخالق المذى يتقرب إليه بالعمل وبين الغرض الحاصل من غيره وهو استحقاق الأجره، فإن طلب الحاجه من الله تعالى سبحانه ولو كانت دنيويه محبوب عند الله فلا يقدر في العباده، بل ربما يؤكدها.

الشرح:

استحقاق أخذ الأجره في حكم الشارع، لا مجرد أخذ المال، والمنافى لقصد القربه في العمل هو الثاني دون الأول؛ ولذا يأتي بالعمل في غياب المستأجر، وبعد أخذه الأجره منه خوفاً من عذاب ربه وحسابه في حقوق الناس. والمقام يشبه بيع الإنسان داره في مورد الاضطرار، فإنه يقصد بيعها حقيقه لغايه الوصول إلى غرضه الأصلي، أي التمكّن من قضاء حاجته.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنه لا- منافاه بين العمل للآخر بالاستيجار، وبين قصد القربه في ذلك العمل، سواء كان واجباً تعبدياً أو مستحباً كذلك، وأنّ تحسين المصنّف رحمه الله الاستدلال على عدم جواز أخذ الأجره بالمنافاه بين قصد القربه وبين الأخذ المزبور غير صحيح، بل بناء على ما ذكرناه في الأصول من أنّ قصد التقرب المعتبر في العباده ليس خصوص الفعل بداعي الأمر المتعلق به، بل مطلق إضافة العمل إلى الله سبحانه، فتكون الصلاه على ميت بداعي استحقاق الأجره المقرره بإزائها شرعاً عباده؛ لحصول القربه المعتبره فيها بغرض الداعي، وهو استحقاق الأجره شرعاً.

وعلى ذلك فلو لم يلتفت الأجير إلى استحباب الصوم أو الصلاه عن الميت، بل صام أو صلى بغرض استحقاقه شرعاً الأجره المقرره لهما، حكم بصحة عمله

أخذ الأجره على الواجب بالأمر الثاني

وكيف كان، فذلك الاستدلال حسن في بعض موارد المسأله وهو الواجب التعبدى فى الجملة، إلا أن مقتضاه جواز أخذ الأجره فى التوصلات وعدم جوازه فى المندوبات التعبدية فليس مطرداً ولا منعكساً.

نعم، قد استدلل على المطلب بعض الأساطين [١] فى شرحه على القواعد بوجه، أقواها: أن التنافى بين صفة الوجوب والتملك ذاتى، لأن المملوك والمستحق لا يملك ولا يستحق ثانياً.

توضيحه: أن الذى يقابل المال لا بد أن يكون كنفس المال ممّا يملكه المؤجر حتى يملكه المستأجر فى مقابل تملكه المال إياه، فإذا فرض العمل واجباً لله الشرح:

و وقوعها عباده، بلا حاجه إلى حديث الداعى إلى الداعى؛ ليقال: إنه لا يجرى فى صورته الغفله عن استحباب نفس العمل أو وجوبه كما لا يخفى.

[١] استدلل على عدم جواز أخذ الأجره على الواجب بالأمر الثانى، وهو المنافاه بين وجوب العمل ابتداءً وتملكه للآخر بالإجاره ونحوها، بدعوى أن إيجاب الشارع الفعل على مكلف بمعنى تملك ذلك الفعل لله تعالى، فيما إذا كان من قبيل حقوق الله، وبمعنى تملكه للغير إذا كان من حقوق الناس، بأن يكون ذلك العمل ملكاً لذى الحق، كما فى أمر الشارع بتجهيز الميت، فإنه يثبت بذلك للميت حق على الأحياء. ومع الإيجاب كذلك لا يمكن للمكلف تملك ذلك العمل من آخر بالإجاره ونحوها، فإنه يكون نظير ما إذا أجر نفسه لدفن ميت لشخص، وأراد إيجار نفسه ثانياً لشخص آخر لدفن ذلك الميت.

وهذا الوجه أيضاً ضعيف، فإن الإيجاب وإن كان أمراً اعتبارياً على الصحيح كالملكيه، إلا أن سنخه غير سنخ الملكيه فى الأموال، فلا يمتنع اجتماعه معها.

وذكر المصنّف رحمه الله أن هذا الوجه باعتراف الخصم يختص بالواجب العينى،

ليس للمكلف تركه، فيصير نظير العمل المملوك للغير، ألا ترى أنه إذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص لم يجر أن يؤجر نفسه ثانياً من شخص آخر لذلك العمل، وليس إلا لأن الفعل صار مستحقاً للأول ومملوكاً له، فلا معنى لتمليكه ثانياً للآخر مع فرض بقاءه على ملك الأول.

وهذا المعنى موجود فيما أوجهه الله تعالى، خصوصاً فيما يرجع إلى حقوق الغير، حيث إنَّ حاصل الإيجاب هنا جعل الغير مستحقاً لذلك العمل من هذا العامل، كأحكام تجهيز الميت التي جعل الشارع الميت مستحقاً لها على الحي، فلا يستحقها غيره ثانياً.

هذا، ولكن الإنصاف أن هذا الوجه أيضاً لا يخلو عن الخدشه، لإمكان منع المنافاه بين الوجوب الذي هو طلب الشارع للفعل وبين استحقاق المستأجر له، وليس استحقاق الشارع للفعل وتملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الأدمى وتملكه الذي ينافى تملك الغير واستحقاقه. ثم إنَّ هذا الدليل باعتراف المستدل يختص بالواجب العيني، وأمَّا الكفائي فاستدل على عدم جواز أخذ الأجره عليه: الشرح:

وأمَّا الكفائي فاستدل على عدم جواز أخذ الأجره عليه بأنَّ الفعل متعين، أى واجب عليه، فلا يدخل في ملك آخر، وبأنَّ المستأجر لا ينتفع بالعمل الذي يملكه أو يستحقه غيره بإيجاب الشارع، فإنه بمنزله أن يقول للأجير: استأجرتك لغايه أن أتملك منفعتك المملوكه لك، كما فى الواجب من حقَّ الله؛ أو لغيرك كما فى الواجب من حقَّ الناس، انتهى.

أقول: هذا بعينه هو الوجه السابق، ولم يظهر الفرق بينهما، كما أنه لم يظهر وجه اعتراف المستدل باختصاص ما ذكره أولاً بالواجب العيني.

نعم، يظهر من السابق أن مرجع إيجاب الشارع العمل الذي ليس من حقوق

بأنّ الفعل متعين له فلا يدخل في ملك آخر، وبعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقّه غيره، لأنّه بمنزله قولك: استأجرتك لتملك منفعتك المملوكه لك أو لغيرك.

وفيه: منع وقوع الفعل له بعد إجاره نفسه للعمل للغير، فإنّ آثار الفعل حينئذٍ ترجع إلى الغير، فإذا وجب إنقاذ غريق كفايه أو إزاله النّجاسه عن المسجد، فاستأجر واحد غيره، فثواب الإنقاذ والإزاله يقع للمستأجر دون الأجير المباشر لهما. نعم، يسقط الفعل عنه، ليقام المستأجر به ولو بالاستتابه، ومن هذا القبيل الاستئجار للجهاد مع وجوبه كفايه على الأجير والمستأجر.

وبالجمله، فلم أجد دليلاً على هذا المطلب وأياً بجميع أفراده عدا الإجماع الذي لم يصرح به إلا المحقق الثّاني [١]، لكنّه موهون بوجود القول بخلافه من أعيان الأصحاب من القدماء والمتأخرين، على ما يشهد به الحكايه والوجدان.

الشرح:

الناس إلى كون ذلك العمل مملوكاً لله سبحانه، وفي حقوق الناس مرجعه إلى كونه مملوكاً لذلك الغير.

وذكر في الكفائي أنّ إيجاب الشارع بمنزله كون ذلك العمل مملوكاً لنفس الأجير أو غيره؛ ولذا أورد المصنّف رحمه الله على الأخير بأنّ العمل بعد وقوع الإجاره عليه لا يكون ملكاً لنفس الأجير، بل يدخل في ملك المستأجر . . . إلى آخر ما ذكره. والحاصل: أنّ هذا الفرق أيضاً بلا موجب كما لا يخفى.

[١] الأمر الثالث: في عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات دعوى الإجماع، فهو على تقدير تحقّقه غير صالح للاعتماد، فضلاً عن عدم ثبوته، وذلك لاحتمال كون مدرّكهم في عدم جواز الأمرين المتقدّمين، أو غيرهما مما لم يتمّ شيء منها عندنا.

أما الحكاياه، فقد نقل المحقق والعلامة رحمهما الله وغيرهما القول بجواز أخذ الأجره على القضاء عن بعض.

فقد قال فى الشرائع: أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين، ففيه خلاف، وكذلك العلامة رحمه الله فى المختلف. وقد حكى العلامة الطباطبائى فى مصابيحہ عن فخر الدين وجماعه التفصيل بين العبادات وغيرها. ويكفى فى ذلك ملاحظه الأقوال التى ذكرها فى المسالك فى باب المتاجر، وأمّا ما وجدناه، فهو أنّ ظاهر المقنعه، بل النّهايه ومحكى القاضى جواز الأجر على القضاء مطلقاً وإنّ أول بعض كلامهم بإرادته الارتزاق. وقد اختار جماعه جواز أخذ الأجر عليه إذا لم يكن متعيناً، أو تعين وكان القاضى محتاجاً.

وقد صرح فخر الدين فى الإيضاح بالتفصيل بين الكفائيه التوصلية وغيرها، فجوّز أخذ الأجره فى الأوّل، قال فى شرح عبارہ والده فى القواعد فى الاستتجار

الشرح:

وذكر النائنى رحمه الله (1) فى المقام رابعاً لعدم جواز أخذ الأجره على الواجبات وإن كانت توصيلية، وهو أنّ من شرط الإجاره أن يكون متعلقها مقدوراً يمكن للمكلف فعله وتركه، ومع إيجاب الفعل لا يمكن له تركه، حيث إنّ الممتنع الشرعى كالممتنع العقلى.

وفيه: أنّ الدخيل فى تمامية الإجاره تمكّن المكلف من تسليم العمل الذى هو مورد الإجاره، لا التمكّن بمعنى آخر، وإيجاب الفعل لا ينافى هذا التمكّن، ولذا لو وقع شرطاً فى ضمن عقد لازم صحّ وترتب عليه أثره. نعم، مع التحريم لا يمكن تسليمه، فلا يعمّه مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، حيث لا يمكن الأمر بالوفاء بالإجاره مع النهى عن الفعل كما لا يخفى.

ص: ١٢٨

على تعليم الفقه ما لفظه: الحقّ عندى أنّ كلّ واجب على شخص معيّن لا يجوز للمكلف أخذ الأجره عليه. والذي وجب كفايه، فإن كان ممّا لو أوقعه بغير نيته لم يصح ولم يزل الوجوب، فلا يجوز أخذ الأجره عليه، لأنّه عباده محضه، وقال الله تعالى: «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ»، حصّيرَ غرض الأمر في انحصار غايه الفعل في الإخلاص، وما يفعل بالعرض لا يكون كذلك، وغير ذلك يجوز أخذ الأجره عليه إلا ما نصّ الشارح على تحريمه كالدفن، انتهى.

نعم، ردّه في محكى جامع المقاصد بمخالفه هذا التفصيل لنصّ الأصحاب.

أقول: لا يخفى أنّ الفخر أعرف بنصّ الأصحاب من المحقّق الثّانى، فهذا والده قد صرح في المختلف بجواز أخذ الأجر على القضاء إذا لم يتعيّن، وقبله المحقّق في الشرائع، غير أنّه قيّد صورته عدم التّعيين بالحاجه، ولأجل ذلك اختار العلّامه الطباطبائى فى مصابيح ما اختاره فخر الدّين من التّفصيل. ومع هذا فمن أين الوثوق على إجماع لم يصرّح به إلاّ المحقّق الثّانى، مع ما طعن به الشّهيد الثّانى على إجماعه بالخصوص فى رسالته فى صلاه الجمعه؟!

فالذى ينساق إليه النّظر [١]: أنّ مقتضى القاعده فى كلّ عمل له منفعه محلّله الشّرح:

[١] ذكر رحمه الله أولاً أنّه لا ملازمه بين صححه الإجاره وصحه العمل، أى كونه مسقطاً للتكليف، وثانياً أنّ فى جواز أخذ الأجره على الواجبات تفصيلاً.

وحاصل كلامه أولاً: أنّه ربّما تكون الإجاره صحيحه مع حصول الامتثال، كما إذا كان الواجب تعديداً، كتغسيل الميت، وقيل بعدم منافاه أخذ الأجره للإخلاص فى العمل أو مع سقوط التكليف بالعمل من دون حصول الامتثال، كما فى الواجب التوضيلىّ المأخوذ عليه الأجره، بناءً على عدم منافاه وجوب الفعل لأخذ الأجره عليه، وقد يسقط التكليف عند العمل من غير أن يكون مصداقاً للواجب، كما إذا كان

مقصوده، جواز أخذ الأجره والجعل عليه و إن كان داخلاً في العنوان الذى أوجبه الله على المكلف، ثم إن صلح ذلك الفعل المقابل بالأجره لامثال الإيجاب المذكور أو إسقاطه به أو عنده، سقط الوجوب مع استحقاق الأجره، و إن لم يصلح استحق الأجره وبقي الواجب فى ذمته لو بقى وقته، و إلا عوقب على تركه.

الشرح:

فيه ملاكه من غير تعلق التكليف به لمانع. وربما تكون الإجاره صحيحه مع بطلان العمل، سواء بقى التكليف المتعلق به بحاله أو سقط لأمر آخر، كما إذا استأجره للصلاه على ميت بغرض تعلم صلاه الموتى، وقيل بمنافاه أخذ الأجره للإخلاص المعتبر فى العباده، فإنه إذا صلى على ذلك الميت استحق الأجره، ولكن يحكم ببطلانها، فتجب الصلاه عليه مع الإخلاص.

وحاصل كلامه ثانياً: أنه لو كان الواجب عيئاً تعيئاً لم يجز أخذ الأجره عليه، سواء كان توصيئاً أم تعبدياً، فإنه مع وجوب الفعل كذلك يكون المكلف مقهوراً عليه من جانب الشارع، فيجبر عليه فى صورته امتناعه، فلا تكون لعمله حرمة حتى يصح له أخذ الأجره.

وحاول رحمه الله دفع ما ربما يمكن أن يذكر فى المقام بصوره النقض، وهو تجويز الشارع للوصى وقيم الأطفال أخذ أجره المثل على عملهما(١)، مع أن إنفاذ الوصيه أو القيام بمصالح الأيتام واجب عينى تعينى عليهما.

ووجه الدفع أن ذلك التجويز حكم شرعى نظير حكم الشارع للمازّ بجواز أكله من ثمار الأشجار الواقعه فى طريقه، وليس من قبيل المعاوضه على العمل؛ ليستظهر منها عدم منافاه أخذ الأجره مع وجوب الفعل على المكلف كما ذكر.

ص: ١٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥١، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

وأما مانعيه مجرّد الوجوب عن صحّحه المعاوضه على الفعل، فلم تثبت على الإطلاق، بل اللازم التفصيل: فإن كان العمل واجباً عينياً تعيينياً لم يجز أخذ الأجره، لأنّ أخذ الأجره عليه مع كونه واجباً مقهوراً من قبل الشّارع على فعله، أكل للمال بالباطل، لأنّ عمله هذا لا يكون محترماً، لأنّ استيفاءه منه لا يتوقّف على طيب نفسه، لأنّه يقهر عليه مع عدم طيب النّفس والامتناع.

ومما يشهد بما ذكرناه: أنّه لو فرض أنّ المولى أمر بعض عبده بفعل لغرض، وكان ممّا يرجع نفعه أو بعض نفعه إلى غيره، فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عدّاً أكلاً للمال مجاناً بلاعوض.

ثم إنّه لا- ينافى ما ذكرنا حكم الشّارع بجواز أخذ الأجره على العمل بعد إيقاعه، كما أجاز للوصى أخذ أجره المثل أو مقدار الكفايه، لأنّ هذا حكم شرعيّ، لا من باب المعاوضه.

الشرح:

أقول: إذا فرض أنّ في فعل المكلف غرضاً للآخرين، وأنّ الواجب عليه هو الفعل مطلقاً لا الفعل مجاناً وبلا عوض، فلا يكون أخذ العوض وتمليك عمله للغير من الأكل بالباطل، فإنّ الموجب لصدقه أخذ قيد المجانيه في متعلّق الأمر، والمفروض خلافه. والقهر عليه من باب الأمر بالمعروف لا- يوجب سقوط عمله عن المائيه، كما أنّ القهر على بيع ماله في المخمسه لا- يوجب سقوطه عنها. نعم إذا كان تعديداً فقد يتبادر إلى الذهن منافاه أخذ الأجره عليه للإخلاص المعتبر فيه، ولكن قد مرّ دفعه، وأنّ مع كون الغرض هو استحقاق الأجره شرعاً يحصل التقرب المعتبر في العباده.

وما ورد في جواز أخذ الوصيّ أو القيم من مال اليتيم كصحيحه هشام(١)،

ص: ١٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥١، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

ثم لا- فرق فيما ذكرناه بين التعييدي من الواجب والتوصيلى، مضافاً فى التعييدي إلى ما تقدّم من منافاه أخذ الأجره على العمل للإخلاص، كما تبيننا عليه سابقاً، وتقدّم عن الفخر رحمه الله وقرره عليه بعض من تأخر عنه.

ومنه يظهر عدم جواز أخذ الأجره على المندوب إذا كان عباده يعتبر فيها التقرب. وأما الواجب التخييري، فإن كان توصيلىاً فلا أجد مانعاً عن جواز أخذ الأجره على أحد فرديه بالخصوص بعد فرض كونه مشتملاً على نفع محلل للمستأجر، والمفروض أنه محترم لا يقهر المكلف عليه، فجاز أخذ الأجره بإزائه. فإذا تعين دفن الميت على شخص، وتردد الأمر بين حفر أحد موضعين، فاختار الولي أحدهما بالخصوص لصلابته أو لغرض آخر، فاستأجر ذلك لحفر ذلك الموضع بالخصوص، لم يمنع من ذلك كون مطلق الحفر واجباً عليه، مقدّمه للدفن. و إن كان تعييدياً، فإن قلنا بكفايه الإخلاص بالقدر المشترك و إن كان إيجاد خصوص بعض الأفراد لداع غير الإخلاص، فهو كالتوصلى.

الشرح:

مقتضاها عدم منافاه وجوب الفعل تعييناً مع أخذ الأجره عليه، فإن ظاهرها الأخذ بعنوان أجره المثل لا مجرد تجويز الأكل منه، نظير تجويز الأكل للمار من ثمره طريقه. نعم، قد ذكر الأكل بالمعروف فى الآيه والروايات الأخرى، ولكن تكون صحيحه هشام حاكمه عليها ومحدده لذلك المقدار، فراجع.

ثم قال رحمه الله: «وإن كان الواجب تخييراً فمع كونه توصيلىاً، فلا بأس بأخذ الأجره على خصوص أحد فرديه؛ لعدم كونه مقهوراً عليه، بل مخيراً بينه وبين فرده الأخرى، وكذا الحال فيما إذا كان تعييدياً، وقلنا بما أنّ خصوصيه الفرد غير مأخوذه فى متعلق الأمر فالإتيان بالقدر المشترك بداعى الأمر به لا ينافى أخذ الأجره على تلك الخصوصيه».

ص: ١٣٢

وإن قلنا بأن اتحاد وجود القدر المشترك مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما في القصد، كان حكمه كالتعيني.

وأما الكفائي، فإن كان توصلياً أمكن أخذ الأجره على إتيانه لأجل باذل الأجره، فهو العامل في الحقيقة، وإن كان تعبدياً لم يجز الامتثال به وأخذ الأجره عليه.

الشرح:

ويوضح ذلك ملاحظه ما إذا كان المكلف بحيث لا يأتي بالقدر المشترك في ضمن أي فرد ولو أعطى له الأجره على بعض الأفراد، وإنما يكون أمر الشارع بالقدر المشترك داعياً له إلى الإتيان به، وبما أن خصوصية الأفراد خارجه عن متعلق الأمر فيأتي بالقدر المشترك في ضمن خصوصية معينه لأخذه الأجره عليها. ولا يقاس ذلك بالإتيان بخصوصية العمل رياءً، حيث إن العمل يبطل حتى فيما إذا كان الرياء في خصوصية ذلك العمل. ووجه عدم القياس ما دلّ على أنه سبحانه خير شريك لا يقبل عملاً يكون له ولغيره، بل يتركه للغير، وهذا فيما إذا كانت الخصوصية التي أتى بها رياءً متّحده مع العمل خارجاً، كالصلاه في أول الوقت أو في المسجد، فإنه يحكم بطلانها حتى فيما إذا كانت أصل الصلاه لله واختيار المسجد أو أول الوقت للرياء. وأما إذا كان لها وجود آخر، كما إذا صلى لله وأتى بتعقيباتها رياءً فلا يوجب ذلك بطلان أصل الصلاه.

أقول: مقتضى هذا الكلام عدم الفرق بين الواجب التخييري الشرعي وبين الواجب التعيني الذي يكون التخيير بين أفراده عقلياً في أنه يجوز فيها أخذ الأجره على خصوص بعض الأفراد، وتعرض رحمه الله للواجب الكفائي وقال: «لا بأس بأخذ الأجره عليه مع كونه توصلياً»، فإنه مع الاستئجار يملك المستأجر ذلك العمل ويستند إليه ويكون عملاً له، فيستحق ثوابه ويسقط التكليف عن الأجير وعن غيره؛

ص: ١٣٣

نعم، يجوز النيابة إن كان ممّا يقبل النيابة، لكنّه يخرج عن محلّ الكلام، لأنّ محلّ الكلام أخذ الأجره على ما هو واجب على الأجير، لا على النيابة فيما هو واجب على المستأجر، فافهم.

الشرح:

لقيام المستأجر به ولو بغير المباشرة، ومن هذا القبيل الاستئجار لتطهير المسجد أو للجهد ونحوهما. «وأما إذا كان الواجب الكفائي تعديداً، فلا- يجوز أخذ الأجره عليه»، لا لوجوب الفعل عليه، وإلا لم يجر أخذ الأجره على التوصيلى أيضاً، بل باعتبار منافاه أخذ الأجره للإخلاص المعتبر فيه، وما ذكر فى وجه جواز أخذ الأجره على خصوص بعض أفراد الواجب التخييرى من خروجه عن متعلق الأمر لا يجرى فى الكفائى.

نعم، لو كان الواجب الكفائى التعديداً قابلاً للنيابة، بأن ينزل الأجير نفسه منزله الغير فيأتى بالفعل عن ذلك الغير، فيكون المقام من قبيل الاستئجار على النيابة فى العبادات، وقد تقدّم جوازه. ولكن مشروعية النيابة محتاجه إلى دليل خاص، وعلى تقدير قيامه فى مورد يكون خارجاً عن محلّ الكلام، فإنّ الكلام فى المقام فى جواز العمل عن نفسه، وتمليك ذلك العمل للغير بالإجاره ونحوها، كالخياط تكون خياطته عن نفسه ولكنّها ملك الغير.

وحاصل البحث فى المقام أنّ إيجاب عمل على مكلف يوجب سقوطه عن المائيه شرعاً لا يجوز تمليكه للغير بالأجره أو أنّ وجوبه عليه لا- يوجب ما لم يجب عليه ذلك العمل مجاناً، وفى مورد النيابة يأتى العامل بالعمل عن الغير، ومشروعية هذه تحتاج إلى دليل، وإلا فالأصل عدم احتساب عمله عملاً للغير.

ص: ١٣٤

ثم إنه قد يفهم من أدلّه وجوب الشيء [١]. كفايه كونه حقاً لمخلوق يستحقه على المكلفين فكلّ من أقدم عليه فقد أدى حقّ ذلك المخلوق، فلا يجوز له أخذ الأجره منه ولا من غيره ممّن وجب عليه أيضاً كفايه. ولعلّ من هذا القبيل تجهيز الميت وإنقاذ الغريق، بل ومعالجه الطبيب لدفع الهلاك.

ثم إنّ هنا إشكالاً مشهوراً [٢] وهو أنّ الصناعات التي يتوقّف النظام عليها تجب الشرح:

[١] بأن يستفاد أنّ الغير يستحقّ الفعل عليه بحكم الشارع وإيجابه، ففي مثل ذلك يكون أخذ الأجره عليه من أكلها بالباطل، فإنّ إيجاب الفعل كذلك بمعنى إيجابه مجاناً، ولعلّه من هذا القبيل تجهيز الميت وإنقاذ الغريق ومعالجه الطبيب المرض المهلك.

أقول: مجرد استحقاق الغير الفعل لا يقتضى المجانيه، حتّى لا يجوز أخذ العوض على المعالجه والإنقاذ ونحوهما، وإلاّ لم يجز أخذ العوض لمن يطعم الناس فى المخصه، بل يجب عليه بذله مجاناً، وذلك لأنّ البذل واجب تعيينى لا يقبل أخذ العوض عليه. والطعام مورد حقّ للمضطرين؛ ولذا يجوز لهم، بل يجب وضع اليد عليه فى صورته امتناع مالكة عن بذله.

[٢] الإشكال فى وجه جواز أخذ الأجره على الصناعات التي يتوقّف عليها نظام البلاد، فإنّ تلك الصناعات من الواجب الكفائى، بل من الواجب العينى عند عدم قيام من تكون بقيامه كفايه، فكيف يجوز أخذ الأجره عليها؟

وأجيب عن ذلك بوجوه:

الأول: الالتزام بتخصيص القاعده المتقدمه، أى قاعده عدم جواز أخذ الأجره على الواجب، ورفع اليد عنها باعتبار الإجماع وسيره العقلاء المتدينين منهم وغيرهم.

كفايه، لوجوب إقامه النظام، بل قد يتعين بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه، مع أنّ جواز أخذ الأجره عليها ممّا لا كلام لهم فيه، وكذا يلزم أن يحرم على الطيب أخذ الأجره على الطّابه، لوجوبها عليه كفايه، أو عيناً كالفقاهه. وقد تُفصّل منه بوجوه:

أحدها: الالتزام بخروج ذلك بالإجماع والسيره القطعيّين.

الثانى: الالتزام بجواز أخذ الأجره على الواجبات إذا لم تكن تعديديه، وقد حكاها فى المصاييح عن جماعه، وهو ظاهر كلّ من جوّز أخذ الأجره على القضاء بقول مطلق يشمل صورته تعينه عليه، كما تقدّم حكايته فى الشّرائع والمختلف عن بعض.

وفيه: ما تقدّم سابقاً من أنّ الأقوى عدم جواز أخذ الأجره عليه.

الثالث: ما عن المحقّق الثّانى من اختصاص جواز الأخذ بصوره قيام من به الكفايه، فلا يكون حينئذٍ واجباً.

الشرح:

الثانى: إنكار تلك القاعده فى غير العبادات، ويظهر ذلك من كلّ من ذكر جواز أخذ الأجره على القضاء، بلا تقييد بصوره عدم تعينه على القاضى.

الثالث: جواز أخذ الأجره على تلك الصناعات بعد سقوط وجوبها بقيام من به الكفايه عليها، فإنّه يكون أخذها على غير الواجب.

وفساد هذا الوجه أوضح، فإنّ لازمه الحكم بفساد أخذ الأجره على الجماعه القائمه بها قبل سقوط وجوبها، مع جريان السيره القطعيّه على القيام بها بالأجره فى كلّ عصر، من غير نظر إلى سقوط وجوبها بفعل الآخرين وعدمه.

الرابع: الالتزام بعدم جواز أخذ الأجره على عمل يكون بعنوانه محكوماً بالوجوب، كتجهيز الموتى وتعليم الأحكام، وأمّا العمل المحكوم عليه بالوجوب

وفيه: أنّ ظاهر العمل والفتوى جواز الأخذ ولو مع بقاء الوجوب الكفائي، بل ومع وجوبه عيناً للانحصار.

الرابع: ما فى مفتاح الكرامه من أنّ المنع مختصّ بالواجبات الكفائيه المقصوده لذاتها، كأحكام الموتى وتعليم الفقه، دون ما يجب لغيره كالصنائع.

وفيه: أنّ هذا التخصيص إن كان لاختصاص معاهد إجماعاتهم أو عنوانات كلامهم، فهو خلاف الموجود منها، وإن كان لدليل يقتضى الفرق فلا بدّ من بيانه.

الخامس: أنّ المنع عن أخذ الأجره على الصّيناعات الواجبه لإقامه النّظام يوجب اختلال النّظام، لوقوع أكثر النّاس فى المعصيه بتركها أو ترك الشاقّ منها والالتزام بالأسهل، فإنّهم لا يرغبون فى الصّيناعات الشاقّه أو الدّقيقه إلاّ طمعاً فى الأجره وزيادتها على ما يبذل لغيرها من الصّيناعات، فتسويغ أخذ الأجره عليها لطف فى التّكليف بإقامه النّظام.

الشرح:

بعنوان حفظ النّظام لا بعنوان نفسه، فلا مانع من أخذ الأجره عليه.

وهذا الوجه أيضاً بلا موجب، فإنّه لم يظهر الفارق بين العمل الواجب بعنوانه وبين الواجب بعنوان آخر.

الخامس: الفرق بين تلك الصّيناعات وغيرها من الواجبات، بدعوى أنّ عدم جواز أخذ الأجره على الصّيناعات يوجب اختلال النّظام، فإنّ كلّ واحد يختار من تلك الصّيناعات ما هو أسهل، ويترك الصعب أو الأصعب على الآخرين؛ لأنّ الداعى إلى الإقدام على الأعمال الشاقّه الصعبه هو الطمع فى الأجره، فتسويغ أخذ الأجره عليها لطف، أى تقريب للعباد إلى موافقه التّكليف بإقامه النّظام، لا أنّه ينافى هذا التّكليف.

وأجاب المصنّف رحمه الله عن ذلك بعدم انحصار وجه الإقدام على الأعمال الصعبه

وفيه: أنّ المشاهيد بالوجدان أنّ اختيار الناس للصنائع الشاقّة وتحملها ناشٍ عن الدّواعي الآخر غير زياده الأجره، مثل عدم قابليته لغير ما يختار، أو عدم ميله إليه، أو عدم كونه شاقّاً عليه، لكونه ممّن نشأ في تحمّل المشقّه، ألا ترى أنّ أغلب الصّيناع الشاقّه من الكفائيات كالفلحاحه والحراث والحصاد وشبه ذلك لا تزيد أجرتها على الأعمال السّهله؟

السادس: أنّ الوجوب في هذه الأمور مشروط بالعرض. قال بعض الأساطين بعد ذكر ما يدلّ على المنع عن أخذ الأجره على الواجب: أمّا ما كان واجباً مشروطاً فليس بواجب قبل حصول الشّروط، فتعلّق الإجاره به قبله لا مانع منه ولو كانت هي الشّروط في وجوبه، فكلّ ما وجب كفايه من حرّفٍ وصناعات لم تجب إلّا بشرط العوض بإجاره أو جعله أو نحوهما، فلا فرق بين وجوبها العيني، للانحصار، ووجوبها الكفائي، لتأخّر الوجوب عنها وعدمه قبلها، كما أنّ بذل الطّعام والشّراب للمضطرّ إن بقي على الكفايه أو تعيّن يستحقّ فيه أخذ العوض على الأصحّ، لأنّ وجوبه مشروط، بخلاف ما وجب مطلقاً بالأصالة كالنفقات، أو بالعارض كالمنذور ونحوه، انتهى كلامه رفع مقامه.

الشرح:

بالطمع في الأجره، بل ربّما يكون إقدام الشخص باعتبار عدم معرفته بغيرها، أو كونه ناشئاً في ذلك العمل الشاقّ كالفلحاح، ولكن لا يخفى ما فيه.

السادس: دعوى أنّ تلك الصناعات من قبيل الواجب المشروط، فيكون وجوبها مشروطاً ببذل العوض عليها، سواء كانت الصنعه الواجبه من الواجب العينيّ باعتبار انحصار من به الكفايه، أو من الواجب الكفائيّ، كما في صورته تعدّده وعدم انحصاره. وعلى كلّ فلا تكون تلك الصنعه واجبه على المكلف قبل إعطاء العوض بعنوان الإجاره، أو الجعاليه، بل بإعطائه يحصل شرط وجوبها عيناً أو كفايه.

ص: ١٣٨

وفيه: أنّ وجوب الصّيناعات ليس مشروطاً ببذل العوض، لأنّه لإقامه النّظام التي هي من الواجبات المطلقة، فإنّ الطّبايه والفسد والحجامه وغيرها ممّا يتوقّف عليه بقاء الحياه في بعض الأوقات واجبه، بذل له العوض أم لم يبذل.

السابع: أنّ وجوب الصّيناعات المذكوره لم يثبت من حيث ذاتها، و إنّما ثبت من حيث الأمر بإقامه النّظام، و إقامه النّظام غير متوقّفه على العمل تبرّعاً، بل تحصل به وبالعامل بالأجره، فالذي يجب على الطّيب لأجل إحياء النّفس و إقامه النّظام هو بذل نفسه للعمل، لا بشرط التبرّع به، بل له أن يتبرّع به، وله أن يطلب الأجره، وحينئذٍ فإن بذل المريض الأجره وجب عليه العلاج، و إن لم يبذل الأجره والمفروض أداء ترك العلاج إلى الهلاك أجبره الحاكم حسبه على بذل الأجره للطّيب، و إن كان المريض مغمى عليه دفع عنه وليه، و إلاّ جاز للطّيب العمل بقصد الأجره فيستحقّ الأجره في ماله، و إن لم يكن له مال ففي ذمّته، فيؤدّي في حياته أو بعد مماته من الزّكاه أو غيرها.

الشرح:

وبعبارة أخرى: لا- تكون الصنعه حال قرار الأجره لها بالإجاره أو الجعالة واجبه حتى تكون تلك الأجره على العمل الواجب. والجواب عن هذا الوجه ظاهر، فإنّ الواجب على الطيب مثلاً إحياء النفس وإنقاذها من الهلكه، سواء بذل على طبابه العوض أم لا.

السابع: أنّ وجوب تلك الصناعات غيري، باعتبار توقّف إقامه النظام عليها، ومن الظاهر عدم توقّف إقامته على العمل مجاناً ليجب العمل كذلك، بل الموقوف عليه بذل النفس للعمل ولو مع العوض.

ثمّ ذكر هذا القائل أنه إذا بذل المريض الأجره للطّيب وجب عليه المعالجه، وإن لم يبذل مع أداء ترك العلاج إلى هلاكه أجبره الحاكم حسبه على بذلها.

ص: ١٣٩

وبالجملة، فما كان من الواجبات الكفائية ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان، فلا يجوز أخذ الأجره عليه، بناءً على المشهور، وأما ما أمر به من باب إقامه النظام، فإقامه النظام تحصل ببذل النفس للعمل به في الجملة، وأما العمل تبرعاً فلا، وحينئذٍ فيجوز طلب الأجره من المعمول له إذا كان أهلاً للطلب منه، وقصدتها إذا لم يكن ممن يطلب منه، كالغائب الذي يُعمل في ماله عمل لدفع الهلاك عنه، وكالمريض المغمى عليه.

وفيه: أنه إذا فرض وجوب إحياء النفس ووجوب العلاج، لكونه مقدمه له، فأخذ الأجره عليه غير جائز.

فالتحقيق على ما ذكرنا سابقاً: أن الواجب إذا كان عينياً تعينياً لم يجز أخذ الأجره عليه ولو كان من الصناعات، فلا يجوز للطبيب أخذ الأجره على بيان الدواء أو تشخيص الداء، وأما أخذ الوصى الأجره على تولي أموال الطفل الموصى عليه، الشامل بإطلاقه لصوره تعين العمل عليه، فهو من جهة الإجماع والتصوص المستفيضه على أن له أن يأخذ شيئاً، وإنما وقع الخلاف في تعيينه، فذهب جماعه إلى أن له أجره المثل، حملاً للأخبار على ذلك، ولأنه إذا فرض احترام عمله بالنص والإجماع فلا بد من كون العوض أجره المثل.

الشرح:

والفرق بين هذا الوجه والوجه الرابع، هو أن الصناعات على هذا الوجه واجبات غيرية، بخلاف الوجه الرابع فإنها عليه واجبات نفسية، ولكن ليس وجوبها بعناوينها الأولى، بل بالعنوان الطارئ عليها، وهو عنوان التحفظ على النظام.

وكيف كان، فهذا الوجه أيضاً فاسد، فإنه لا يجب على المريض بذل الأجره حتى يجبر عليه مع امتناعه، بل الطباه واجبه على الطبيب، بذل له الأجره أم لا، وعلى ذلك فيكون للمريض وغيره إجبار الطبيب على الطباه من باب الأمر بالمعروف.

ص: ١٤٠

وبالجملة، فملاحظه النَّصوص والفتاوى فى تلك المسأله ترشد إلى خروجها عمّا نحن فيه. وأمّا باذل المال للمضطرّ فهو إنّما يرجع بعوض المبدول، لا بأجره البذل، فلا يرد نقضاً فى المسأله.

وأمّا رجوع الأمّ المرضعه بعوض إرضاع اللبأ مع وجوبه عليها بناء على توقّف حياه الولد عليه فهو إمّا من قبيل بادل المال للمضطرّ، و إمّا من قبيل رجوع الوصى بأجره المثل [١]. من جهه عموم آيه: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»، فافهم.

و إن كان كفاثياً جاز الاستئجار عليه، فيسقط الواجب بفعل المستأجر عليه، عنه وعن غيره و إن لم يحصل الامتثال.

ومن هذا الباب أخذ الطبيب الأجره على حضوره عند المريض إذا تعيّن عليه علاجه، فإنّ العلاج و إن كان معيّنًا عليه، إلا أنّ الجمع بينه وبين المريض مقدّمه للعلاج واجب كفاثى بينه وبين أولياء المريض، فحضوره أداء للواجب الكفاثى كإحضار الأولياء، إلاّ أنّه لا بأس بأخذ الأجره عليه.

الشرح:

والحاصل: أنّ هذا الوجه على تقدير تماميته يدلّ على جواز الأجره وبذلها، لا على وجوبهما، مع أنّ التفرقه بين الواجب الغيرى والنفسى بجواز أخذ الأجره على الأول دون الثانى غير تامه.

[١] ظاهر قوله سبحانه: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (١) جواز أخذ المرأة الأجره على إرضاعها، سواء كان باللباء أو غيره، فإنّ تمّت دعوى منافاه أخذ الأجره لوجوب الفعل، فلا بدّ من تقييد الآيه بالإرضاع بغير اللباء. والتعبير بالأجر فيها ظاهر

ص: ١٤١

نعم، يستثنى من الواجب الكفائى ما علم من دليله صيروره ذلك العمل حقاً للغير يستحقه من المكلف، كما قد يدعى أنّ الظاهر من أدله وجوب تجهيز الميت أنّ للميت حقاً على الأحياء فى التجهيز، فكلّ من فعل شيئاً منه فى الخارج فقد أدى حقّ الميت، فلا يجوز أخذ الأجره عليه، وكذا تعليم الجاهل أحكام عباداته الواجبه عليه وما يحتاج إليه، كصيغه النكاح ونحوها، لكن تعيين هذا يحتاج إلى لطف قريحه. هذا تمام الكلام فى أخذ الأجره على الواجب.

وأما الحرام فقد عرفت عدم جواز أخذ الأجره عليه.

وأما المكروه والمباح فلا إشكال فى جواز أخذ الأجره عليهما.

وأما المستحب والمراد منه ما كان له نفع قابل لأن يرجع إلى المستأجر، لتصحّ الإجاره من هذه الجهه فهو بوصف كونه مستحباً على المكلف لا يجوز أخذ الأجره عليه [١]، لأنّ الموجود من هذا الفعل فى الخارج لا يتّصف الشرح:

فى ثبوته من جهه المعاوضه، لا أنّه حكم شرعى وتعيّد خاصّ، كجواز أكل المازّ من ثمره طريقه، حتّى لا يمكن التعدى كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم عدم منافاه أخذ الأجره على عمل مع قصد التقرب فى ذلك العمل، وأنّه لو كان سائر شرائط الإجاره حاصله لما كان اشتراط قصد التقرب فيه موجباً لبطلانها، حيث إنّ الأجير لو أتى بالعمل بداعى استحقاق الأجره شرعاً لثلاً يبقى الدين على عهدته ويبتلى يوم القيامه بحسابه كان هذا بنفسه نحو تقرب إلى الله سبحانه، لا أنّه ينافى التقرب فى ذلك العمل. وعلى ذلك فلو استأجر من يصلح للإمامه لإعادته صلواته حتى يقتدى به، صحّ الاستئجار، ولا ينافى قصد التقرب المعترف فى أصل الصلاه وإعادتها.

نعم، الاستئجار للعباده لله سبحانه أصاله وإهداء ثوابها للآخر يحتاج إلى

بالاستحباب إلا مع الإخلاص الذي ينافيه إتيان الفعل، لاستحقاق المستأجر إياه، كما تقدّم في الواجب. وحينئذٍ، فإن كان حصول النفع المذكور منه متوقفاً على نية القربة لم يجز أخذ الأجره عليه، كما إذا استأجر من يعيد صلاته ندباً ليقنتدى به، لأنّ المفروض بعد الإجاره عدم تحقّق الإخلاص، والمفروض مع عدم تحقّق الإخلاص عدم حصول نفع منه عائداً إلى المستأجر، وما يخرج بالإجاره عن قابليه انتفاع المستأجر به لم يجز الاستئجار عليه. ومن هذا القبيل الاستئجار على العباده لله تعالى أصله، لا نيابه، وإهداء ثوابها إلى المستأجر، فإنّ ثبوت الثواب للعامل موقوف على قصد الإخلاص المنفئ مع الإجاره.

وإن كان حصول النفع غير متوقّف على الإخلاص جاز الاستئجار عليه كبناء المساجد وإعانه المحاويع، فإنّ من بنى لغيره مسجداً عاد إلى الغير نفع بناء المسجد وهو ثوابه وإن لم يقصد البناء من عمله إلا أخذ الأجره.

الشرح:

دليل على المشروعيّه لا مشروعيّه الاستئجار فقط، بل مشروعيّه إهداء الثواب ونفوزه، وقد قام الدليل عليها في الصلاه والحج والصدقه ونحوها في الجملة، وبعد الدليل على المشروعيّه يجوز معامله على الإهداء بنحو الهبه المشروطه، حيث إنّ معامله عليه بنحو الاستئجار لا تخلو عن مناقشه، كما أنّ نيابه تحتاج إلى دليل على المشروعيّه في الأفعال التي لا تنتسب إلى غير الفاعل، ولا- تقبل التوكيل، كالصيام والاعتسال ونحوهما. لا في مثل الحلق والذبح ونحوهما من الأفعال التي تنتسب إلى غير المباشر بالتوكيل، فإنّ نيابه فيها مقتضى الإطلاق في خطاب الأمر بتلك الأفعال.

ثمّ إنّّه ليست نيابه منحصره بتنزيل النفس منزله الغير، كما يظهر من المصنّف رحمه الله، بل نيابه في مثل الصلاه والصوم عن الميت كأداء دين الغير، فكما أنّ

وكذا من استأجر غيره لإعانه المحاويع والمشى فى حوائجهم، فإنّ الماشى لا يقصد إلاّ الأجره، إلاّ أنّ نفع المشى عائد إلى المستأجر. ومن هذا القبيل استئجار الشّخص للنيابه عنه فى العبادات التى تقبل النيابه، كالحجّ والزّياره ونحوهما، فإنّ نيابه الشّخص عن غيره فى ما ذكر و إن كانت مستحبّه إلاّ أنّ ترتّب الثّواب للمنوب عنه وحصول هذا النّفع له لا يتوقّف على قصد النّائب الإخلاص فى نيابته، بل متى جعل نفسه بمنزله الغير وعمل العمل بقصد التقربّ الذى هو تقربّ المنوب عنه بعد فرض النيابه انتفع المنوب عنه، سواء فعل النّائب هذه النيابه بقصد الإخلاص فى امتثال أوامر النيابه عن المؤمن أم لم يلتفت إليها أصلاً ولم يعلم بوجودها، فضلاً عن أن يقصد امتثالها.

ألا ترى أنّ أكثر العوام الذين يعملون الخيرات لأمواتهم لا يعلمون ثبوت الثّواب لأنفسهم فى هذه النيابه، بل يتخيّل النيابه مجرد إحسان إلى الميت لا يعود نفع منه إلى نفسه، والتقربّ الذى يقصده النّائب بعد جعل نفسه نائباً، هو تقربّ الشّرح:

من يقوم بأداء دين غيره لا ينزل نفسه منزله المدين، بل يقصد الأداء بما فى ذمّته كذلك المصلّى عن الغير يقصد الصلاه التى فى ذمّه الميت. وتلك الصلاه لم يؤخذ فيها قيد المباشره، كما أخذ هذا القيد فى الصلاه التى فى عهده الحيّ، كما هو ظاهر خطابات التكاليف؛ ولذا لا تصحّ النيابه عن الحيّ فى الصلاه ونحوها.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن رجل أدركه رمضان وهو مريض، فتوفّى قبل أن يبرأ؟ قال: ليس عليه شيء، ولكن يقضى عن الذى يبرأ ثم يموت قبل أن يقضى» (١)، فإنّ ظاهرها اشتغال عهده الميت، وفعل الآخرين قضاء عنه، ولا يكون ذلك إلاّ لعدم اعتبار المباشره فيما يعتبر فى عهده الميت.

ص: ١٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٠: ٣٢٩، الباب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث ٢.

المنوب عنه، لا- تقرب النائب، فيجوز أن ينوب لأجل مجرد استحقاق الأجره عن فلان، بأن ينزل نفسه منزلته في إتيان الفعل قربه إلى الله، ثم إذا عرض هذه النيابة الوجوب بسبب الإجاره فالأجير غير متقرب في نيابته، لأن الفرض عدم علمه أحياناً بكون النيابة راجحه شرعاً يحصل بها التقرب، لكنه متقرب بعد جعل نفسه نائباً عن غيره، فهو متقرب بوصف كونه بدلاً ونائباً عن الغير، فالتقرب يحصل للغير.

فإن قلت: الموجود في الخارج من الأجير ليس إلا- الصيلاه عن الميت مثلاً وهذا هو متعلق الإجاره والنيابه، فإن لم يمكن الإخلاص في متعلق الإجاره لم يترتب على تلك الصيلاه نفع للميت، وإن أمكن لم يناف الإخلاص لأخذ الأجره كما ادعت، وليست النيابة عن الميت في الصيلاه المتقرب بها إلى الله تعالى شيئاً ونفس الصيلاه شيئاً آخر حتى يكون الأول متعلقاً للإجاره والثاني مورداً للإخلاص.

قلت: القربه المانع اعتبارها عن تعلق الإجاره، هي المعتبره في نفس متعلق الإجاره وإن اتحد خارجاً مع ما لا يعتبر فيه القربه مما لا يكون متعلقاً للإجاره، الشرح:

ويترتب على كون النيابة هي التنزيل أو ما ذكرناه إمكان الاستدلال على عدم منافاه أخذ الأجره على عمل مع التقرب المعتبر فيه بما ورد في جواز الاستتجار للحج والعمره، فإنه بناءً على إنكار التنزيل تكون الأجره بإزاء نفس الحج والعمره، وأما بناءً على التنزيل، فقد تقدم عن المصنف رحمه الله دعوى أن الأجره بإزاء التنزيل لا الحج والعمره، والتنزيل أمر مستحب توصلي، فلاحظ.

لا يقال: ويترتب أيضاً أنه إذا ارتكب النائب عن الغير في الحج حال إحرامه موجب الكفاره كانت الكفاره على المنوب عنه.

فالصلاة الموجودة في الخارج على وجه النيابة فعل للنائب من حيث إنها نيابة عن الغير، وبهذا الاعتبار ينقسم في حقه إلى المباح والزاجح والمرجوح، وفعل للمنوب عنه بعد نيابة النائب يعني تنزيل نفسه منزله المنوب عنه في هذه الأفعال وبهذا الاعتبار يترتب عليه الآثار الدنيوية والأخروية لفعل المنوب عنه الذي لم يشترط فيه المباشرة، والإجاره تتعلق به بالاعتبار الأول، والتقرب بالاعتبار الثاني، فالموجود في ضمن الصلاة الخارجيه فعلاً، نيابة صادرة عن الأجير النائب، فيقال: ناب عن فلان، وفعل كأنه صادر عن المنوب عنه، فيمكن أن يقال على سبيل المجاز: صَلَّى فلان، ولا يمكن أن يقال: ناب فلان، فكما جاز اختلاف هذين الفعلين في الآثار فلا ينافي اعتبار القربة في الثاني جواز الاستئجار على الأول الذي لا يعتبر فيه القربة.

وقد ظهر ممّا قرناه وجه ما اشتهر بين المتأخرين فتوى وعملاً من جواز الاستئجار على العبادات للميت، وأن الاستشكال في ذلك بمنافاه ذلك لاعتبار التقرب فيها ممكن الدفع، خصوصاً بملاحظه ما ورد من الاستئجار للحجّ.

ودعوى خروجه بالنصّ فاسده، لأنّ مرجعها إلى عدم اعتبار القربة في الحجّ.

الشرح:

فإنه يقال: بل تجب على النائب على التقديرين، فإن المنزل منزله فعل المنوب عنه هو نفس الإحرام وسائر أعمال الحجّ لا ما يرتكبه النائب في أثنائها كما لا يخفى. وفيما إذا لم يكن على المنوب عنه اشتغال أصلاً، كما في الحجّ أو الصلاة ندباً عن الميت، فيمكن في مثلهما القول بالتنزيل كما لا يخفى.

والحاصل: أنه ورد في النيابة عن الغير في الحجّ والعمره بنحو الاستئجار بعض الروايات، وحملها على الاستئجار على المقدمات خلاف ظاهرها، بل مقتضى الحمل المزبور، يعني وقوع الإجاره على نفس المقدمات، هو استحقاق الأجره

ص: ١٤٦

وأضعف منها: دعوى أنّ الاستئجار على المقدمات، كما لا يخفى، مع أنّ ظاهر ما ورد في استئجار مولانا الصادق عليه السلام للحجّ عن ولده اسماعيل كون الإجاره على نفس الأفعال.

ثمّ اعلم أنّه كما لا يستحقّ الغير بالإجاره [١] ما وجب على المكلف على وجه العباده، كذلك لا يؤتى على وجه العباده لنفسه ما استحقّه الغير منه بالإجاره. فلو استؤجر لإطفاه صبيّ أو مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه كما صرح به في المختلف، بل وكذلك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف، كما صرح به جماعه تبعاً للاسكافي لأنّ المستأجر يستحقّ الحركه المخصوصه عليه، لكن ظاهر جماعه جواز الاحتساب في هذه الصوره، لأنّ استحقاق الحمل غير استحقاق الإطفاه به كما لو استؤجر لحمل متاع:

الشرح:

بالإتيان بها، وإن لم يترتب عليها ذوها.

وفى موثقه عمار بن موسى الساباطى عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل يأخذ الدراهم ليحجّ بها عن رجل، هل يجوز أن ينفق منها في غير الحجّ؟ قال: إذا ضمن الحجّه فالدراهم له يصنع بها ما أحبّ وعليه حجّه» (١)، حيث إنّ ظاهرها وقوع المعامله على نفس الحجّ، كما هو معنى ضمانه، وبما أنّه لا يحتمل الفرق بين الحجّ وسائر العبادات التي قد أحرزت مشروعيتها النيايه فيها، كقضاء الصلاه والصوم ونحوهما عن الميت، فيكون الاستئجار عليها كالاستئجار للحجّ.

[١] ذكر رحمه الله أنّه كما لا يجوز تمليك العمل الواجب عليه للغير بالأجره، كذلك لا يجوز صرف ما يملكه الغير عليه لنفسه، بأن يأتى لنفسه بعنوان العباده ما استحقّه

ص: ١٤٧

وفى المسأله أقوال، قال فى الشرائع: ولو حملة حامل فى الطواف أمكن أن يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه، انتهى.

الشرح:

الغير عليه، كما إذا استؤجر لإطافه صبى أو مغمى عليه، فلا يجوز أن ينوى الإطافه طوافاً لنفسه أيضاً، وكذا فيما إذا استؤجر لحمل الغير فى طواف ذلك الغير فلا- يجوز أن ينوى لنفسه الطواف فى تلك الأشواط. وهذا هو المراد من الاستئجار للحمل مطلقاً، وجوز بعضهم الطواف لنفسه فيما إذا استؤجر لحمل الغير فى طواف نفسه، وهذا هو المراد من الاستئجار للحمل فى طوافه، ووجه الجواز فى هذه الصوره عدم كون الأشواط للغير، بل ما يملكه الغير عليه هو نفس الحمل فيها، نظير ما إذا استؤجر لحمل شىء آخر فيها، بخلاف صورتين الأولتين، فإن الأشواط فيهما مستحقه للغير.

أقول: الصحيح هو عدم الفرق بين الصور الثلاث، فيجوز أن ينوى فيها الطواف لنفسه، وذلك فإن كون شخص أجيراً فى عمل لا يقتضى إلا تملك ذلك العمل فقط للمستأجر، لا بمقدماته ومقارناته، ولذا يجوز إجاره نفسه لآخر فيهما، وعلى ذلك فالحرکه المخصوصه مقدمه لإطافه الغير، أى جعل الغير طائفاً، كما أنها مقدمه لحمل الآخر فى طواف ذلك الآخر، فيجوز صرفها لنفسه بقصد الطواف لنفسه.

نعم، لو استؤجر للحمل لا فى طوافه، بأن يكون أجيراً لحمل المستأجر بشرط أن لا يكون الحامل طائفاً حال الحمل، وهذه صوره رابعه، فقصد الحامل فيها الطواف لنفسه مخالفه للشرط، وباعتبارها يكون منهيّاً عنه فيفسد.

ويحتمل أن يكون هذا الاشتراط تقييداً لمتعلق الإجاره، بأن يملك المستأجر الحمل عليه حال عدم طوافه لنفسه وبقصد كل من الحامل والمحمول الطواف ينتفى مورد الإجاره، فلا يستحق على المستأجر شيئاً. وترك الحامل مورد الإجاره وإن كان محرماً، إلا أن طوافه لنفسه لا يكون منهيّاً عنه حتى يفسد، ووجه عدم النهى

ص: ١٤٨

وقال في المسالك: هذا إذا كان الحامل [١]. متبرّعاً أو حاملاً. بجعله أو كان مستأجراً للحمل في طوافه، أمّا لو استؤجر للحمل مطلقاً لم يحتسب للحامل، لأنّ الحركة المخصوصه قد صارت مستحقّه عليه لغيره، فلا يجوز صرفها إلى نفسه، وفي المسأله أقوال هذا أجودها، انتهى.

الشرح:

عنه عدم اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده الخاص، فلا بدّ في الحكم من ملاحظه أنّ العقد على الاشتراط أو على التقييد.

ثمّ إنّه ليس ممّا تقدّم ما إذا حجّ الأجير لنفسه ندباً في سنه الإجاره، وذلك فإنّ تركه الحجّ عن المنوب عنه وإن كان من ترك الواجب؛ لوجوب تسليم العمل المملوك للغير إليه، إلا أنّ الحجّ لنفسه في تلك السنه ضدّ خاصّ لما وجب عليه بالإجاره. والأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص، بل يمكن شمول الاستحباب لذلك الضدّ بنحو الترتّب.

ثمّ إنّه لو قيل بأنّ مقتضى الإجاره على عمل تملكه بمقدّماته، فلا بأس أيضاً بقصد الطواف لنفسه في الصور الثلاث المتقدمه، باعتبار أنّ قصد الأجير الطواف لنفسه بحركته الاستقلاليه فيها من قبيل الانتفاع بملك الغير، لا التصرف فيه. والانتفاع بملك الغير ما لم يكن تعدياً وتصرفاً فيه غير ممنوع، كالأستغلال بطلّ الغير أو الاستناره بنوره . . . وهكذا.

[١] أى جواز احتساب حركته المخصوصه وقصده بها الطواف لنفسه يختصّ بالموارد التي لا يملك المحمول فيها تلك الحركة، كما إذا كان الحامل متبرّعاً أو حاملاً بجعله، حيث لا يملك في الجعالة باذل العوض العمل على الآخر، أو كان أجيراً للحمل في طوافه، بمعنى أنّه آجر نفسه للغير لحمله حال الطواف لنفسه، فإنّه يمكن في جميع ذلك أن ينوى كل من الحامل والمحمول الطواف لنفسه.

ص: ١٤٩

وأشار بالأقوال إلى القول بجواز الاحتساب مطلقاً، كما هو ظاهر الشرائع وظاهر القواعد على إشكال.

والقول الآخر: ما في الدروس، من أنه يحتسب لكل من الحامل والمحمول ما لم يستأجره للحمل، لا في طوافه، انتهى.

والثالث: ما ذكره في المسالك من التفصيل.

والرابع: ما ذكره بعض محشي الشرائع من استثناء صورته الاستئجار على الحمل.

الشرح:

وأما إذا استؤجر للحمل مطلقاً، أي أنه آجر نفسه لحمل الغير، ولم يقيد في إجاره بكون الحمل حال الطواف لنفسه، فلا يصح أن ينوي الحامل الطواف لنفسه؛ لأن حركته المخصوصه مستحقه للغير في صورته الإطلاق، باعتبار توقّف طواف المحمول عليها، فلا يصح صرف تلك الحركة لنفسه.

وأورد الإيرواني رحمه الله (1) على الفرق، وذكر أنه لا- يختلف الحكم بين كونه أجيراً لحمل الغير في طواف نفسه وبين كونه أجيراً لحمل الغير بلا تقييد، بكون الحمل حال طواف نفسه، ووجه عدم الاختلاف أنه لو كان أجيراً لحمل الغير على نحو الاشتراط والتعليق، بمعنى أنه على تقدير طوافه لنفسه كان عليه أن يحمل الغير، فهذا من التعليق في إجاره، وإن كان أجيراً لحمله لا على نحو الاشتراط والتعليق استحقّ المستأجر عليه الحركة المخصوصه باعتبار توقّف الحمل عليه، ولا يجوز للأجير أن ينوي بتلك الحركة الطواف لنفسه.

ولكنّ الصحيح كما ذكرنا عدم دخول مقدمات الحمل في متعلّق الإجاره، فإنّ إطافه الصبي أو المغمى عليه هي جعل الصبي أو المغمى عليه طائفاً، فيعتبر فيهما شرائط الطواف من الطهاره وغيرها.

ص: ١٥٠

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للمحقق الإيرواني ١: ٢٩٨.

والخامس: الفرق بين الاستئجار للطواف به، وبين الاستئجار لحمله في الطواف، وهو ما اختاره في المختلف. وبنى فخر الدّين في الإيضاح جواز الاحتساب في صورته الاستئجار للحمل التي استشكل والده رحمه الله فيها على أنّ ضمّ نيه التبرّد إلى الوضوء قاذح أم لا؟ والمسأله مورد نظر و إن كان ما تقدّم من المسالك لا يخلو عن وجه. ثمّ إنّّه قد ظهر ممّا ذكرناه [١] من عدم جواز الاستئجار الشّرح:

وبعبارة أخرى: يكون طواف الصبّي والمغمى عليه هي الحركة التبعيّة وحركه الأجير مقدّمه لطوافهما، وكذا الحال في اشتراط حمله في طوافه أو مطلقاً، وإلزام الأجير بالمقدّمه على تقدير امتناعه لا يقتضى دخول تلك المقدّمه في ملك المستأجر، ليكون صرفها على نفسه من التصرف في ملك الغير، فيكون منهياً عنه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه ليس الجواز لبعض الروايات الوارده في إطافه الصبّي أو غيره في طواف نفسه، ووجه الظهور عدم فرض الاستئجار في موردها لتصلح جواباً عن المناقشه بأنّ صرف الأجير الحركة المخصوصه على نفسه من التصرف فيما يستحقّه الغير.

[١] قد بنى رحمه الله على أنّ أخذ الأجره على عمل لا يجتمع مع قصد التقرب بذلك العمل، سواء كانت عبادته واجبه أو مستحبّه، وفرّع على ذلك عدم جواز أخذ الأجره على الأذان، فإنّه لا ينتفع الغير به كإحراز دخول الوقت، أو الاكتفاء به في الصلاة، يقع مورد الإجاره. ولكن بما أنّه من قبيل العبادته فلا يصحّ أخذ الأجره عليه، حتّى فيما إذا كان للإعلام فقط، بناءً على أنّ أذان الإعلام أيضاً كأذان الصلاة من العبادته، بمعنى أنّ الإعلام بدخول الوقت مستحبّ كفائى، ولا يحصل هذا الإعلام إلاّ بالأذان الواقع بنحو العبادته.

وبعبارة أخرى: لا يصحّ الاعتماد عليه في دخول الوقت، إلاّ فيما وقع على نحو

على المستحب إذا كان من العبادات، أنه لا يجوز أخذ الأجره على أذان المكلف لصلاه نفسه إذا كان ممّا يرجع نفع منه إلى الغير يصحّ لأجله الاستئجار كالإعلام بدخول الوقت، أو الاجتزاء به في الصلاه، وكذا أذان المكلف للإعلام عند الأكثر كما عن الذكري وعلى الأشهر كما في الروضه، وهو المشهور كما في المختلف، ومذهب الأصحاب إلا من شدّد، كما عنه وعن جامع المقاصد، وبالاجماع كما عن محكي الخلاف، بناءً على أنها عبادته يعتبر فيها وقوعها لله فلا يجوز أن يستحقها الغير.

وفى روايه زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام: «أنه أتاه رجل، فقال له: والله إنى أحببك لله، فقال له: لكنتى أبغضك لله، قال: ولم؟ قال: لأنك تبغى فى الأذان أجراً، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً».

الشرح:

العباده، ولا يكون طريقاً معتبراً إلى دخولها فى غير هذه الصوره.

ويذكر فى المقام روايات يستظهر منها عدم جواز الأجره عليه، كموثقه زيد بن علي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام: «أنه أتاه رجل، فقال له: يا أمير المؤمنين، والله إنى أحببك لله، فقال له: ولكنتى أبغضك لله، قال: ولم؟ قال: لأنك تبغى فى الأذان وتأخذ على تعليم القرآن أجراً» (١)، وفى سندها عبدالله بن منبه، والظاهر أنه اشتباه من النسخ، والصحيح منبه بن عبدالله. وقد ذكر النجاشى أنّ حديثه صحيح، ووجه الصحه كون الراوى عنه محمد بن الحسن الصفار الذى يروى عن المنبه فى سائر الروايات.

ولكن فى دلالتها على عدم الجواز تأمل، فإنّ بغضه عليه السلام يمكن لاستمراره على الكراهه. ويشهد لها ما فى ذيلها: «وسمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: من أخذ على تعليم القرآن أجراً كان حظه يوم القيامة»، فإنّ التعليل يناسب الكراهه كما لا يخفى.

وعن السيد الخوئى رحمه الله (٢) أنّ دلالتها على المنع بضميمه ما ورد من أنه عليه السلام

ص: ١٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٥٧، الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٢- (٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١ : ٥٦٣.

وفى روايه حمران الوارده فى فساد الدّنيا واضمحلال الدّين، وفيها قوله عليه السلام : «ورأيت الأذان بالأجر والصّلاه بالأجر». ويمكن أن يقال: إنّ مقتضى كونها عباده عدم حصول الثّواب إذا لم يتقرّب بها، لا فساد الإجاره مع فرض كون العمل ممّا ينتفع به و إن لم يتقرّب به.

نعم، لو قلنا بأنّ الإعلام بدخول الوقت المستحب كفايه لا يتأتّى بالأذان الذى لا يتقرّب به، صحّ ما ذكر، لكن ليس كذلك.

وأما الزّوايه فضعيفه. ومن هنا استوجه الحكم بالكراهه فى المذكرى والمدارك ومجمع البرهان والبحار بعد أن حكى عن علم الهدى رحمه الله . ولو اتضحت دلالة الزّوايات أمكن جبر سند الأولى بالشّهرة، مع أنّ روايه حمران حسنه على الظّاهر بابن هاشم.

الشرح:

لا يبغض الحلال.

وفيه: أنّه لم أظفر على روايه معتبره يكون ظاهرها ذلك، نعم ورد فى روايات الربا أنّه عليه السلام كان لا يكره الحلال(١)، وظاهرها خلاف المقطوع، فإنّه عليه السلام كان يكره المكروهات الشرعيّه قطعاً، مع كونها محلّله. وحسنه حمران الوارده فى فساد الدنيا وفيها قال عليه السلام : «ورأيت الأذان بالأجر والصلاه بالأجر»(٢).

وفيه: أنّه لا دلالة لها أيضاً على المنع، بل ولا دلالة على الكراهه، فإنّها فى مقام بيان علامه فساد الأرض، لا بيان موجبات فسادها، ويمكن كون الحلال المخصوص علامه لفسادها، كقوله عليه السلام فيها: «ورأيت المؤمن صامتاً لا يقبل قوله»(٣)، فإنّ صمت

ص: ١٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٥١ ، الباب ١٥ من أبواب الربا، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٧٩ ، الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ٦.

٣- (٣) نفس المصدر .

ومن هنا يظهر وجه ما ذكره في هذا المقام [١] من حرمة أخذ الأجره على الإمامه مضافاً إلى موافقتها للقاعده المتقدمه من أن ما كان انتفاع الغير به موقوفاً على تحققه على وجه الإخلاص فلا يجوز الاستئجار عليه، لأن شرط العمل المستأجر عليه قابليه إيقاعه لأجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاء بالعقد، وما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك.

الشرح:

المؤمن مع عدم قبول قوله لا يكون حراماً، بل ولا مكروهاً. وروايتي محمد بن مسلم والعلاء بن سيابه عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «لا- تصلّ خلف من يبغى على الأذان والصلاه أجراً بالناس، ولا تقبل شهادته» (١)، ولا- بأس بدلالتهما على المنع، فإنّ الحكم بفسق أخذ الأجر على الأذان أو الصلاه المراد بها الإمامه لا- يكون إلا- مع حرمة الفعل أو بطلان المعامله. إلا أنّهما ضعيفتان سنداً، وإن وصف السيد اليزدي رحمه الله روايه محمد بن مسلم بالصحه (٢).

والأظهر أنّه لا بأس بأخذ الأجره على الأذان وتعليم القرآن؛ لعدم المنافاه بين أخذ الأجره على عمل وكونها عباده، مع أنّ تعليم القرآن ليس من العباده، والروايات كما مرّت ضعيفه سنداً أو دلاله، ولكن الأحوط الترك، والله سبحانه هو العالم.

[١] الوجه هو ذكر الصلاه في حسنه حمران وقد تقدّم ظهورها في الأجر على الإمامه، ولكن ذكرنا عدم دلالتها على المنع.

وأما ما ذكره رحمه الله من أنّ الانتفاع بالإمامه موقوف على تحققها بقصد الإخلاص؛ إذ المأموم لا يجوز له الاقتداء إلا بإمام تكون صلاته صحيحه، وقصد الإخلاص لا يجتمع مع أخذ الأجره فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ما يفيد الغير في المقام هي

ص: ١٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٣٧٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٦.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ١ : ١٥٧.

ثم إن من الواجبات التي يحرم أخذ الأجره عليها عند المشهور تحمّل الشهاده [١] بناءً على وجوبه كما هو أحد الأقوال في المسألة لقوله تعالى: «وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا» المفسّر في الصّحيح بالدعاء للتحمّل، وكذلك أداء الشهاده، لوجوبه عيناً أو كفايه. وهو مع الوجوب العيني واضح، وأمّا مع الوجوب الكفائي فلائّن المستفاد من أدلّه الشهاده كون التحمّل والأداء حقّاً للمشهد له على الشاهد، فالموجود في الخارج من الشاهد حقّ للمشهد له لا يقابل بعوض للزوم مقابله حقّ

الشرح:

صحه صلاه الإمام، حتّى يقتدى بصلاته. وأمّا كون إمامته بالقربه، فلا يعتبر في جواز الاقتداء، وعلى ذلك فلو كان المكلف بحيث يأتي بالصلاه بداعي الأمر بها ولو منفرداً ولا يأتي بها حتّى مع إعطاء الأجره عليها لولا أمر الشارع بها، فيكون أخذ أجرته على خصوصيته صلاته لا على أصلها، وتلك الخصوصية لم تؤخذ في متعلّق الأمر بالطبيعته فلا بأس بذلك الأخذ، غايه الأمر لا يثاب على إمامته، فتدبر.

[١] تعرّض رحمه الله لأخذ الأجره على تحمّل الشهاده، وذكر عدم جوازه بناءً على وجوب التحمّل عند الدعوه إليه، كما هو مقتضى الصحيح الوارد في تفسير قوله سبحانه: «وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا» (١). وكذا لا يجوز أخذ الأجره على أدائها، والوجه في عدم الجواز هو كون كلّ من الأداء والتحمّل حقّاً للمشهد له، فيستحقّهما على الشاهد، فيكون أخذ الشاهد الأجره على الأداء أو التحمّل من مبادله حقّ شخص بمال ذلك الشخص. وهذا أكل المال بالباطل، بل ينطبق عنوان الأكل بالباطل حتّى فيما لو أخذ المال عن آخر يجب عليه أيضاً الأداء أو التحمّل كفايه، حيث إنّ طلب المال لأداء حقّ الغير إليه، سواء كان المطلوب منه المال صاحب الحقّ أو غيره، أكل لذلك المال بالباطل.

ص: ١٥٥

الشخص بشيء من ماله؛ فيرجع إلى أكل المال بالباطل. ومنه يظهر أنه كما لا يجوز أخذ الأجره من المشهود له، كذلك لا يجوز من بعض من وجبت عليه كفايه إذا استأجره لفائده إسقاطها عن نفسه. ثم إنه لا فرق في حرمة الأجره بين الشرح:

أقول: في كون الاستجابة للتحمّل أو الأداء مجاناً حقاً للمشهود له تأمّل، وذكر السيد الخوئي رحمه الله (1) أنّ الوجه في عدم جواز أخذ الأجره استفاده المجاتيّه من دليل وجوبهما، فإنّ قوله سبحانه: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»، مع الإغماض عن الروايه أيضاً، يعمّ الدعوه إلى التحمّل والأداء. ومقتضى إطلاق النهي عدم جواز الإباء حتى مع عدم بذل الأجره.

وفيه: أنّه يمكن دعوى كون متعلّق النهي الدعوه المتعارفه، وإذا كانت الدعوه المتعارفه إلى التحمّل أو الشهاده بالأجر كانت الدعوه إليها كالدعوه إلى الخياطه أو البناء في أنّ وجوب استجابتهما لا يقتضى المجاتيّه، ويشهد لذلك ملاحظه صدر الآيه، فإنّ قوله سبحانه: «وَلَا يَأْبُ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ»، لا يقتضى وجوب الكتابه على الكاتب مجاناً.

لا يقال: إنّ بينهما فرقاً، فإنّ الكتابه في الدين مستحبّه، فلا بأس بأخذ الأجره عليها، بخلاف الاستجابة لأداء الشهاده أو تحمّلها.

فإنّه يقال: الاستجابة إلى الكتابه مثل الاستجابة للتحمّل أو الأداء واجبه، مع أنّ مقتضى الإطلاق عدم جواز المطالبه بالأجره للتحمّل والأداء، لا عدم جواز أخذها مع إعطائها، كما هو المطلوب في المقام وفي مثل الأجره على القضاء كما لا يخفى.

هذا، ويمكن أن يقال بعدم تعارف أخذ الأجره على تحمّل الشهاده أو أدائها،

ص: ١٥٦

الواجبات والمستحبات التي لا يجوز أخذ الأجره عليها يجوز ارتزاق مؤديها من بيت المال

توقّف التّحمّل أو الأداء على قطع مسافه طويله وعدمه. نعم، لو احتاج إلى بذل مال فالظّاهر عدم وجوبه، ولو أمكن إحضار الواقعه عند من يراد تحمّله للشهاده فله أن يمتنع من الحضور ويطلب الإحضار. بقى الكلام في شيء [١] وهو أنّ كثيراً من الأصحاب صرّحوا في كثير من الواجبات والمستحبات التي يحرم أخذ الأجره عليها بجواز ارتزاق مؤديها من بيت المال المعدّ لمصالح المسلمين. وليس المراد أخذ الأجره أو الجعل من بيت المال، لأنّ ما دلّ على تحريم العوض لا فرق فيه بين كونه من بيت المال أو من غيره، بل حيث استفدنا من دليل الوجوب كونه حقاً للغير الشّرح:

وليس لهما مالئيه، فيكون أخذها من أكل المال بالباطل. نعم، لو توقّف التّحمّل أو الأداء على بذل المال لقطع المسافه ونحوه، لم يجب البذل من كيسه، والوجه في ذلك: أنّ مقتضى قاعده نفى الضرر عدم وجوب التّحمّل أو الأداء في الفرض، حتّى فيما إذا قال المشهود له: اصرف المال وعلّى تداركه، فإنّ مجرد التزامه بالعوض لا- يوجب انتفاء الضرر، حيث إنّه ربّما لا يصل إليه العوض؛ لعدم وفاء المشهود له بالتزامه.

[١] ذكر جماعه من الأصحاب (١) في الواجبات والمستحبات التي لا يجوز أخذ الأجره عليها أنّه يجوز ارتزاق مؤديها من بيت المال، وليس المراد أخذ الأجره والعوض من بيت المال على عملهم، فإنّه لا فرق في عدم الجواز بين الأخذ من بيت المال أو من غيره، بل يكون إعطاء العوض من بيت المال، باعتبار عدم كونه ملكاً شخصياً للمعطى أولى بعدم الجواز، فليكن مرادهم أنّه إذا قام المكلّف بتلك الأعمال التي لا يمكنه مع القيام بها الكسب المناسب، فيقرّر له من بيت المال ما يكفيه من

ص: ١٥٧

١- (١) كالشيخ في المبسوط ٨ : ١٦٠، والحلى في السرائر ١ : ٢١٥ و ٢ : ٢١٧، والمحقّق في الشرائع ٢ : ١١ و ٤ : ٦٩ و ٧٠، والعلامة في القواعد ١ : ١٢١، و ٢ : ٢٠٢، والشهيد في الدروس ٣ : ١٧٢، وراجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤ : ٩٩ ٩٥.

يجب أدائه إليه عيناً أو كفايه، فيكون أكل المال بإذنه أكلاً له بالباطل، كان إعطاؤه العوض من بيت المال أولى بالحرمة، لأنه تضييع له و إعطاء مال المسلمين بازاء ما يستحقّه المسلمون على العامل. بل المراد أنّه إذا قام المكلف بما يجب عليه كفايه أو عيناً ممّا يرجع إلى مصالح المؤمنين وحقوقهم كالقضاء والإفتاء والأذان والإقامة ونحوها ورأى وليّ المسلمين المصلحة في تعيين شيء من بيت المال له في اليوم أو الشهر أو السّنة من جهة قيامه بذلك الأمر لكونه فقيراً يمنع القيام بالواجب المذكور عن تحصيل ضروريّاته، فيعيّن له ما يرفع حاجته و إن كان أزيد من أجره المثل أو أقلّ منها. ولا فرق بين أن يكون تعيين الرّزق له بعد القيام أو قبله، حتّى أنه لو قيل له: «إقض في البلد وأنا أكفيك مؤونتك من بيت المال» جاز، ولم يكن جعله.

وكيف كان، فمقتضى القاعده عدم جواز الارتزاق إلّا مع الحاجه على وجه يمنعه القيام بتلك المصلحه عن اكتساب المؤونه. فالارتزاق مع الاستغناء ولو بكسب لا يمنعه القيام بتلك المصلحه غير جائز.

ويظهر من إطلاق جماعه في باب القضاء خلاف ذلك، بل صرح غير واحد بالجواز مع وجدان الكفايه.

الشرح:

مؤنه نفسه وعياله مع فقره، زاد على أجره عمله أم نقص، بعنوان المساعده. وأمّا مع غناه، فإن كان ذلك العمل واجباً عليه، فلا يجوز لوليّ المسلمين الإعطاء من بيت المال، فإنّ عداله القاضي تمنعه عن ترك القضاء الواجب عليه، فيكون إعطاؤه مع غناه من إتلاف بيت المال. وهذا بخلاف البذل لمثل المؤذن والإمام الراتب ممّن يقوم بالمستحبات، فإنّه يجوز فيما إذا كان تركه موجباً لترك الأذان والإمامه ونحوهما، ولا يكون من إتلاف بيت المال بلا جهه، بل القاضي فيما إذا أراد الارتحال من البلد إلى الآخر للقضاء في ذلك البلد، وكانت الحاجه إليه في البلد أشدّ، فإنّه

ص: ١٥٨

خاتمه تشمل على مسائل:

الأولى: صرح جماعة [١] كما عن النهايه والسريائر والتذكره والدروس وجامع المقاصد بحرمة بيع المصحف. والمراد به كما صرح به في الدروس خطه. وظاهر المحكى عن نهايه الأحكام اشتهاها بين الصيحابه، حيث تمسك على الحرمة بمنع الصحابه، وعليه تدلّ ظواهر الأخبار المستفيضه: ففي موثقه سماعه: «لا تبيعوا المصاحف، فإنّ بيعها حرام، قلت: فما تقول في شرائها؟ قال: الشرح:

لا بأس بالبذل له، فإنّه من صرف بيت المال في سبيل صلاح المسلمين.

[١] ذكر جماعة من القدماء والمتأخرين (١) عدم جواز بيع المصاحف، ومرادهم كما أوضح في «الدروس» بيع خطه (٢)، وكانت حرمة بيعه مشهوره بين الصحابه على ما هو ظاهر «نهايه الأحكام» (٣)، حيث تمسك في إثباتها باشتهاها بين الصحابه، ويدلّ عليه ظاهر جملة من الروايات:

منها: روايه سماعه عن الشيخ رحمه الله باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله الرازى عن الحسن بن على بن أبى حمزه عن زرعه عن سماعه بن مهران قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تبيعوا المصاحف، فإنّ بيعها حرام، قلت: فما تقول في شرائها؟ قال: اشترمنه الدفتين والحديد والغلاف، وإياك أن تشتري منه الورق، وفيه القرآن مكتوب» (٤). وهى ضعيفه، وليست بالموثقه، فإنّ أبا عبد الله الزرارى هو محمد بن أحمد الجامورانى الزرارى، وقد استثناء ابن الوليد

ص: ١٥٩

١- (١) النهايه : ٣٦٨، والسريائر ٢ : ٢١٨، التذكره ١ : ٥٨٢، الدروس ٣ : ١٦٥، جامع المقاصد ٤ : ٣٣.

٢- (٢) الدروس ٣ : ١٦٥.

٣- (٣) نهايه الأحكام ٢ : ٤٧٢، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٨٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ١٦٠، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف، وإيّاك أن تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب، فيكون عليك حراماً وعلى من باعه حراماً». ومضمرة عثمان بن عيسى، قال: «سألته عن بيع المصاحف وشرائها؟ قال: لا تشتري كلام الله، ولكن اشتر الجلد والحديد والدّفه، وقل: أشتري منك هذا بكذا وكذا».

ورواه في الكافي عن عثمان بن عيسى، عن سماعه، عن أبي عبد الله عليه السلام .

ورواه جرّاح المدائني في بيع المصاحف: «قال: لا تبع الكتاب ولا تشتريه، وبع الورق والأديم والحديد».

ورواه عبد الرحمن بن سيابة قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ المصاحف لن تُشتري، فإذا اشترت فقل: إنّما أشتري منك الورق وما فيه من الأديم وحليته وما فيه من عمل يدك، بكذا وكذا».

الشرح:

عن روايات محمد بن أحمد بن يحيى، وفي استثنائه دلالة على ضعفه، كما أنّ ضعف الحسن بن علي بن أبي حمزة أظهر من أن يذكر، فتوصيف المصنّف رحمه الله الرواية بالموثّقة غير تامّ.

ومنها: روايه عبدالرحمن بن سيابه عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: «سمعتَه يقول: إنّ المصاحف لن تُشتري، فإذا اشترت فقل: إنّما أشتري منك الورق، وما فيه من الأديم، وحليته، وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا»^(١)، وفي موثّقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: «سألته عن بيع المصاحف وشرائها؟ فقال: لا- تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين، وقل: أشتري منك هذا بكذا وكذا»^(٢).

ولكن في مقابلها ما يظهر منه الجواز، كصحيحه أبي بصير، قال: «سألت

ص: ١٦٠

١- (١) المصدر السابق: ١٥٨، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥٨: ١٧، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

وظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ المصاحف لن تشتري» أنَّها لا تدخل فى ملك أحد على وجه العوضيه عمَّا بذله من الثمن، وأنَّها أجلُّ من ذلك، ويشير إليه تعبير الإمام فى بعض الأخبار بـ«كتاب الله» و«وكلام الله» الدالُّ على التَّعظيم.

وكيف كان، فالحكم فى المسأله واضح بعد الأخبار وعمل من عرفت، حتَّى مثل الحلَّى الذى لا يعمل بأخبار الآحاد. وربَّما يتوهم هنا ما يصرف هذه الأخبار عن ظواهرها، مثل روايه أبى بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع المصاحف وشرائها. قال: «إنَّما كان يوضع عند القامه والمنبر. قال: وكان بين الحائط والمنبر قدر ممرِّ شاه أو رجل وهو منحرف، فكان الرُّجل يأتى فيكتب السوره، ويجىء آخر فيكتب السوره كذلك كانوا، ثمَّ إنَّهم اشتروا بعد ذلك. قلت: فما ترى فى ذلك؟ قال: أشتريه أحبَّ إلَّى من أن أبيعته».

الشرح:

أبا عبدالله عليه السلام عن بيع المصاحف وشرائها؟ فقال: إنَّما كان يوضع عند القامه والمنبر، قال: كان بين الحائط والمنبر قيد ممرِّ شاه أو رجل وهو منحرف، فكان الرجل يأتى فيكتب البقره ويجىء آخر فيكتب السوره، كذلك كانوا، ثمَّ إنَّهم اشتروا بعد ذلك، فقلت: فما ترى فى ذلك؟ قال: أشتريه أحبَّ إلَّى من أن أبيعته» (١). ونحوها موثقه روح بن عبدالرحيم، وزاد فيها «قلت: فما ترى أن أعطى على كتابته أجراً؟ قال: لا بأس، ولكن هكذا كانوا يصنعون» (٢).

ومقتضى الجمع بين الطائفتين هو حمل المانع على الكراهه، ولكن ذكر المصنّف رحمه الله أنّ صحيحه أبى بصير لا تصلح أن تكون قرينه على صرف النهى فى سائر الروايات إلى الكراهه، فإنَّ مدلولها أنّه لم يكن فى الصدر الأوّل تحصيل

ص: ١٦١

١- (١) المصدر السابق: ١٦٠، الحديث ٨.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٥٨، الحديث ٤.

ومثله روايه روح بن عبد الرّحيم، وزاد فيه: «قلت: فما ترى أن أُعطي على كتابته أجراً؟ قال: لا بأس، ولكن هكذا كانوا يصنعون»، فإنّها تدلّ على جواز الشّراء من جهة حكايته عن المسلمين بقوله: «ثمّ إنهم اشتروا بعد ذلك»، وقوله: «أشتره أحبّ إليّ من أن أبيع»، ونفى البأس عن الاستئجار لكتابته، كما في أخبار آخر غيرها، فيجوز تملك الكتابه بالأجره، فيجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بيع المجموع المركّب منها ومن القرطاس، وغيرهما.

لكنّ الإنصاف: أن لا دلالة فيها على جواز اشتراء خطّ المصحف، وإنّما تدلّ على أنّ تحصيل المصحف في الصدر الأوّل كان بمباشره كتابته، ثمّ قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم، وحصلوا المصاحف بأموالهم شراء واستئجاراً، ولا دلالة فيها على كيفية الشّراء، وأنّ الشّراء والمعاضه لا بدّ أن لا يقع إلاّ على ما عدا الخطّ، من القرطاس وغيره.

الشرح:

المصاحف بالشّراء، وإنّما حدث ذلك أخيراً. وأمّا كيفية بيعها وشرائها، وهل هو مثل سائر الكتب أم لا؟ فلا دلالة لها على المماثله، إلاّ بالإطلاق، أي السكوت في مقام البيان، فيرفع اليد عن ذلك بمثل روايه عبدالرحمن المتقدّمه الدالّه على الكيفيه المعبره في بيع المصاحف وشرائها، بل هذا الإطلاق أيضاً يمكن منعه بعدم كون الروايه في مقام البيان من جهة الكيفيه ليتمكن دعوى إطلاقها.

وبهذا يظهر الحال في روايه عنبسه الوراق، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام، فقلت: أنا رجل أبيع المصاحف، فإنّ نهيتني لم أبعها، فقال: ألسنت تشتري ورقاً وتكتب فيه؟ قلت: بلى، وأعالجها، قال: لا بأس بها»^(١)، فإنّ ظهور هذه في جواز بيع المصاحف كسائر الكتب بالإطلاق وبالسكوت في مقام البيان، فيرفع اليد عنه بالبيان الوارد في

ص: ١٦٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٥٩، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

وفى بعض الروايات دلالة على أنّ الأولى مع عدم مباشره الكتابه بنفسه أن يستكتب بلا شرط ثم يعطيه ما يرضيه، مثل روايه عبد الرحمن بن أبى عبدالله عن أبى عبدالله عليه السلام ، قال: «إنّ أمّ عبدالله بنت الحسن أرادت أن تكتب مصحفاً فاشتريت ورقاً من عندها، ودعت رجلاً فكتب لها على غير شرط، فأعطته حين فرغ خمسين ديناراً، وأنه لم تُبع المصاحف إلاّ حديثاً».

ومما يدلّ على الجواز: روايه عنبسه الوراق، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام : إننى رجل أبيع المصاحف فإن نهيتنى لم أبعها. قال: ألسنت تشتري ورقاً وتكتب فيه؟ قلت: نعم وأعالجها. قال: لا بأس بها». وهى وإن كانت ظاهره فى الجواز إلاّ أنّ ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع، فى مقام الحاجه إلى البيان، فلا تعارض ما تقدّم من الأخبار المتضمّنه للبيان.

وكيف كان، فالأظهر فى الأخبار ما تقدّم من الأساطين المتقدمه إليهم الإشاره.

الشرح:

الروايات المتقدمه.

أقول: لا بدّ من رفع اليد عن الأخبار المانعه بحملها على الكراهه، فإنّه قد ورد فى موثقه روح بن عبدالرحيم المتقدمه نفى البأس عن الكتابه بالأجر، ولو لم يكن لخط القرآن ماليه، باعتبار عظمته، لم تكن كتابته من الأعمال التى لها قيمه.

والحاصل: أنّه لا- يحتمل الفرق بين الأجر على كتابه القرآن وبين بيعه، وجواز الأوّل كاشف عن جواز الثانى. هذا، مع أنّ ظاهر السؤال فى مثل صحيحه أبى بصير بقوله: «فما ترى فى شرائها» هو السؤال عن جواز شراء المصاحف بالنحو المتعارف فى سائر الكتب، فىكون جوابه عليه السلام بالجواز راجعاً إلى ذلك النحو. وهذا من الظهور الوضعى لا- الإطلاقى ليتوقّف على تماميه مقدّماته، وذلك فإنّ دلالة اللفظ الموضوع للكتاب عليه بالوضع وإضافه البيع إليه ظاهره بمقتضى وضع الإضافه فى تعلّقه

ص: ١٦٣

بقى الكلام فى المراد من حرمة البيع [١] والشراء، بعد فرض أنّ الكاتب للمصحف فى الأوراق المملوكة مالك للأوراق وما فيها من النقوش، فإنّ النقوش: إن لم تعدّ من الأعيان المملوكة، بل من صفات النقوش الذى تتفاوت قيمته بوجودها وعدمها، فلا حاجة إلى النهى عن بيع الخطّ، فإنّه لا يقع بإزائه جزء من الثمن حتّى يقع فى حيز البيع. وإن عدّت من الأعيان المملوكة، فإن فرض بقاؤها على ملك البائع بعد بيع الورق والجلد، فيلزم شركته مع المشتري، وهو خلاف الاتفاق، وإن انتقلت إلى المشتري، فإن كان بجزء من العوض فهو البيع المنهى عنه، الشرح:

بعنوان ذلك الكتاب كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أنّ المصحف كسائر الكتب تكون خطوطه وصفاً مقوماً له، ولا يمكن كون الوصف مطلقاً مقوماً كان أم غيره ملكاً لشخص، وموصوفه ملكاً للآخر. بل لو كان الوصف فى الشىء حاصلاً بعمل الآخر، وكان بأمر من مالك ذلك الشىء أو باستجاره فيستحقّ العامل الأجره عليه، وإلا فلا احترام لفعله، ولا يكون له على مالكة أجره أصلاً. وعلى ذلك فلو كان النهى عن بيع المصاحف لزومياً كان المراد بمتعلّق النهى ملاحظه خطوطها فى أخذ العوض عليها، على ما تقدّم سابقاً فى النهى عن بيع الجارية المغنّيه، وفى النهى عن بيع آلات اللهو.

والحاصل: أنّ المراد بالنهى عن بيع المصاحف هو المنع عن بيع الأوراق، بملاحظه كونها موصوفه بالكتابه القرآنيه.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكره المصنّف رحمه الله من أنّ النقوش إن لم تعدّ من الأعيان المملوكة عرفاً، بل من صفات النقوش الذى تتفاوت قيمته بوجودها وعدمها، فلا حاجة إلى النهى عن بيع الخطّ، فإنّه لا يقع بإزائه جزء من الثمن ليقع فى حيز النهى لا يمكن المساعده عليه، لما ذكرنا من كون الخطوط وصفاً مقوماً، نظير بيع

لأنَّ بيع المصحف المركب من الخطِّ وغيره ليس إلّا جعل جزء من الثمن بإزاء الخطِّ. وإن انتقلت إليه قهراً تبعاً لغيرها، لا بجزء من العوض نظير بعض ما يدخل في المبيع فهو خلاف مقصود المتبايعين. مع أنّ هذا كالتزام كون المبيع هو الورق المقيّد بوجود هذه النقوش فيه، لا- الورق والنقوش، فإنَّ النقوش غير مملوكة بحكم الشارع مجرّد تكليف صوري، إذ لا أظنّ أن تعطل أحكام الملك، فلا- تجرى على الخطِّ المذكور إذا بنينا على أنّه ملك عرفاً قد نهى عن المعاضه عليه، بل الظاهر أنّه إذا لم يقصد بالشراء إلّا- الجلد والورق كان الخطُّ باقياً على ملك البائع فيكون شريكاً بالنسبه، فالظاهر أنّه لا- مناص من التزام التّكليف الصّوري، أو يقال: إنّ الخطُّ لا يدخل في الملك شرعاً وإن دخل فيه عرفاً، فتأمّل.

الشرح:

آلات اللّهُ، وأنّ النهى مقتضى عدم جواز لحاظ هذا الوصف في مقام المبادله، على ما تقدّم في بيع الآلات.

نعم، ذكرنا أنّه لا بدّ من حمل النهى على الكراهه، أي على كراهه إيقاع المعامله على المصحف بما هو مصحف، وأنّ اللّازم في التخلّص من هذه الكراهه جعل الثمن بإزاء الأوراق بما هي أوراق. والثمن المأخوذ وإن كان زائداً على ثمن الأوراق، والزيادة بداعى اتصاف تلك الأوراق بالكتابه القرآنيه، إلّا أنّه لا يذكر هذه الجهه في العقد، بل يذكر فيه عنوان الأوراق والحديد. وبعد انتقال الأوراق إلى المشتري يكون مالكا لها بما هي مصحف، حيث تقدّم تبعيه الخطوط، وأنّه لا يمكن كونها ملكاً لشخص والأوراق ملكاً لآخر.

لا يقال: لا فرق بين النهى في المقام وبين النهى عن بيع آلات اللّهُ، غايه الأمر عدم المائيه في تلك الآلات باعتبار خسيّتها، وفي المصحف باعتبار عظمته، كما يرشد إلى ذلك قوله في مضمرة عثمان بن عيسى: «لا تشتري كلام الله»^(١)، وعلى ذلك

ص: ١٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

ولأجل ما ذكرناه التجأ بعض إلى الحكم بالكراهه، وأولويه الاقتصار في معامله على ذكر الجلد والورق بترك إدخال الخط فيه احتراماً، وقد تعارف إلى الآن تسميه ثمن القرآن «هديه».

الشرح:

يكون النهى عن بيع المصحف نظير النهى عن بيع تلك الآلات حقيقياً، لا- راجعاً إلى صورته العقد كما تقدّم. نعم، يجوز بيع الأوراق والحديد من المصحف، نظير بيع المواد من الآلات.

فإنه يقال: إن تجويز بيع المصحف في صحيحه أبي بصير المتقدمه وتجويز أخذ الأجره على كتابته في موثقه روح بن عبدالرحيم قرينه على اختلاف الحكم فى المقام، وأن إيقاع معامله على المصحف كإيقاعها على سائر الكتب مكروه، ولا بد من التخلص عن الكراهه من إيقاعها على الأوراق والحديد. فيكون هذا حكماً راجعاً إلى صورته العقد، ولا يتعين بيع المصحف بقيمه الأوراق والحديد كما كان يتعين ذلك فى بيع الآلات، على تأمل كما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنّف رحمه الله من فرض كون خطوط المصحف من الأعيان فى مقابل أوراقه فغير صحيح، وعلى تقديره فيردّ عليه ما أورده رحمه الله من أنه لو قيل ببقاء تلك الخطوط على ملك البائع بعد بيعه الأوراق، لزم شركة البائع والمشتري فى المصحف بالقيمه، ولا يمكن الالتزام بها. وإن انتقلت إلى المشتري، فإن كان انتقالها بجزء من الثمن فهو عين بيع المصحف، ولا يكون للنهى عنه معنى إلا- الحمل على الكراهه، وإن كان انتقالها قهراً تبعاً للأوراق، فهو خلاف مقصود المتبايعين، فإن قصدهما إعطاء العوض وأخذه فى مقابل المصحف المركب من الأوراق والخطوط، فلا بد من إرجاع النهى إلى التكليف الصورى، أى التكليف الراجع إلى صورته معامله، بأن يجعل الخطوط فيها بعنوان الشرط فى البيع، لا الجزء من المبيع.

ص: ١٦٦

ثم إنَّ المشهور بين العلّامه رحمه الله [١] ومن تأخّر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذى يجوز بيعه من المسلم، ولعلّه لفحوى ما دلّ على عدم تملّك الكافر للمسلم، وأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، فإنّ الشّيخ رحمه الله قد استدللّ به على عدم تملّك الكافر للمسلم.

الشرح:

[١] المشهور بين العلّامه والمتأخّرين (١) عنه على ما قيل عدم جواز بيع المصحف من الكافر، حتى بالوجه الذى يجوز بيعه من المسلم بذلك الوجه، واحتمل المصنّف رحمه الله أن يكون مستندهم فى عدم الجواز أمرين:

الأوّل: فحوى ما دلّ على عدم جواز تملّك الكافر المسلم.

أقول: الفحوى ممنوعه، فإنّه لو كان أصل الحكم ثابتاً، بأن لا- يصحّ تملّك الكافر العبد المسلم، فهو باعتبار أنّ ملك الكافر المسلم وعدم تمكّن المسلم على تصرفاته وأفعاله إلاّ برخصه منه ولايه للكافر على المسلم، ولا يجرى ذلك فى ملك الكافر المصحف.

وبعبارة أخرى: لو لم يكن هذا هو الملا-ك جزماً فلا أقلّ من احتمال كونه الملا-ك، ومعه لا يمكن دعوى الفحوى، وأما أصل الحكم فإنّه روى الشّيخ رحمه الله فى نهايته عن حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده» (٢). فيقال: ظاهر هذه الروايه عدم سلطان للكافر على إقرار المسلم فى ملكه.

وفيه: أنّه لا بدّ فى المسأله من الاعتماد على وجه آخر، فإنّ هذه الروايه لضعف

ص: ١٦٧

١- (١) أنظر القواعد ١ : ١٢١ ، وايضاح الفوائد ١ : ٤٠٧ ، والدروس ٣ : ١٧٥ ، وجامع المقاصد ٤ : ٣٣ ، والمسالك ٣ : ٨٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٨٠ ، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع ، الحديث الأوّل .

ومن المعلوم أنّ ملك الكافر للمسلم إن كان علوّاً على الإسلام فملكه للمصحف أشدّ علوّاً عليه، ولذا لم يوجد هنا قول بتملكه و إجباره على البيع، كما قيل به فى العبد المسلم. وحينئذٍ، فلو كفر المسلم انتقل مصحفه إلى وارثه ولو كان الوارث هو الإمام، هذا.

ولكن ذكر فى المبسوط فى باب الغنائم: أنّ ما يوجد فى دار الحرب من المصاحف والكتب التى ليست بكتب الزندقه والكفر داخل فى الغنيمه ويجوز بيعها وظاهر ذلك تملك الكفار للمصاحف، وإلا لم يكن وجه لدخولها فى الغنيمه، بل كانت من مجهول المالك المسلم، وإرادته غير القرآن من المصاحف بعيده.

الشرح:

سندها بالرفع لا يمكن الاعتماد عليها.

لا يقال: سند الشيخ إلى حماد مذکور فى «المشيخة»، وليس فيه ضعف.

فإنه يقال: لم يحرز أنّ الشيخ رواها فى «النهايه» عن كتاب حماد، وملاحظه «المشيخة» تنفع فيما إذا أحرز أنّ روايته عن كتابه، والإحراز بالإضافه إلى روايات «التهذيب» و«الاستبصار» فقط؛ لذكره فى أول «التهذيب» ببدء الروايه باسم صاحب الكتاب الذى يروى عنه. وبدؤه رحمه الله فى «التهذيب» بمحمد بن يحيى مرفوعاً عن حماد قرينه على عدم أخذه الروايه من كتاب حماد، وإلا لكان المناسب بدء السند به لا بمحمد بن يحيى، ولعل قوله سبحانه: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١) كافى فى ذلك الحكم، فتأمل.

الأمر الثانى: قوله عليه السلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (٢).

أقول: هذا نبوى مرسل، ولا يمكن الاعتماد عليه، ومدلوله إن كان إثبات العلوّ

ص: ١٦٨

١- (١) سورة النساء: الآية ١٤١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

والظاهر أنّ أبعاض المصحف في حكم الكلّ إذا كانت مستقلّة، وأمّا المتفرّقه في تضاعيف غير التّفاسير من الكتب، للاستشهاد بلفظها أو معناها فلا يبعد عدم اللّحوق، لعدم تحقّق الإهانه والعلوّ.

وفي إلحاق الأدعيه المشتمله على أسماء الله تعالى كالجوشن الكبير مطلقاً، أو مع كون الكافر ملحداً بها دون المقرّ بالله المحترم لأسمائه [١] لعدم الإهانه والعلو وجوه.

وفي إلحاق الأحاديث النبويّه بالقرآن وجهان حكى الجزم بهما عن الكركي وفخر الدّين والتردد بينهما عن التّذكرة. وعلى اللّحوق فيلحق اسم النّبي صلى الله عليه وآله بطريق أولى، لأنّه أعظم من كلامه صلى الله عليه وآله وحينئذ فيشكل أن يملك الكفّار الدراهم والدنانير المضروبه [٢] في زماننا المكتوب عليها اسم النّبي صلى الله عليه وآله إلا أن يقال إنّ المكتوب فيها غير مملوك عرفاً، ولا- يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث إنّه اسمه صلى الله عليه وآله جزء من الثمن، فهو كاسمه المبارك على سيف أو على باب دار أو جدار إلّا- أن يقال: إنّ مناط الحرمة التّسليط، لا المعاوضه، بل ولا التّملك. ويشكل أيضاً من جهه مناولتها الكافر مع العلم العادي بمسّه إياه خصوصاً مع الرّطوبه.

الشرح:

للإسلام بحسب مقام الإثبات والبرهان، فهذا صحيح، ولكن لا يرتبط بالمقام، وإن كان علوه بحسب تشريع الأحكام، فهذا لا يقتضى عدم جواز بيع المصحف للكافر، فإنّ مجرد تملكه لا يكون علوّاً للكفر على الإسلام، كما أنّ مجرد تملك مسلم الإنجيل لا يكون علوّاً للإسلام على الكفر. نعم، لا يجوز إعطاء المصحف بيد الكافر، فيما إذا كان الإعطاء تعريضاً للمصحف الشريف للنجاسه الموجبه لهتكه، وهذا غير بحث الملكيه الحاصله بالبيع ونحوه.

[١] بصيغه الفاعل، أي الكافر الذي يرى الحرمة لأسمائه تعالى.

[٢] بناءً على تسريه الحكم، فلا يجوز بيع الدراهم من الكافر، حتّى فيما إذا لم

عدم العلم تفصيلاً ولا إجمالاً بوجود الحرام فى أموال الجائر وعماله

[المسألة] الثانية: جوائز السلطان وعماله [١]، بل مطلق المال المأخوذ منهم مجاناً أو عوضاً لا يخلو عن أحوال: لأنه إما أن لا يعلم فى جملة أموال هذا الظالم مال محرّم يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال، وإما أن يعلم. وعلى الثانى: فإما أن لا يعلم أنّ ذلك المحرّم أو شيئاً منه هو داخل فى المأخوذ، وإمّا أن يعلم ذلك. وعلى الثانى: فإما أن يعلم تفصيلاً، وإما أن يعلم إجمالاً فالصّور أربع:

الشرح:

تكن مائته للسكه الموجوده عليها، كالدراهم المأخوذه للتبرك والمكتوب عليها اسم النبى عليه السلام أو غيره من المعصومين عليهم السلام، فإنّ بيعها باعتبار موادّها، أى الذهب والفضه. وإن كان نظير بعض الحلويّات أو الصابون المصنوع بصوره الحيوان، فيباع فى السوق باعتبار موادّها، إلا أنّ المفروض فى المصحف عدم جواز بيعه من الكافر، حتّى باعتبار أوراقه وحديده، ولازم التعدّى إلى الدراهم المزبوره التبرك بسكّتها عدم جواز بيعها حتى باعتبار مادّتها.

[١] للمال المأخوذ من الجائر أوعماله مجاناً أو معاوضه صور أربع:

الأولى: عدم العلم تفصيلاً ولا إجمالاً بوجود الحرام فى أمواله.

الثانية: عدم العلم لا تفصيلاً ولا إجمالاً بالحرام فى المأخوذ منه، مع العلم الإجمالى بالحرام فى أمواله.

الثالثه: العلم تفصيلاً بحرمه المأخوذ منه، وأنّه ليس للجائر.

الرابعه: العلم إجمالاً بوجود الحرام فى المأخوذ منه، وأنّه مشتمل على مال الغير.

أمّا الصوره الأولى: فقد ذكر المصنّف رحمه الله فيها جواز الأخذ والتصرّف؛ للأصل والإجماع والأخبار الآتية، وينبغى أن يراى بالأصل قاعده اليد، فإنّ مقتضاها كون الجائر مالكاً لما فى يده، فتكون تصرّفاته فيه نافذه. وأمّا أصاله الصحه فلا يمكن

أما الأولى: فلا إشكال فيها في جواز الأخذ وحليه التصرف، للأصل والإجماع والأخبار الآتية، لكن ربّما يوهم بعض الأخبار أنّه يشترط في حلّ مال الجائر ثبوت مال حلال له، مثل ما عن الاحتجاج عن الحميري أنّه كتب إلى صاحب الزّمان عجل الله فرجه يسأله عن الرّجل يكون من وكلاء الوقف مستحلّاً [مستحلّاً] لما في يده، ولا يتورّع [يرع] عن أخذ ماله ربّما نزلت في قريه وهو فيها أو أدخل منزله، وقد حضر طعامه فيدعوني إليه فإن لم آكل من طعامه عاداني عليه، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه وأتصدّق بصدقه؟ وكم مقدار الصّيدقه؟ وإن أهدى هذا الوكيل هديه إلى رجل آخر فيدعوني إلى أن أنال منها وأنا أعلم أنّ الوكيل لا يتورّع عن أخذ ما في يده فهل عليّ فيه شيء إن أنا نلت منه؟

الشرح:

إجراؤها مع الإغماض عن قاعده اليد، فإنّها لا تجرى فيما إذا لم تحرز سلطنه الشخص شرعاً على التصرف، كما في المقام، فإنّه لا دليل على اعتبارها غير السيره الجاربه على حمل المعاملات الصادره عن الغير على الصحه، والمقدار المحرز من السيره موارد إحراز السلطنه. وعلى ذلك فمن المحتمل أن لا يكون الجائر سلطاناً على تملك المال المفروض، باعتبار عدم كونه مالكاً له. وأما الاستصحاب، فمقتضاه عدم جواز الأخذ، وعدم كون المال ملك الجائر، والإجماع لا يصلح للاعتماد عليه، فإنّه لا يكون إجماعاً تعديدياً، بل من المحتمل لو لم يكن من المقطوع به أنّ المدرك لإفتائهم بالجواز قاعده اليد أو غيرها، كما لا حاجة في هذه الصوره إلى الإخبار، فإنّ الجواز على القاعده، إلّا أن يراد أنّ في الأموال المأخوذه من السلطان الجائر أو عمّاله شبهه حرمه تكليفاً، حتّى فيما إذا أحرز باليقين بأنّ المأخوذ ملكه شخصاً، وهذه الشبهه مدفوعه بأصالة الحلّ والأخبار الآتية.

ثمّ ذكر المصنّف رحمه الله أنّه ربّما يوهم بعض الأخبار أنّ حلّ المال في هذه الصوره

ص: ١٧١

الجواب: «إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فاقبل برّه وإلا فلا» بناءً على أنّ الشرط في الحلّيه هو وجود مال آخر فإذا لم يعلم به لم يثبت الحلّ، لكن هذه الصّوره قليل التحقق.

وأما الثانيه: [١] فإن كانت الشبهه فيها غير محصوره فحكمها كالصّوره الأولى، الشرح:

مشروط بثبوت مال حلال للجائر، كروايه «الاحتجاج» عن الحميرى أنّه «كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام يسأله عن الرجل من وكلاء الوقف مستحلّ لما في يده، ولا يتورّع عن أخذ ماله، ربّما نزلت في قريه وهو فيها أو أدخل منزله، وقد حضر طعامه، فيدعوني إليه، فإن لم آكل من طعامه عاداني عليه، فهل يجوز لى أن آكل من طعامه وأتصدّق بصدقه، وكم مقدار الصدقه؟ وإن أهدى هذا الوكيل هديه إلى رجل آخر، فيدعوني إلى أن أنال منها، وأنا أعلم أنّ الوكيل لا يتورّع عن أخذ ما في يده، فهل على فيه شيء إن أنا نلت منها؟ الجواب: إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل طعامه واقبل برّه، وإلا فلا» (١).

ولا يخفى أنّ ظاهر الخبر صوره العلم بحرمه مال الجائر، وفرض مال حلال له فيها، باعتبار أن لا يكون حرمه المأخوذ محرزه تفصيلاً، لا أنّ وجود مال حلال له شرط تعبدى في جواز المأخوذ منه.

[١] الصوره الثانيه: وهى ما يعلم ثبوت الحرام فى الأموال التى بيد الجائر، ويحتمل كون الجائزه من ذلك الحرام، فيجوز فى هذه أيضاً أخذ الجائزه تكليفاً ووضعاً؛ لجريان قاعده اليد فى الجائزه، ولا تكون معارضه باليد على سائر أمواله، سواء احتمل الآخذ الابتلاء بها بعد ذلك أم لا، وذلك فإنّ عدم جواز التصرف بالإضافه إلى سائر الأموال محرز تفصيلاً. فإنّها إمّا ملك الجائر واقعاً، وباعتبار عدم

ص: ١٧٢

وكذا إذا كانت محصوره بين ما لا يتلى المكلف به وبين ما من شأنه الابتلاء به، كما إذا علم أنّ الواحد المرّد بين هذه الجائزه وبين أمّ ولده المعدوده من خواصّ نسائه مغصوب، وذلك لما تقرّر في الشبهه المحصوره من اشتراط تعلّق التكليف فيها بالحرام الواقعي بكون كلّ من المشتبهين بحيث يكون التكليف بالاجتناب عنه منجزاً لو فرض كونه هو المحرّم الواقعي، لا مشروطاً بوقت الابتلاء المفروض انتفاؤه في أحدهما في المثال، فإنّ التكليف حينئذٍ غير منجز بالحرام الواقعي على أىّ تقدير، لاحتمال كون المحرّم في المثال هي أمّ الولد، وتوضيح المطلب في محلّه. ثمّ إنّ صرح جماعه بكراهه الأخذ، وعن المنتهى الشرح:

إذنه في التصرف فيها تكون حراماً، وإما ملك لغيره، فلا يجوز التصرف فيها بدون إذن ذلك الغير، وأمّا بالإضافة إلى الجائزه، فلا- علم بحرمتها، فتكون مورداً لقاعده اليد بلا- معارض. نعم، في مثل ما إذا خيره الجائر في أخذ أحد أثوابه المعلومه حرمة بعضها إجمالاً، يدخل الفرض في الصورة الرابعه.

لا- يقال: إنّ العلم الإجمالي في هذه الصورة منجز، وذلك فإنّ العلم التفصيلي بحرمة سائر أموال الجائر؛ لكونها ملك الغير أو أنّها ملكه، وباعتبار عدم إذنه يحرم التصرف فيها، لا يوجب جريان قاعده اليد في المأخوذ؛ لسقوطها بالعلم الإجمالي بحرمة المأخوذ، أو عدم جواز الإخبار والشهادة على كون سائر أمواله ملكاً له.

والحاصل: أنّ ليدّه على سائر أمواله أثراً فعلياً، وهو جواز الإخبار والشهادة على كونه مالكاً له.

فإنّه يقال: إذا علم وجود الحرام في سائر أمواله، واحتمل كون المأخوذ أيضاً حراماً، فلا بأس بإجراء قاعده اليد في المأخوذ.

نعم، إذا علم حرمة بعض أمواله، وتردّد ذلك البعض بين كونه جائزه أو ما هو

الاستدلال له باحتمال الحرمة، وبمثل قولهم عليهم السلام «دع ما يريبك» وقولهم «من ترك الشبهات نجا من المحرمات... الخ».

وربما يزداد على ذلك: بأن أخذ المال منهم يوجب محبتهم: فإن القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها ويترتب عليه من المفسد ما لا يخفى.

الشرح:

عند الجائر، فلما ذكر من دعوى العلم الإجمالي بحرمة المأخوذ أو عدم جواز الإخبار بملكه سائر ما في يده وجهه، فإنه يكون أيضاً ليده على سائر أمواله أثر، وهو جواز الإخبار بكونها ملكاً له.

ثم إن هذا الوجه كما ترى يجرى حتى في الشبهه غير المحصوره، والتي لا- يمكن عقلاً- فيها ابتلاء المكلف بتمام أطرافها، فلا يحل المأخوذ فيها؛ لسقوط قاعده اليد، ويكون عدم الجواز مقتضى استصحاب الفساد.

ثم إنه قد صرح جماعة بكرامه أخذ الجائزه من الجائر، وعن العلامة الاستدلال عليها باحتمال كونها حراماً في الواقع، والنهي عن ارتكاب المشتبه في مثل قولهم: «دع ما يريبك»^(١)، وللتغيب في تركها في مثل قولهم: «من ترك الشبهات نجا من المحرمات»^(٢)، وبعضهم زاد على هذا الاستدلال وجوهاً:

منها: أن أخذ المال من الجائر وعماله سبب لمحبتهم، فإن القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها.

ومنها: أنه تترتب على أخذ المال من الجائر أو عماله مفسد لا تخفى، كما يفصح عن ذلك ما في صحيحه أبي بصير من قوله عليه السلام: «إن أحدهم لا يصيب من

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٦٧، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٥٧، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

وفى الصحيح: «إنَّ أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله».

وما عن الإمام الكاظم من قوله عليه السلام: «لولا أنّى أرى من أزوجه بها من عزّاب آل [بنى] أبي طالب لثلاً ينقطع نسله ما قبلتها أبداً».

الشرح:

دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله»(١).

ومنها: رواه عبدالله بن الفضل عن أبيه عن الكاظم موسى بن جعفر سلام الله عليه: «والله لولا أنّى أرى من أزوجه بها من عزّاب بنى أبي طالب؛ لثلاً ينقطع نسله ما قبلتها أبداً»(٢)، فإنّها ظاهره فى مرجوحته أخذ المال لولا الجبهة المذكوره.

ولكن لا يصلح شيء من ذلك لإثبات الكراهه، وذلك فإنّ ظاهر أخبار الاحتياط والتوقّف فى الشبهات هو الإرشاد إلى موافقه التكاليف الواقعيه، والترغيب فى إدراك ثواب طاعتها والتحرّز عن محذور مخالفتها، وهذا لا يختصّ بخصوص الجائزه، بل يعمّ كلّ الشبهات حتّى المال المأخوذ من العدول. وأمّا أن أخذ المال من الجائز يوجب حبه فليس كذلك، فإنّ بين المحبّه لهم وأخذ المال منهم العموم من وجه، فقد يأخذه عوضاً عن متاعه فى معامله اضطر إليها، وأمّا ترتّب المفسده فلا شهاده له فى صحيحه أبى بصير، فإنّها ناظره إلى إعانه الظالم، وكون الشخص من أعوان الظلمه على ما تقدّم سابقاً.

وروايه قبول الإمام عليه السلام هديه هارون، لا يمكن الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً ودلاله، فإنّها وارده فى مورد خاص، فلعلّ المال المفروض كان من المجهول مالكه، ومورده التصدّق به عن مالكه، ولو لم يكن صرف ذلك المال فى تزويج عزّاب بنى أبى طالب بعنوان الصدقه عن مالكه لم يكن يأخذه الإمام عليه السلام، ومثل هذا لا يرتبط بالمقام.

ص: ١٧٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢١٦، الباب ٥١، الحديث ١١.

ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهه بأمر [١]:

منها: إخبار المجيز بحليته، بأن يقول: هذه الجائزه من تجارتي أو زراعتي، أو نحو ذلك مما يحل للأخذ التصرف فيه.

وظاهر المحكى عن الرياض تبعاً لظاهر الحقائق أنه مما لا خلاف فيه.

واعترف ولده قدس سره فى المناهل بأنه لم يجد له مستنداً، مع أنه لم يحك التصريح به إلا عن الأردبيلي، ثم عن العلامة الطباطبائي.

ويمكن أن يكون المستند ما دل على قبول قول ذى اليد فيعمل بقوله، كما لو قامت البيئه على تملكه، وشبهه الحرمة و إن لم ترتفع بذلك، إلا أن الموجب للكراهه ليس مجرد الاحتمال، و إلا لعمت الكراهه أخذ المال من كل أحد، بل الموجب له: كون الظالم مظنه الظلم والغصب وغير متورع عن المحارم، نظير كراهه سور من لا يتوقى النجاسه، وهذا المعنى يرتفع بإخباره، إلا إذا كان خبره كـ «يده» مظنه للكذب، لكونه ظالماً غاصباً، فيكون خبره حينئذ كـ «يده وتصرفه» غير مفيد إلا للإباحه الظاهرية الغير المنافيه للكراهه، فيخص الحكم برفع الكراهه بما إذا كان مأموناً فى خبره.

الشرح:

والوجه التى زادوها على استدلال العلامة مقتضاها على تقدير تماميتها كراهه الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعاً، كما أن ما ذكره العلامة مقتضاه كراهه الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعاً، وكراهه الأخذ والتصرف فى مطلق المال المشتبه من دون خصوصيته للمأخوذ من الجائر.

[١] الأول: إخبار الجائر بأن المال ملكه واقعاً، ولكن قد ظهر مما تقدم أن الكراهه على تقديرها لا ترتفع بذلك، فإن الموجب لها إما اشتباه المال، ولا يرتفع الاشتباه بإخبار العدل، فضلاً عن الجائر.

وقد صرّح الأردبيلي قدس سره بهذا القيد في إخبار وكيله وبذلك يندفع ما يقال: من أنه لا فرق بين يد الظالم وتصرفه، وبين خبره، في كون كل منهما مفيداً للملكية الظاهرية غير مناف للحرمة الواقعية المقتضية للاحتياط، فلا وجه لوجود الكراهة الناشئة عن حسن الاحتياط مع اليد، وارتفاعها مع الأخبار، فتأمل.

ومنها: إخراج الخمس [١] منه، حكى عن المنتهى والمحقق الأردبيلي رحمه الله، الشرح:

وما ذكره المصنّف رحمه الله من أنّ الموجب للكراهة هو كون المال مظنّه الحرمة، ومع إخبار الجائر الثقة بكونه ملكاً له يخرج المال عن كونه مظنّه الحرمة لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ أخبار الاحتياط والتوقّف عند الشبهات لا تختصّ بصوره كون المال مظنّه الحرام، بل تعمّ مطلق ما يحتمل حرمة واقعاً. وأمّا الوجوه المذكورة فقد ذكرنا أنّ مقتضاها ثبوت الكراهة حتّى مع العلم بحليته الجائزه.

[١] الثاني: إخراج الخمس عن المال المأخوذ من الجائر، ولا يخفى أولاً: أنّ إخراج الخمس في المال المختلط حكم إلزامي لا حكم استحبابي حتّى يتعدّى إلى المقام.

وثانياً: أنّ الخمس في المال المختلط ثابت بعنوان التصدّق بالمال المجهول مالكة، فيما إذا لم يعلم قدر المال وصاحبه، وليس من الخمس المعروف كما عليه المشهور. وعلى كلّ تقدير، فالحكم باستحباب إخراج الخمس في المقام المفروض فيه احتمال كون جميع المال حراماً واقعيّاً، نظراً إلى ثبوته في المال المختلط قياس مع الفارق، فإنّ التصدّق بمقدار الخمس في المال المختلط باعتبار أنّ عين ذلك إن كان مال الغير فيكون الواجب إيصاله إلى صاحبه بالتصدّق عنه، وإن كان مال الغير غيره فيجوز لمن في يده المال المجهول مالكة، تبديل ذلك المال والتصدّق بالبدل. فالتصدّق بالخمس إيصال لمال الغير إليه، على كلّ تقدير، بخلاف المقام المحتمل فيه كون المأخوذ بتمامه مال الغير كما لا يخفى.

وظاهر الرّياض هنا أيضاً عدم الخلاف، ولعلّه لما ذكر في المنتهى في وجه استحباب إخراج الخمس من هذا المال : من أنّ الخمس مطهر للمال المختلط يقيناً بالحرام، فمحتمل الحرمة أولى بالطهر به، فإنّ مقتضى الطّهاره بالخمس صيروره المال حلالاً واقعياً، فلا يبقى حكم الشّبهه كما لا يبقى في المال المختلط يقيناً بعد إخراج الخمس.

نعم، يمكن الخدشه في أصل الاستدلال: بأنّ الخمس إنّما يطهر المختلط بالحرام، حيث إنّ بعضه حرام وبعضه حلال، فكأنّ الشّارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام، فمعنى تطهيره تخليصه بإخراج الخمس ممّا فيه من الحرام، فكأنّ المقدار الحلال طاهر في نفسه إلاّ- أنّه قد تلوّث بسبب الاختلاط مع الحرام بحكم الحرام وهو وجوب الاجتناب، فإخراج الخمس مطهر له عن هذه القذاره العرّضيّه، وأمّا المال المحتمل لكونه بنفسه حراماً وقذراً ذاتياً فلا معنى لتطهره بإخراج خمسه، بل المناسب لحكم الأصل حيث جعل الاختلاط قذاره عرّضيّه كون الحرام قدر العين، ولازمه أنّ المال المحتمل الحرمة غير قابل للتّطهير فلا بدّ من الاجتناب عنه.

نعم، يمكن أن يستأنس أو يستدلّ على استحباب الخمس بعد فتوى النّهايه التي هي كالزّوايه، ففيها كفايه في الحكم بالاستحباب، وكذلك فتوى السّرائر مع عدم العمل فيها إلاّ بالقطعيّات بالموثّقه المسؤول فيها عن عمل السلطان يخرج الشّرح:

وأما الموثّقه المسؤول فيها عن عمل السلطان: «يخرج فيه الرجل، قال عليه السلام : لا، إلاّ أن لا يقدر على شيء يأكل ويشرب، ولا يقدر على حيله، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت عليهم السلام»^(١)، فلا يمكن الاستدلال بها على استحباب

ص: ١٧٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٠٢، الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

فيه الرّجل، قال عليه السلام: «لا، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ويشرب ولا يقدر على حيله فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت عليهم السلام»، فإنّ موردها وإن كان ما يقع في يده بإزاء العمل إلا أنّ الظاهر عدم الفرق بينه وبين ما يقع في اليد على وجه الجائزه.

ويمكن أن يستدلّ له أيضاً بما دلّ على وجوب الخمس في الجائزه مطلقاً، وهي عدّه أخبار مذكوره في محلّها، وحيث إنّ المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزه حملوا تلك الأخبار على الاستحباب.

ثمّ إنّ الاستفادة ممّا تقدّم من اعتذار الكاظم عليه السلام من قبول الجائزه بتزويج عزّاب الطّالبيين لئلا ينقطع نسلهم، ومن غيره: أنّ الكراهه ترتفع بكلّ مصلحه هي أهمّ في نظر الشّارع من الاجتناب عن الشّبّهه، ويمكن أن يكون اعتذاره عليه السلام إشاره إلى أنّه لولا- صرفها فيما يصرف فيه المظالم المردوده كما قبلها، فيجب أو ينبغي أن يأخذها ثمّ يصرفها في مصارفها. وهذه الفروع كلّها بعد الفراغ عن إباحه أخذ الجائزه، والمتفق عليه من صورها: صوره عدم العلم بالحرام في ماله أصلاً، أو الشّرح:

الخمس، والوجه في ذلك أنّه يدور الأمر فيها بين رفع اليد عن إطلاقها وحملها على لزوم بعث الخمس في المقدار الزائد على المؤونه، بقريته مثل صحيحه على بن مهزيار الدّالّه على كون الخمس بعد مؤونه الرجل وعياله، وبين إبقاء الإطلاق على حاله وحمل الأمر بالبعث على الاستحباب، والمتعيّن هو التقييد، كما هو المقرّر في بحث الإطلاق والتقييد.

وبهذا يظهر الحال فيما دلّ على وجوب الخمس في الجائزه، وأنّه بقريته أنّ المال الواحد لا- يخمّس مرّتين، يحمل على كونه بالإضافة إلى الزائد على المؤونه.

العلم بوجود الحرام مع كون الشبهه غير محصوره، أو محصوره ملحقه بغير المحصوره، على ما عرفت. وإن كانت الشبهه محصوره [١] بحيث تقتضى قاعده الشرح:

[١] قد ذكرنا أنّ العلم الإجمالي يكون في الصوره الثانيه منجزاً للحرام الواقعي تاره وغير منجز له أخرى، والجائزه فيها مع عدم منجزيته محكوم له لقاعده اليد، بأنّها كانت ملك الجائر، وقد انتقلت إلى الآخذ، بخلاف ما إذا كان العلم الإجمالي منجزاً، كما إذا أراد أخذ شيء من تلك الأموال مقاصه، أو أذن الجائر في أخذ شيء منها بنحو التخيير، فإنّه لا يجوز مع ذلك العلم الإجمالي.

قال في الشرائع: «جوائز السلطان الجائر إن علمت حراماً بعينها فهي حرام» (١)، وذكر في «المسالك» في شرح العبارة أنّ «التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها، وإن علم أنّ في ماله مظالم، كما هو مقتضى حال الظالم، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع؛ للنصّ على ذلك» (٢). فيقع الكلام في مراده من النصّ، فإن أراد الروايات الداله على الترخيص والبراءه في الشبهات نظير قوله عليه السلام: «كلّ شيء حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه» (٣) فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ المقرّر في محلّه حكمه قاعده الاحتياط عليها.

وفيه ما لا يخفى، فإنّ دليل البراءه بشموله لمورد يكون وارداً على قاعده الاحتياط دون العكس، فإنّ الموضوع في قاعده الاحتياط احتمال العقاب، ومع ثبوت الترخيص في ارتكاب مشتبّه لا يكون احتمال عقاب أصلاً.

والصحيح عدم جريان الروايات الداله على الترخيص في موارد العلم الإجمالي بالتكليف؛ لاستقلال العقل بكفايه العلم الإجمالي في وصول ذلك التكليف،

ص: ١٨٠

١- (١) شرائع الاسلام ٢ : ٢٦٦. السادسة.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٣ : ١٤١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٨٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤ .

الاحتياط لزوم الاجتناب عن الجميع، لقابليته تنجز التكليف بالحرام المعلوم إجمالاً، فظاهر جماعه المصرح به في المسالك وغيره الحل وعدم لحوق حكم الشبهه المحصوره هنا.

قال في الشرائع: جوائز السلطان الظالم إن علمت حراماً بعينها فهي حرام، ونحوه عن نهايه الأحكام والدروس وغيرهما.

قال في المسالك: التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها وإن علم أن في ماله مظالم، كما هو مقتضى حال الظالم، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع، للنص على ذلك، انتهى.

الشرح:

ولا يمكن الترخيص القطعي في مخالفه التكليف الواصل، فتكون تلك الروايات مقيدة عقلاً.

وعلى من جوز أخذ الجائزه في صوره العلم الإجمالي المنجز الالتزام بأن الشبهه المحصوره كالشبهه البدويه في عدم تنجز التكليف أصلاً، كما عليه شردمه من متأخري المتأخرين، إلا أن لا يكون كلامه ناظراً إلى صوره العلم الإجمالي المنجز. وشيء من هذين لا يناسب تفسير «المسالك»، فإن ظاهره أن لجائزه السلطان خصوصيه مستفاده من النص، وباعتبارها تفرق عن سائر موارد العلم الإجمالي بالحرام، ولا يجرى فيها وجوب الاحتياط الثابت في المال المختلط.

وإن أراد من النص صحيحه أبي ولاد، فقد ذكر المصنف رحمه الله فيها ثلاثه احتمالات، وليس عليها خصوصيه لجوائز السلطان، قال أبو ولاد: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما ترى في رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم وأنا أمر به فأنزل عليه، فيضيفني ويحسن إليّ وربّما أمر لي بالدرهم والكسوه، وقد ضاق صدري من ذلك؟ فقال لي: كل وخذ منه، فلك المهناً وعليه

ص: ١٨١

أقول: ليس فى أخبار الباب ما يكون حاكماً على قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره، بل هى مطلقه أقصاها كونها من قبيل قولهم عليهم السلام: «كلّ شىء لك حلال»، أو «كلّ شىء فيه حلال وحرام فهو لك حلال».

وقد تقرّر حكومه قاعده الاحتياط على ذلك، فلا بدّ حينئذٍ من حمل الأخبار على مورد لا تقتضى القاعده لزوم الاجتناب عنه، كالشبهه الغير المحصوره أو المحصوره التى لم يكن كلّ من احتمالاتها مورداً لابتلاء المكلف، أو على أنّ ما يتصرّف فيه الجائر بالإعطاء يجوز أخذه، حملاً لتصرّفه على الصّحيح، أو لأنّ تردّد الحرام بين ما ملكه الجائر وبين غيره من قبيل التردّد بين ما ابتلى به المكلف، الشرح:

الوزر(١). والاحتمالات:

أولها: كون الواصل إلى الشخص من العامل مالاً مشتبهاً بالشبهه البدويّه، فإنّ العامل المزبور باعتبار حرمة عمله يكون كسبه محرّماً، وحلّيه طعامه أو هديّته للغير، باعتبار احتمال كونهما من أمواله الشخصيه، بالاقتراض أو الشراء فى الذمّه لا من أجره عمله.

وثانيها: أن يعلم الآخذ بكون المأخوذ من أجره عمل العامل، وبما أنّ الأجره تكون من الخراج أو المقاسمه المباحه للشيعة، فيجوز للآخذ تملكها والتصرّف فيها، فله المهناً، بخلاف العامل، فإنّه لا يحلّ له، فيكون عليه وزرها؛ إذ لو فرض أنّ المال من غير الخراج والمقاسمه، يكون محرّماً على الآخذ أيضاً، باعتبار كونه إمّا ملكاً شخصياً للسلطان وقد أعطاه للعامل أجره على عمله الحرام، أو ملكاً لسائر الناس وقع بيد العامل جوراً، فلا يكون الإطعام به أو هديّته من المالك الشرعى حتّى يحلّ للآخذ.

ص: ١٨٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ٢١٣، الباب ٥١ ما يكتسب به، الحديث الأول.

وما لم يبتل به، وهو ما لم يعرضه الجائر لتمليكه، فلا- يحرم قبول ما ملكه، لدوران الحرام بينه وبين ما لم يعرضه لتمليكه، فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه كما أشرنا إليه سابقاً.

فلو فرضنا مورداً خارجاً عن هذه الوجوه المذكوره، كما إذا أراد أخذ شيء من ماله مقاصه، أو أذن له الجائر في أخذ شيء من أمواله على سبيل التخيير، أو علم أنّ المجيز قد أجازته من المال المختلط في اعتقاده بالحرام بناءً على أن اليد لا تؤثر في حلّ ما كلف ظاهراً بالاجتناب عنه، كما لو علمنا أنّ الشخص أعارنا أحد الثوبين المشتبهين في نظره، فإنّه لا يحكم بطهارته فالحكم في هذه الصور بجواز أخذ بعض ذلك مع العلم بالحرام فيه، وطرح قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره في غايه الاشكال، بل الضعف. فلنذكر التصوص الوارده في هذا المقام، ونتكلم في مقدار شمول كلّ واحد منها بعد ذكره حتّى يعلم عدم نهوضها للحكومه على القاعده.

الشرح:

وثالثها: كون الواصل من الأموال الموجوده عند العامل المعلوم إجمالاً حرمه بعضها، وحتّىه المأخوذ باعتبار أصله الصحه الجاربه في إطعام العامل وإحسانه، ولا- تعارض بأصله الصحه في سائر الأموال التي عنده؛ لأنّ أصله الصحه فيها لا تكون ذات أثر بالإضافه إلى السائل.

أقول: قد مرّ أنّه لا- مجرى لأصله الصحه في أمثال المقام من موارد الشكّ في السلطنه على التصرّف، فإنّ العمده في وجه اعتبارها هي السيره التي لم يحرز جريانها في موارد الشكّ في سلطنه الفاعل.

نعم، لا بأس بالأخذ بقاعده اليد بالإضافه إلى المأخوذ من مثل العامل المفروض، ولا تعارض باليد على سائر الأموال التي عنده على ما مرّ. كما يمكن أن

فمن الأخبار التي استدلت بها في هذا المقام: قوله عليه السلام: «كل شيء فيه حلال وحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه»، وقوله عليه السلام: «كل شيء لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه».

ولا يخفى أنّ المستند في المسألة لو كان مثل هذا لكان الواجب إمّا التزام أنّ القاعده في الشبهه المحصوره عدم وجوب الاحتياط مطلقاً، كما عليه شردمه من متأخري المتأخرين، أو أنّ مورد الشبهه المحصوره من جوائز الظلمه خارج عن عنوان الأصحاب، وعلى أيّ تقدير فهو على طرف التقيض ممّا تقدّم عن المسالك.

ومنها: صحيحه أبي ولاد، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما ترى في رجل يلي أعمال السيلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم، وأنا أمرّ به وأنزل عليه فيضينى الشرح:

يكون وجه حلّ المأخوذ للسائل كونه من المال المجهول مالكة، وقد أجاز عليه السلام تصرّف السائل فيه بالتملك أو غيره صدقه عن مالكة، فيكون المال وزراً على العامل؛ لجوره في أخذه، ومهنأ للاخذ كما لا يخفى.

ومما ذكرناه يظهر الحال في روايه أبي المغرا أو غيرها قال: «أمّر بالعامل فيجيزني بالدراهم آخذها؟ قال: نعم، قلت: وأحجّ بها؟ قال: نعم، وحجّ بها»^(١). فإنّ المفروض كون المأخوذ مجرى لقاعده اليد، ومقتضاها جواز تملك ذلك المال وصحة التصرفات الجارية عليه.

لا يقال: لا بدّ من حمل الجواز في هذه الأخبار على الحليّه الواقعيّه. وبعبارة أخرى تكون مثل صحيحه زراره ومحمد بن مسلم جميعاً عن أبي جعفر عليه السلام، قال: جوائز السلطان لا بأس بها^(٢) خاصّه يرفع بها اليد عن عموم ما دلّ على حرمة أكل

ص: ١٨٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ٢١٣، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥. وفيه: «جوائز العمال».

ويحسن إلّى، وربّما أمر لى بالدّراهم والكسوه، وقد ضاق صدرى من ذلك؟ فقال لى: كل وخذ منها، فلك المهنّأ، وعليه الوزر». والاستدلال به على المدعى لا- يخلو عن نظر، لأنّ الاستشهاد إن كان من حيث حكمه عليه السلام بحلّ مال العامل المجيز للسائل، فلا يخفى أنّ الظاهر من هذه الروايه ومن غيرها من الروايات: حرمة ما يأخذه عمّال السّيلطان بإزاء عملهم له، وأنّ العمل للسّيلطان من المكاسب المحرّمه، فالحكم بالحلّ ليس إلّا من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السّيلطان، بل ممّا اقترضه أو اشتراه فى الذّمه.

الشرح:

مال الغير بلا رضاه، ويكون المورد نظير ما ورد فى لقطه الحيوان، من جواز تملكها مطلقاً، وفى لقطه غيره، من جواز تملكها بعد تعريف سنه، وما ورد فى جواز أكل المارّ من الثمار من طريقه، حتّى مع إحراز عدم رضا صاحبه.

فإنّه يقال: المراد بالحليّه فى الروايات المشار إليها هى الظاهريّه، بشهاده مثل صحيحه أبى عبيده الحذاء، قال عليه السلام فيها فى جواب السؤال عن الشراء من السلطان: «ما الإبل إلّا مثل الحنطه والشعير وغير ذلك لا بأس به، حتى تعرف الحرام بعينه»^(١)، فإنّها شامله للجائزه. وعدم البأس فيها مقيد بعدم عرفان الحرام، نظير سائر الخطابات المتضمّنه للأحكام الظاهريّه.

ويلزم على القائل بالحليّه الواقعيّه الالتزام بها حتّى فى صورته العلم تفصيلاً بحرمة الجائزه، أخذاً بإطلاق نفى البأس عن الجائزه.

وربّما يظهر الالتزام بذلك من المحقّق الإيروانى^(٢)، ولكن مع عدم عرفان مالكة. نعم يمكن دعوى الحليه الواقعيّه فى موردين، أحدهما: ما إذا أخذ الربا مع

ص: ١٨٥

١- (١) المصدر السابق: ٢١٩، الباب ٥٢، الحديث ٥.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ١: ٣٢٣.

وأما من حيث إنَّ ما يقع من العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده، فيتم الاستشهاد.

لكن فيه مع أنَّ الاحتمال الأوّل مسقط للاستدلال على حلّ المشتبه المحصور الذي تقضى القاعده لزوم الاحتياط فيه، لأنَّ الاعتماد حينئذٍ على اليد، كما لو فرض مثله في غير الظلمه : أنَّ الحكم بالحلّ على هذا الاحتمال غير وجيه، إلّا على تقدير كون المال المذكور من الخراج والمقاسمه المباحين للشيعة، إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتّجه حلّه لغير المالك بغير رضاه، لأنَّ المفروض حرمة على العامل، لعدم احترام عمله.

وكيف كان، فالزوايه إمّا من أدلّه حلّ مال السلطان، المحمول بحكم الغلبه إلى الخراج والمقاسمه.

وإمّا من أدلّه حلّ المال المأخوذ من المسلم، لاحتمال كون المعطى مالكاً له، ولا اختصاص له بالسلطان أو عماله أو مطلق الظالم أو غيره، وأين هذا من المطلب الذي هو حلّ ما في يد الجائر مع العلم إجمالاً بحرمة بعضه، المقتضى مع حصر الشبهه للاجتناب عن جميعه؟

الشرح:

جهله بحرمة، بلا فرق بين كون ذلك الربا مخلوطاً بغيره أو متميزاً، وثانيهما: إذا وصل مال إلى يد الوارث، مع علمه بأنّ فيه ربا، فإنّ جميع المال يكون حلالاً للوارث، مع اختلاطه. وفي صحيحه أبي المغرا عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «كلّ ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا، فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه، وقال: لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً، وقد عرف أنّ في ذلك المال ربا، ولكن قد اختلط في تجاره بغير حلال كان حلالاً طيباً فليأكله، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا. وأيما رجل أفاد مالاً كثيراً قد أكثر فيه من الربا، فجهل ذلك ثم عرفه بعد، فأراد أن

ص: ١٨٦

ومما ذكرنا يظهر الكلام في مصححه أبي المغرا: «أمرّ بالعامل فيجيزني بالدراهم آخذها؟ قال: نعم، قلت: وأحجّ بها؟ قال: نعم، وحجّ بها».

وروايه محمد بن هشام: «أمرّ بالعامل فيصلني بالصّله أقبليها؟ قال: نعم. قلت: وأحجّ بها؟ قال: نعم و حجّ بها».

وروايه محمد بن مسلم وزراره عن أبي جعفر عليه السلام: «جوائز السلطان ليس بها بأس». إلى غير ذلك من الإطلاقات التي لا تشمل من صورته العلم الإجمالي بوجود الحرام إلا الشبهه غير المحصوره.

وعلى تقدير شمولها لصورته العلم الإجمالي مع انحصار الشبهه، فلا تجدى، لأنّ الحلّ فيها مستند إلى تصرّف الجائر بالإباحه والتملك، وهو محمول على الصّيح، مع أنّه لو أغمض النظر عن هذا أو ردّ بشمول الأخبار لما إذا أجاز الجائر من المشتبهات في نظره بالشبهه المحصوره ولا- يجرى هنا أصاله الصّيح في تصرّفه يمكن استناد الحلّ فيها إلى ما ذكرنا سابقاً، من أنّ تردّد الحرام بين ما أباحه الجائر أو ملكه وبين ما بقى تحت يده من الأموال التي لا دخل فيها للشخص المجاز، تردّد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين وبين ما لم يتل به، ولا يجب الاجتناب حينئذٍ عن شيء منهما، من غير فرق بين هذه المسأله وغيرها من موارد الاشتباه، مع كون أحد المشتبهين مختصاً بابتلاء المكلف به.

ثمّ لو فرض نصّ مطلق في حلّ هذه الشبهه مع قطع النظر عن التصرف وعدم الابتلاء بكلا المشتبهين، لم ينهض للحكومته على قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره، كما لا ينهض ما تقدّم من قولهم عليهم السلام: «كلّ شيء حلال . . . الخ».

الشرح:

ينزعه فما مضى فله، ويدعه فيما يستأنف»(١).

ص: ١٨٧

وممّا ذكرنا يظهر: أنّ إطلاق الجماعه لحلّ ما يعطيه الجائر مع عدم العلم بحرمة عيناً: إن كان شاملاً لصوره العلم الإجمالي بوجود حرام في الجائزه مرّد بين هذا وبين غيره مع انحصار الشبهه، فهو مستند إلى حمل تصرّفه على الصّححه أو إلى عدم الاعتناء بالعلم الإجمالي، لعدم ابتلاء المكلف بالجميع، لا لكون هذه المسأله خارجة بالنص عن حكم الشبهه المحصوره.

نعم، قد يخذش في حمل تصرّف الظالم على الصّحیح من حيث إنّّه مقدّم على التصرف فيما في يده من المال المشتمل على الحرام على وجه عدم المبالاه بالتصرّف في الحرام، فهو كمن أقدم على ما في يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام، ولم يقل أحد بحمل تصرّفه حينئذٍ على الصّحیح. لكن الظاهر أنّ هذه الخدشه غير مسموعه عند الأصحاب، فإنّهم لا يعتبرون في الحمل على الصّحیح احتمال تورّع المتصرّف عن التصرف الحرام لكونه حراماً. بل يكتفون باحتمال صدور الصّحیح منه ولو لدواعٍ أخر.

الشرح:

ومثلها صحیحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال «أتى رجل أبي عليه السلام، فقال: إني ورثت مالاً، وقد علمت أنّ صاحبه المذی ورثته منه قد كان يربى، وقد أعرف أنّ فيه ربا وأستيقن ذلك، وليس يطيب لى حلاله لحال علمى فيه، وقد سألت فقهاء أهل العراق وأهل الحجاز، فقالوا: لا يحلّ أكله؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعلم بأنّ فيه مالاً معروفاً ربا وتعرف أهله، فخذ رأس مالك وردّ ما سوى ذلك، وإن كان مختلطاً فكله هنيئاً فإنّ المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبه . . .» (١).

وقريب منها غيرها، ولكنّ الحكم في الوارث خلاف المشهور، بل لم يحضرني

ص: ١٨٨

وأما عدم الحمل فيما إذا أقدم المتصرف على الشبهه المحصوره الواقعه تحت يده، فلفساد تصرفه في ظاهر الشرع، فلا يحمل على الصيحيح الواقعي، فتأمل، فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال. وعلى أيّ تقدير، فلم يثبت من النصّ ولا الفتوى مع اجتماع شرائط إعمال قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره عدم وجوب الاجتناب في المقام، وإلغاء تلك القاعده. وأوضح ما في هذا الباب [١] من عبارات الأصحاب ما في السرائر، حيث قال: إذا كان يعلم أنّ فيه شيئاً مغصوباً إلاّ أنّه غير متميّز العين. بل هو مخلوط في غيره من أمواله أو غلاته التي يأخذها على الشرح:

الآن قول به من الأصحاب، غير ما ربما يستظهر من كلام ابن الجنيد، حيث قال في جملة كلام له: «أو ورث مالاً يعلم أنّ صاحبه يربى، ولا يعلم الربا بعينه فيعز له، جاز له أكله والتصرف فيه إذا لم يعلم فيه الربا» (١)، فتأمل.

وكيف كان، فلا يجرى ذلك في سائر المال المختلط بالحرام، وبهذا يظهر أنّ ما عن السيد اليزدي رحمه الله من استشهاده على عدم وجوب الاجتناب عن المال المختلط بالحرام بهذه الروايات (٢) لا يمكن المساعدة عليه.

[١] أي أنّ الأوضح من جهه الدلاله على أنّ جوائز السلطان ليست بخارجه عن قاعده الشبهه المحصوره؛ لأجل النصّ عباره «السرائر»، حيث قال: «إذا كان يعلم أنّ فيه شيئاً مغصوباً، إلاّ أنّه غير متميّز العين، بل هو مخلوط في غيره من أمواله أو غلاته التي يأخذها على جهه الخراج، فلا بأس بشرائه منه، وقبول صلته؛ لأنّها صارت بمنزله المستهلك؛ لأنّه غير قادر على ردّها بعينها» (٣)، انتهى.

ص: ١٨٩

١- (١) حكاة العلامة في مختلف الشيعة ٥ : ٧٨ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ١ : ١٦٩ .

٣- (٣) السرائر ٢ : ٢٠٣ .

جهه الخراج، فلا بأس بشرائه منه، وقبول صلته لأنها صارت بمنزله المستهلك لأنه غير قادر على ردّها بعينها، انتهى.

وقريب منها ظاهر عبارته التّهايه بدون ذكر التعليل، ولا ريب أنّ الحلّى لم يستند في تجويز أخذ المال المرّد الى النصّ. بل الى ما زعمه من القاعده، ولا يخفى عدم تماميتها إلا أن يريد به الشّبّه الغير المحصوره بقريته الاستهلاك، فتأمل.

الصّوره الثالثه: أن يعلم تفصيلاً حرمة ما يأخذه. ولا إشكال في حرمة حينئذٍ على الآخذ [١]، إلا أنّ الكلام في حكمه إذا وقع في يده، فنقول: علمه

الشرح:

ووجه كونها أوضح عدم استناد ابن إدريس في تجويز الجائز إلى النصّ، بل اعتمد فيه على قاعده الاستهلاك وعدم إمكان ردّ المال بعينه.

[١] أي أنّه لا إشكال في أنّ وقوع المال بيد الجائر لا يكون موجباً لحلّه على الآخذ، ويقع الكلام في فروض:

الأوّل: ما إذا علم بحرمة المال قبل أخذه، وذكر المصنّف رحمه الله عدم جواز الآخذ في ذلك بغير نيه الرّد إلى المالك، بلا فرق بين أخذه اختياراً أو تقيّه.

والوجه في عدم الجواز أنّ الآخذ بغير تلك التّيه تصرّف لم يعلم رضا صاحبه به، كما أنّ الشارع لم يأذن فيه، بل قد منع عن التصرّف في مال الغير، ورفع الاضطرار أو مشروعيّه التّقيّه لا يوجب جواز ارتكاب محرّم لم يطرأ الاضطرار على خصوصه، بل على الجامع بينه وبين ما هو محلّل، كما إذا اضطر إلى شرب أحد ماءين لرفع عطشه المهلك؛ أحدهما طاهر والآخر متنجّس، فإنّه لا يجوز له شرب المتنجّس بعنوان الاضطرار إليه، حيث إنّّه لم يطرأ على شربه؛ ولذا يجب على المصلّي مع المخالفين تقيّه السجود على الأرض مع تمكّنه عليه، بلا محذور، كما إذا كان المكان

بحرمة إما أن يكون قبل وقوعه في يده، وإما أن يكون بعده. فإن كان قبله لم يجز له أن يأخذه بغير تبيته الرد إلى صاحبه، سواء أخذه اختياراً أو تقيته، لأن أخذه بغير هذه التبيته تصرف لم يعلم رضا صاحبه به، والتقيته تتأذى بقصد الرد، فإن أخذه بغير هذه التبيته كان غاصباً ترتب عليه أحكامه. وإن أخذه بتبيته الرد كان محسناً، وكان في يده

الشرح:

مفروشاً بما يصح السجود عليه.

وذكر المحقق الإيرواني رحمه الله (١) عدم جواز الأخذ حتى بتبيته الرد إلى المالك، فيما إذا أحرز عدم رضاه بأخذه مطلقاً، بل لا يجوز مع الشك في رضا المالك بأخذه بتبيته الرد إليه، حيث إنه يحرز بالاستصحاب عدم رضاه بالأخذ، ولا يكون وضع اليد على المال بتبيته الرد إلى المالك مع عدم رضاه إحساناً إليه؛ ليقال بحكمه قوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (٢) على أدله عدم حل التصرف في مال الغير بلا رضاه. ولذا لو باع الأجنبي مال أحد بثمان أعلى مما يريد المالك بيعه به، لا يحكم بصحته أخذاً بقوله: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»، وكذا لو أراد تزويج بنته من أحد وزوجها الأجنبي من آخر، مع كون تزويجها منه أصلح بمراتب، فإنه نكاح فضولى.

أقول: لو أحرز رضا المالك بالبيع المزبور أو رضا الأب بذلك النكاح حكم أيضاً بكونهما من العقد فضولاً، فيحتاج في نفوذه إلى الإجازة، وذلك فإن قوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» لا يصح استناد البيع إلى المالك أو استناد النكاح إلى الزوج أو وليها؛ لتعمها أدله الإمضاء.

وعن السيد الخوئي رحمه الله (٣) التفرقة بين صورته إحراز عدم رضا المالك بالأخذ ولو

ص: ١٩١

١- (١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الإيرواني ١: ٣٢٧.

٢- (٢) سورة التوبة: الآية ٩١.

٣- (٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١: ٦٠١.

أمانه شرعيه. و إن كان العلم به بعد وقوعه فى يده كان كذلك أيضاً، ويحتمل قوياً الضمان هنا، لأنه أخذ به بئيه التملك، لا بئيه الحفظ والرد، ومقتضى عموم على اليد الضمان.

الشرح:

مع نيه الرد إليه، وبين الشك فى رضاه، وأنه لا يجوز الأخذ فى الأول ويجوز فى الثانى، بدعوى أنه مع إحراز عدم الرضا يكون مقتضى: «الناس مسلطون على أموالهم» (١) عدم الجواز، حيث إن الأخذ معه معارضه لسلطنه المالك وعدوان على ملكه؛ ولذا لا يجوز دق باب الغير مع منعه عن دقه. وهذا بخلاف صورته عدم منعه، فإنه لا بأس به، ولا يكون فيه أى معارضه لسلطنه المالك وعدوان على ماله.

أقول: الصحيح ما يظهر من المصنف رحمه الله من جواز الأخذ بئيه الرد إلى المالك حتى فى صورته إحراز عدم رضا المالك بالأخذ، فإن الأخذ مع تلك التيه إحسان إلى المالك، وإنقاذ لماله، فلا ينافى احترام المال، ألا ترى أنه لا يكون إنقاذ المال الغريق عدواناً على مالكه، حتى فيما إذا لم يرض بإنقاذه من التلف، ولا يكون عدم رضاه به بداع غير عقلائى مانعاً عن صدق الإحسان على أخذه، والتحفظ عليه من التلف، كذا الحال فى فرض دق باب الغير فيما إذا كان ذلك لإنقاذ مالهم من الهلاك، وإخماد النار الواقعة على بيتهم . . . وهكذا.

والحاصل: أن ما دل على حرمة مال الغير وعدم جواز التصرف فيه بلا رضا مالكه منصرف عن مثل هذه التصرفات التى تكون إنقاذاً لمال الغير، فيكون مثل قوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» حاكماً بلا معارض.

وبهذا يظهر أن الجواز فى الفرض باعتبار إذن الشارع فى ذلك التصرف، وبما أن

ص: ١٩٢

وظاهر المسالك عدم الضمان رأساً مع القبض جاهلاً، قال: لأنه يد أمانه فيستصحب.

الشرح:

أخذ المال إحسان إلى المالك فيكون في يد الآخذ أمانه شرعيه يترتب عليه أحكامها الآتية.

هذا كله فيما إذا علم بكون المال ملك الغير قبل أخذه، وأما إذا علم ذلك بعد أخذه بتيه التملك، فإن كان هذا العلم بعد تلفه، فلا إشكال أيضاً في ضمانه، كالصوره التي أخذه بتيه التملك مع علمه بالحال، وإنما الفرق بينهما في استحقاق العقاب على الأخذ فيها، بخلاف صوره علمه بالحال بعد تلفه، فإنه لا استحقاق مع الحلته الظاهرية.

وأما إذا علم بالحال وقصد الرد إلى المالك ثم تلف المال في يده، فقد ذكر المصنف رحمه الله أن مقتضى حدوث الضمان عند الآخذ أن يكون المورد من موارد استصحاب الضمان، عكس ما ذكره في «المسالك» (١) من أن المستصحب هو عدم الضمان، بل الحكم بعدم الضمان مناف لما ذكره في مسأله تعاقب الأيدي على مال الغير من عدم الفرق في إيجاب اليد الضمان بين وضعها على مال الغير، مع العلم بالحال أو مع الجهل، فإن هذا الكلام كما ترى يقتضى كون اليد في المقام حين حدوثها موجه للضمان، فيستصحب.

وذكر السيد اليزدي رحمه الله في تعليقه على المقام: أنه بعد علمه بالحال وقصده ردّ المال إلى مالكه، يرتفع عنوان العدوان عن اليد، وينطبق عليها عنوان الإحسان المنافي للضمان (٢).

ص: ١٩٣

١- (١) مسالك الأفهام ٣ : ١٤٢.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ١ : ١٨١.

وحكى موافقته عن العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابيحہ، لكن المعروف من المسالك وغيره في مسأله ترتب الأيدي على مال الغير، ضمان كل منهم ولو مع الجهل، غايه الأمر رجوع الجاهل على العالم إذا لم يقدم على أخذه مضموناً، الشرح:

وردّ عليه الإيرواني^(١) والسيد الخوئي^(٢) بأنّ طروء عنوان الأمانه الشرعيّه على اليد فيما بعد لا يوجب ارتفاع الضمان، كما إذا تاب الغاصب وندم عن عدوانه وأراد ردّ المال إلى مالكة فتلف في طريق ردّه، فإنّ المشهور أنّ عليه ضمان المال. وكذا فيما إذا وضع اليد على مال بقصد تملكه، جهلاً- بالحال. وأخذاً بالحكم الظاهريّ، كما إذا اشترى متاعاً، ثم انكشف كونه غصباً وأراد إرجاعه إلى مالكة فتلف، فإنّ وضع يده على المال لكونه تصرّفاً في مال الغير بلا رضاه حرام واقعاً، وإرادته ردّه بعد كشف الحال لا- تزيد على إرادته الردّ في الغاصب النادم، كما هو المقرّر في بحث تعاقب الأيدي على مال الغير، والسرّ في ذلك أنّ الأمانه الشرعيّه لا تثبت على المكلف الضمان.

وبعبارة أخرى: تلك الأمانه لا تقتضي الضمان فلا ينافي ثبوته بوجه آخر، والوجه الآخر كون اليد حين حدوثها على المال موجه للضمان، وهذا الضمان يبقى إلى ردّ المال إلى مالكة، كما هو ظاهر حديث: «على اليد».

نعم، لو أخبر المالك بأنّ عنده ماله، فأذن المالك في الإمساك به يكون هذا ردّاً للمال إلى مالكة، أي تخلّيه بينه وبين المال، فيرتفع الضمان.

أقول: الظاهر الفرق بين المثالين وبين المقام، وأنّه لا بدّ من الالتزام بارتفاع الضمان في المقام دونهما، فإنّ وضع اليد فيهما على مال الغير حرام بحسب الواقع

ص: ١٩٤

١- (١) حاشيه المكاسب للمحقق الإيرواني ١ : ٣٢٨.

٢- (٢) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٦٠٨.

ولا إشكال عندهم ظاهراً في أنه لو استمرَّ جهل القابض المتهب إلى أن تلف في يده كان للمالك الرجوع عليه، ولا رافع يقينياً لهذا المعنى مع حصول العلم بكونه مال الغير، فيستصحب الضمان لا عدمه. وذكر في المسالك في من استودعه الغاصب مالاً مغصوباً: أنه لا يرده إليه مع الإمكان، ولو أخذه منه قهراً ففي الضمان نظر، والذي يقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء وإن كان قرار الضمان على الغاصب، انتهى.

الشرح:

فعالاً أو ملاكاً، كما هو المقرر في مسأله التوسط في الأرض المغصوبه والندم بعده، فإنه بالندم وإرادته الخروج، لا يكون التوسط فيها بالخروج حلالاً، بل هو حرام ملاكاً ولو بحسب الواقع، بخلاف المقام، فإن أخذ المال من الجائر بقصد الرد إلى مالكة باعتبار كونه إنقاذاً لذلك المال حلال واقعاً. فإن كان قصد الرد من الأول، يكون المال في يد الآخذ أمانه شرعيته من الأول، ولا ضمان فيها؛ لقوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (١)، وإن كان قصد الرد بعد العلم بالحال كان الإمساك بذلك المال إلى رده إلى مالكة حلالاً واقعاً من حين القصد، كما تكون يده عليه أمانه شرعيته. وبما أن عموم «على اليد» (٢) مخصص في موارد الأمانة المالكية أو الشرعيته، سواء كان المال أمانه من الأول أو في الأثناء، فلا مجال للأخذ به؛ ولذا لا أظن أن يلتزم أحد بالضمان، فيما إذا أعلن المالك بأن من كان ماله بيده فليمسك به إلى رده إليه.

وإذا كان هذا حال إذن المالك كان إذن الشارع واقعاً كذلك، وقوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» ينفي الضمان، لا أنه لا يثبت حتى لا يكون منافياً لإثبات الضمان باليد حين حدوثها.

ومما ذكرنا ظهر الفرق بين المقام وبين ما وضع يده على مال الغير عدواناً، ثم

ص: ١٩٥

١- (١) سورة التوبة: الآية ٩١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٤ : ٧، الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ١٢ .

والظاهر أنّ مورد كلامه: ما إذا أخذ الودعي المال من الغاصب جهلاً بغصبه ثمّ تبين له، وهو الذي حكم فيه هنا بعدم الضمان لو استردّه الظالم المجيز أو تلف بغير تفريط. وعلى أيّ حال فيجب على المُجاز ردّ الجائزه [١] بعد العلم بغصبيتها الشرح:

خرج من يده بعدوان شخص آخر، وتلف في يد ذلك الآخر، فإنّ للمالك الرجوع إلى كلّ منهما، ووجه الظهور أنّ اليد الحادّته توجب الضمان، وخروج المال عن يده بعد ذلك لا يمنع الضمان، بخلاف المقام، حيث إنّ طروء الأمانه على اليد يقتضى عدم ضمانه.

كما لا يخفى أيضاً الفرق بين المقام وبين فرض اشتراء المتاع، ثمّ ظهور كونه غصباً في مسأله تعاقب الأيدي، حيث إنّّه يفرض فيها كون أخذ ذلك المال من البائع الفضوليّ إنقاذاً لذلك المال عن التلف؛ ولذا يكون أخذه أو إمساكه محرّماً واقعاً وكانت الحليّه ظاهريّه، بخلاف المقام، فإنّ إمساكه مع قصد الردّ حلال واقعاً، كما مر.

ثمّ إنّّه على تقدير تسليم عموم «على اليد» للمقام، ومعارضته بقوله سبحانه: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» تصل النوبه بعد سقوط الإطلاق من الجانبين إلى أصاله البراءه عن الضمان؛ لعدم المجال للاستصحاب في الشبهات الحكميّه.

هذا مع الإغماض عن أنّ حديث «على اليد» ضعيف سنداً، فلا يصلح للاعتماد عليه، والعمده في ضمان التلف في اليد هي السيره العقلانيّه التي لم تحرز ثبوتها في مثل المقام.

[١] ذكر رحمه الله الأحكام المترتبه على المأخوذ في الصوره الثالثه:

منها: وجوب ردّه إلى مالكه فوراً، وذلك فإنّ المقدار الزائد على المتعارف في الإمساك تصرّف لم يعلم رضا مالكه به، والشارع قد أذن في إمساكه بعنوان الإحسان إلى مالكه بإنقاذه كما تقدّم. والزائد على المتعارف لا يكون إحساناً إليه، ولا دخيلاً في إنقاذ ماله.

إلى مالكةا أو وليه، والظاهر أنه لا خلاف فى كونه فورياً.

نعم، يسقط بإعلام صاحبه به، وظاهر أدله وجوب أداء الأمانه وجوب الإقباض، وعدم كفايه التخليه، إلا أن يدعى أنها فى مقام حرمه الحبس ووجوب التمكين، لا- تكليف الأمين بالإقباض، ومن هنا ذكر غير واحد كما عن التذكرة والمسالك وجامع المقاصد: أن المراد برد الأمانه رفع يده عنها والتخليه بينه وبينها.

وعلى هذا فيشكل حملها إليه، لأنه تصرف لم يؤذن فيه، إلا إذا كان الحمل مساوياً لمكانه الموجود فيه أو أحفظ، فإن الظاهر جواز نقل الأمانه الشرعيه من مكان إلى ما لا يكون أدون من الأول فى الحفظ.

الشرح:

ومنها: أن الواجب فى الرد وجوب الإقباض، ويحتمل كفايه التخليه بين المال ومالكه.

أقول: اللازم فى موارد الأمانه هى التخليه بين المال ومالكه، ولو بإعلامه بكون المال عنده، وأنه لا مانع من قبله فى أخذه، وأما إيصال المال إلى مالكه بحمله إليه، فلا دليل عليه، والمحرم حبس المال عن مالكه والحيلولة بينهما، ولا يكون قوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ» الآية (١) وكذا الروايات إلا ظاهره فى هذه التخليه.

نعم، فى مورد الاستيلاء على الأموال المنقوله عدواناً يجب إيصالها إلى مالكةا، فإن إمساكها ولو مع التخليه تصرف لا يرضى به صاحبةا ولا- الشارع، وكذا الحال فى موارد أخذ المال من مالكه لا للإحسان إليه، بل لمصلحه نفسه، كما فى موارد العاربه أو العين المستأجره، فإن إبقاء العين فيهما تصرف لا يرضى به صاحبه.

ص: ١٩٧

ولو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان، لتوقف الأداء الواجب بمعنى التمكين وعدم الحبس على الفحص، مضافاً إلى الأمر به في الدين المجهول المالك، ثم لو ادّعا مدّع، ففي سماع قول من يدّعيه مطلقاً، لأنه لا معارض له، أو مع الوصف، تنزيلاً له منزله اللقطة، أو يعتبر الثبوت شرعاً، للأصل، وجوه. ويحتمل غير بعيد: عدم وجوب الفحص، لإطلاق غير واحد من الأخبار.

ثم إنَّ المناط صدق اشتغال الرّجل بالفحص نظير ما ذكره في تعريف اللقطة.

ولو احتاج الفحص إلى بذل مال، كأجره دلال صائح عليه، فالظاهر عدم وجوبه على الآخذ، بل يتولاه الحاكم ولايه عن صاحبه، ويُخرج من العين أجره الدلال ثم يتصدّق بالباقي إن لم يوجد صاحبه، ويحتمل وجوبه عليه، لتوقف الواجب عليه.

وذكر جماعه في اللقطة: أن أجره التعريف على الواجد، لكن حكى عن التذكرة: أنه إن قصد الحفظ دائماً يرجع أمره إلى الحاكم، لبيد أجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يبيع بعضها إن رآه أصلح واستوجه ذلك جامع المقاصد.

الشرح:

والمتحصيل أن وجوب إيصال المال إلى مالكة بالإقباض في هذه الموارد باعتبار أن الإمساك بالمال يعدّ تصرّفاً في مال الغير ومنافياً لاحترامه، وهذا بخلاف الإمساك في مثل الوديعة أو المجهول مالكة، فإن الإمساك بالمال فيهما مع التخليه لا يعدّ تصرّفاً منافياً لاحترام المال، ولا يبعد أن تكون السيره العقلانيه أيضاً على هذا القرار، فلاحظ.

ومنها: لزوم الفحص عن مالك المال في صورته احتمال الظفر به، فإن لزومه باعتبار كون الفحص مقدّمه للردّ الواجب في مثل قوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»، مع ورود الأمر بالفحص في بعض روايات الدين والعين

ثم إنَّ الفحص لا- يتقيّد بالسنة، على ما ذكره الأ-كثر هنا، بل حدّه اليأس وهو مقتضى الأصل، إلا أنّ المشهور كما في جامع المقاصد على أنّه إذا أودع الغاصب مال الغصب لم يجز الردّ إليه، بل يجب ردّه إلى مالكة، فإنّ جهل عرّف سنه ثمّ يتصدّق به عنه مع الضّمان، وبه روايه حفص بن غياث، لكن موردها في من أودعه رجل من اللّصوص دراهم أو متاعاً واللّص مسلم، فهل يردّ عليه؟ فقال: «لا يردّ فإنّ أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، وإلاّ كان في يده بمنزله اللّقطه يصيبها، فيعرّفها حولاً، فإنّ أصاب صاحبها ردّها عليه، وإلاّ تصدّق بها، فإنّ جاء صاحبها بعد ذلك خيّر بين الغرم والأجر، فإنّ اختار الأجر فالأجر له، وإنّ اختار الغرم غرم له وكان الأجر له».

وقد تعدّى الأصحاب من اللّص إلى مطلق الغاصب، بل الظّالم، ولم يتعدّوا من الوديعة المجهول مالكةها إلى مطلق ما يعطيه الغاصب ولو بعنوان غير الوديعة، كما فيما نحن فيه.

الشرح:

المجهوله مالكةها، بحيث يظهر منها أنّ لزومه حكم المال المجهول مالكة، كمعتبره يونس بن عبدالرحمن، قال: «سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضر إلى أن قال: فقال: رفيق كان لنا بمكّه فرحل منها إلى منزله، ورحلنا إلى منزلنا، فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا، فأى شيء نصنع به؟ قال: تحملونه حتّى تحملوه إلى الكوفه، قال: لسنا نعرفه ولا نعرف بلده، ولا نعرف كيف نصنع، قال: إذا كان كذا فبعه وتصدّق بثمانه، قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية» (١). فإنّ مقتضى مفهوم الشرطيّه في قوله: «إذا كان كذا» عدم جواز التصدّق بالمال مع احتمال الظفر بمالكة ولو بالفحص.

ص: ١٩٩

نعم، ذكر في السيراء في ما نحن فيه : أنه روى: أنه بمنزلة اللقطة، ففهم التعدى من الزوايه. وذكر في التحرير: أن إجراء حكم اللقطة في ما نحن فيه ليس بعيد، كما أنه عكس في النهايه والسرائر، فألحقا الوديعة بمطلق مجهول المالك.

والإنصاف: أن الزوايه يعمل بها في الوديعة أو مطلق ما أخذ من الغاصب بعنوان الحسبه للمالك، لا مطلق ما أخذ منه حتى لمصلحه الآخذ، فإن الأقوى فيه تحديد التعريف فيه باليأس، للأصل بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فيه.

الشرح:

وقريب منها صحيحه معاويه بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجل كان له على رجل حق، ففقده ولا يدري أين يطلبه، ولا يدري أحى هو أو ميت، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً، قال: اطلب، قال: فإن ذلك قد طال فأتصدق به؟ قال: اطلبه»^(١). فإن دعوى أن المستفاد منهما ومن غيرهما حكم المال المجهول مالكة بحيث يعم الجائزه المأخوذه من الجائر قريبه جداً، وعلى ذلك فلا مجال لما ذكره المصنّف رحمه الله من أنه يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص عن مالك المال المأخوذ من الجائر، بأن يجوز التصدق به، أخذاً بإطلاق بعض الأخبار الوارده في التصدق مع عدم معرفه صاحبه، كروايه ابن أبي حمزه عن أبي عبدالله عليه السلام ، وفيها: «فاخرج من جميع ما كسبت في ديوانهم، فمن عرفت رددت عليه ماله، ومن لم تعرف تصدقت به»^(٢).

أقول: قد ذكرنا ظهور الروايات في لزوم الفحص، وعليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاق مثل هذه بحملها على صوره عدم الظفر على مالك المال بعد الفحص، مع أن هذه لضعف سندها غير صالحه للاعتماد عليها.

ص: ٢٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ : ٢٩٧، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ١٩٩، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

مضافاً إلى ما ورد من الأمر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفه المالك، كما في الروايه الوارده فى بعض عمال بنى أميه لعنهم الله من الأمر بالصدق بما لا يعرف صاحبه ممّا وقع فى يده من أموال الناس بغير حقّ.

ثمّ الحكم بالصّدق هو المشهور فى ما نحن فيه أعنى جوائز الظالم ونسبه فى السرائر إلى روايه أصحابنا، فهى مرسله مجبوره بالشّهره المحقّقه، مؤيده بأنّ التصدّق أقرب طرق الإيصال.

الشرح:

وذكر السيد الخوئى رحمه الله (١) أنّ روايه على بن أبى حمزه يعارضها قوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (٢)، والمعارضه بالعموم من وجه، لشمول الآيه للأمانات المالكيه والشرعيه، ولكنّها مختصّه بصوره التمكن على الردّ إلى المالك، كما هو مقتضى الأمر بالردّ إليه. وروايه ابن أبى حمزه مختصّه بالأمانات الشرعيه، ولكنّها مطلقه من جهه التمكن من الردّ إلى المالك وعدمه، فإنّ مدلولها وجوب التصدّق بالمال، سواء كان متمكناً من رده إلى صاحبه بالفحص أم لا، ففى صوره التمكن من الردّ بالفحص عنه تقع المعارضه بينهما، وبعد تساقطهما يرجع إلى ما دلّ على عدم جواز التصرف فى مال الغير بلا رضاه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه.

وفيه: أنّه لا- تجتمع الآيه وروايه ابن أبى حمزه بحسب المورد أصلاً، حتّى يقال بتساقط إطلاقى وجوب أداء المال إلى مالكه ووجوب التصدّق به، ولو مع احتمال التمكن من الردّ إليه بالفحص، حيث إنّ المال المحكوم عليه فى الروايه بوجوب التصدّق به مع عدم عرفان مالكه لا يكون من قسم الأمانات، لا المالكيه ولا الشرعيه لتعمّه الآيه، فالصحيح فى الجواب ما تقدّم.

ص: ٢٠١

١- (١) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١: ٦١٧.

٢- (٢) سوره النساء: الآيه ٥٨.

وما ذكره الحلبي: من إبقائها أمانه في يده والوصيه، معرّض المال للتلف، مع أنّه لا يبعد دعوى شهاده حال المالك، للقطع برضاه بانتفاعه بماله في الآخره على تقدير عدم انتفاعه به في الدنيا. هذا، والعمده: ما أرسله في السرائر، مؤيداً بأخبار اللقطه وما في حكمها، وبعض الأخبار الوارده في حكم ما في يد بعض عمال بني أميه، الشامل بإطلاقها لما نحن فيه من جوائز بني أميه، حيث قال عليه السلام له: «أخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم، فمن عرفت منهم رددت عليه ماله، ومن لم تعرف تصدّقت».

ويؤيده أيضاً: الأمر بالتصدّق بما يجتمع عند الصياغين من أجزاء التّقدين، وما ورد من الأمر بالتصدّق بغله الوقف المجهول أربابه، وما ورد من الأمر بالتصدّق بما يبقى في ذمه الشخص لأجير استأجره.

الشرح:

ومنها: أنّه لو ادّعى المال شخص، ففي سماع دعواه، سواء كانت مع توصيفه المال أو لا، حيث إنّه تقبل دعوى المالكه فيما إذا كانت بلا معارض، أو مع توصيفه المال، تنزيلاً للمقام باللقطه، أو يعتبر إحراز المالكه بطريق معتبر كالبينه أو الاطمئنان؟ وجوه: الأظهر هو الأخير، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»، وقوله عليه السلام في موثقه أبي بصير: «حرمة ماله [المؤمن] كحرمة دمه»^(١)، فإنّ مقتضاها أيضاً لزوم ردّ المال إلى مالكه. ولا دليل على أنّ مجرد دعوى المالكه طريق شرعيّ إلى إحراز المالك، حتّى مع توصيف المال، وحتّى في باب اللقطه، وأصالة الصحه في دعواه لا تثبت أنّ المال ملكه، بل مدلولها عدم نسبه الكذب إليه بتلك الدعوى، كما هو مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح، بمعنى عدم صدور الحرام منه.

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٢٨١، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٢.

ومثل مصححه يونس: «فقلت: جعلت فداك كئياً مرافقين لقوم بمكّه، فارتحلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بغير علم، وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا، فما نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفه. قال يونس: قلت له: لست أعرّفهم، ولا ندرى كيف نسأل عنهم؟ قال: فقال عليه السلام: بعه واعط ثمنه أصحابك. قال: فقلت: جعلت فداك، أهل الولاية؟ قال: فقال: نعم».

الشرح:

نعم، إذا لم يكن الشخص واضعاً يده على المال حتى يجب عليه ردّه إلى مالكه، فلا يبعد أن يجوز له المعامله مع مدّعيه معامله المالك.

وفى روايه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قلت: عشره كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً: ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادّعا» (١)، وظاهرها سماع دعوى الملكيه. ولكنّها ضعيفه سنداً، فإنّ محمد بن الوليد الواقع فى سندها هو الخزّاز المعتبر أو الصيرفىّ الضعيف، كلّ محتمل، إلاّ أنّها تصلح لتأييد ما ذكرنا؛ لأنّ سماع الدعوى فى الفرض مقتضى السيره العقلانيه كما لا يخفى.

ثمّ إنّّه إذا لم يكن الشخص مستولياً على مال الغير، كما فى الحيوان إذا دخل داره أو الثوب جاءت به العاصفه، فلا يبعد القول بعدم لزوم الفحص عن مالكه، بل يجب الردّ إليه إذا عرفه ولو بعد حين، كما يشهد لذلك ذيل صحيحه ابن أبى نصر، قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيره، وهو مستوى الجناحين، وهو يعرف صاحبه، أيحلّ له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه ردّه عليه، وإن لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له، وإن جاءك طالب لا تتهمه

ص: ٢٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧٣، الباب ١٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث الأول.

نعم، يظهر من بعض الروايات: أنّ مجهول المالک مال الإمام عليه السلام ، كروايه داود ابن أبي يزيد عن أبي عبدالله: «قال: قال له رجل: إنني قد أصبت مالاً، وإنني قد خفت فيه على نفسي، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلّصت منه قال: فقال له أبو عبدالله عليه السلام: لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ فقال: إي والله. فقال عليه السلام: والله ما له صاحب غيري. قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره. قال: فحلف. قال: فاذهب وقسمه بين إخوانك ولك الأمن ممّا خفت قال: فقسمه بين إخوانه».

الشرح:

ردّه عليه^(١). وظاهر عدم اتّهامه الوثوق بقوله، ولكن في دلالتها على ما ذكرنا تأمل كما لا يخفى.

ومنها: أنّه لو احتاج الفحص عن المالک إلى بذل المال، فهل يجب الفحص والبذل على الآخذ أم لا؟

لا- ينبغي التأمّل في وجوب الفحص على الآخذ، سواء كان الفحص موقوفاً على صرف المال أو عدمه، ويقتضيه إطلاق الأمر بالطلب في مثل صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه، وإطلاق وجوب الردّ في الآيه المباركه، وصرف المال من كيس المالک المجهول بالاستدانه عليه أو بيع بعض المال، ويكون المتصدى للبيع والاستدانه الحاكم الشرعى أو وكيله. ولكن لا دليل على شيء من ذلك في موارد كون الآخذ بعنوان العدوان أو للجهل، بحيث لا يكون الآخذ معه محسناً إلى المالک، وحديث نفى الضرر لا- ينفي وجوب الردّ في تلك الموارد؛ لأنّ صرف المال من كيس المالک أو عدم وجوب الردّ إلى المالک ضرر على المالک. ويختصّ جريان نفى الضرر بموارد كون النفى للامتنان.

نعم، لو كان الآخذ إحساناً إلى المالک، كما في موارد إنقاذ المال من التلف،

ص: ٢٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٦١، الباب ١٥ من أبواب اللقطه، الحديث الأول.

هذا، وأمراً باقى ما ذكرناه فى وجه التصدق من أنه إحسان، وأنه أقرب طرق الإيصال، وأن الإذن فيه حاصل بشهاده الحال، فلا يصلح شىء منها للتأييد، فضلاً عن الاستدلال، لمنع جواز كل إحسان فى مال الغائب، ومنع كونه أقرب طرق الإيصال، بل الأقرب دفعه إلى الحاكم الذى هو ولي الغائب.

الشرح:

يكون مقتضى آيه نفي السبيل عدم وجوب صرف المال من كيس الآخذ، فتعين الاستدانه أو بيع بعض المال، وبيا شر بذلك الحاكم أو وكيله من باب الحسبه. وبهذا يظهر الحال فى اللقطه أيضاً، فإن أخذها فى موضع التلف يوجب كونه محسناً، فلا يجب عليه تحمّل مؤنه إيصالها إلى مالكةا أو أجره تعريفها، بخلاف ما إذا التقطها فى موضع يؤمن عليها التلف كما لا يخفى.

ومنها: أن الفحص عن المالك فى المقام لا يقيّد بالسنة، بل الجارى عليه حكم مطلق المال المجهول مالكة وهو وجوب الفحص، حتى يحصل الاطمينان بعدم إمكان الظفر بالمالك المعبر عنه فى بعض الكلمات باليأس، ومادام لم يحصل هذا اليأس لا يجوز التصرف فى المال بالتصدق، سواء كان ذلك قبل تمام السنة أو بعدها، بخلاف اللقطه، فإنه يجوز التصرف فيها بالتصدق أو بالتملك بعدم تمام سنه الفحص، ولو مع عدم اليأس عن الظفر بمالكها.

وبعبارة أخرى: الاطمئنان بعدم الظفر بالمالك طريق معتبر إلى عدم التمكّن من ردّ المال إلى صاحبه، فيسقط معه وجوب ردّه إليه بطلبه، ولا دليل على تنزيل المقام باللقطه.

نعم، ربما يذكر على ذلك روايه حفص بن غياث عن أبى عبدالله عليه السلام: «عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم، هل يردّ عليه؟ فقال: لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على أصحابه فعل، وإلا كان فى يده

وأما شهادته الحال، فغير مطّرده، إذ بعض الناس لا يرضى بالتصدّق، لعدم يأسه عن وصوله إليه، خصوصاً إذا كان المالك مخالفاً أو ذمياً يرضى بالتلف ولا يرضى بالتصدّق على الشيعة. فمقتضى القاعده لولا ما تقدّم من النصّ: هو لزوم الدّفع إلى الحاكم، ثمّ الحاكم يتبع شهادته حال المالك، فإن شهدت برضاه بالصّيده أو بالإمساك، عمل عليها، وإلاّ تخير بينهما، لأنّ كلّاً منهما تصرّف لم يؤذن فيه من المالك ولا بدّ من أحدهما، ولا ضمان فيهما. ويحتمل قوياً تعيّن الإمساك، لأنّ الشكّ في جواز التصدّق يوجب بطلانه، لأصالة الفساد.

الشرح:

بمنزله اللقطه يصيبها، فيعرّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، وإلاّ تصدّق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم . . .» (١).

ولكنّها باعتبار الخدشه في سندها غير صالحه للاعتماد عليها، ولعلّه لذلك ألحقا في «النهايه» (٢) و«التحرير» (٣) الوديعه بمطلق المجهول مالكة، خلافاً لما عن المصنّف وغيره من التعدّي من اللّص إلى مطلق الغاصب والظالم، وعدم التعدّي من الوديعه إلى غيرها.

نعم، في «السراير» (٤) فيما نحن فيه، يعنى في جوائز السلطان، روى أنّها بمنزله اللقطه، ولعل هذا مبني على التعدّي من مورد الروايه، لا أنّ في البين روايه أخرى وارده في جوائز السلطان ودأله على أنّها مع العلم بحرمتها بمنزله اللقطه كما لا يخفى.

ومنها: أنّ حكم المال فيما نحن فيه بعد اليأس عن الظفر بمالكه قبل الفحص أو

ص: ٢٠٦

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٦٣، الباب ١٨ من أبواب اللقطه، الحديث الأول.

٢- (٢) النهايه: ٤٣٦.

٣- (٣) التحرير ١ : ١٦٣.

٤- (٤) السراير ٢ : ٢٠٤.

وأما بملاحظه ورود النص بالتصدق، فالظاهر عدم جواز الإمساك أمانه، لأنه تصرف لم يؤذن فيه من المالك ولا الشارع، ويبقى الدفع إلى الحاكم والتصدق.

الشرح:

بعده هو التصديق به عن مالكة، كما في سائر المال المجهول مالكة، والحكم بالتصدق هو المشهور، وفي «السرائر»: أن الجائزه مع العلم بحرمتها ترد إلى أربابها، فإن لم يعرفهم واجتهد في طلبهم فقد روى أصحابنا أنه يتصدق بها^(١).

وذكر المصنف رحمه الله أن هذه المرسله يجبر ضعف سندها بالشهره المحققه، ويؤيد مضمونها أن التصديق أقرب طريق للإيصال إلى المالك. ولا يبعد دعوى كون التصديق بالمال عن مالكة مما يعلم رضا المالك به بشهاده الحال. وما في «السرائر» بعد نقل المرسله من أن الأحوط حفظ المال والوصيه به^(٢) فهو إيقاع للمال في معرض التلف.

أقول: من المحتمل قريباً أن يكون قول ابن إدريس أنه «قد روى أصحابنا . . . الخ» من جهه استفادته من روايه علي بن أبي حمزه المتقدمه، فلا مجال للقول بأنها روايه مرسله مؤيده بأخبار اللقطه، وبالخبر الوارد في كسب المال في ديوان بنى أميه وغيره، بل لابد من ملاحظه تلك الأخبار والإغماض عن دعوى وجود المرسله كما لا يخفى.

ومن العمده في الباب معتبره يونس المتقدمه المؤيده ببعض الأخبار الوارد فيها الأمر بالتصدق، كروايه علي بن أبي حمزه المتقدمه، وبها يرفع اليد عن إطلاق الأمر بالطلب في صحيحه معاويه بن وهب الأمر بطلب المالك، بأن يحمل وجوب الطلب على صوره عدم اليأس عن المالك، فلا تنافي وجوب التصديق بعد ذلك.

وذكر المصنف رحمه الله تأييد الحكم بالأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين، وقد

ص: ٢٠٧

١- (١) السرائر ٢: ٢٠٣ ٢٠٤.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٠٤.

وقد يقال: إن مقتضى الجمع بينه، وبين دليل ولايه الحاكم هو التخيير بين الصّدق والدفع إلى الحاكم، فكلّ منهما الولايه. ويشكل بظهور النصّ في تعيين التصّدق.

الشرح:

ورد ذلك الأمر في روايتين لعلّى بن ميمون الصائغ، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّا يكنس من التراب فأبيعه، فما أصنع به؟ قال: تصدّق به، فإنّ فيه ذهباً وفضّه وحديداً، فأبىّ شىء أبيعته؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لى قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم» (١). وفي الأخرى، قال: «سألته عن تراب الصوّاعين وأنا نبيعه، قال: أما تستطيع أن تستحلّه من صاحبه؟ قال: قلت: لا، إذا أخبرته أنّهمنى، قال بعه، قلت: بأبىّ شىء نبيعه؟ قال: بطعام، قلت: فأبىّ شىء أصنع به؟ قال: تصدّق به، فإنّ لك وإمّا لأهله، قلت: إن كان ذا قرابه محتاجاً أصله، قال: نعم» (٢).

ولكنهما ضعيفتان سنداً ودلاله.

أما سنداً لعدم ثبوت وثاقه على بن ميمون الصائغ، نعم ذكر الكشى روايه فى مدحه، إلا أنّ راويها نفس على بن ميمون، ولا يصح إثبات وثاقه شخص أو مدحه بروايه نفسه.

وأما دلاله فلا إنّ التصّدق فى الروايتين استحبابى، فكيف تصلحان للتأييد؟ والوجه فيكونه استحبابياً أنّ المفروض فيها ملك للصائغ كلاً أو بعضاً، فلا يجب عليه التصّدق بماله. واحتمال كون التصّدق واجباً بالإضافة إلى حصه الآخرين فقط خروج عن ظاهرهما، فإنّ ظاهرهما كون جميع المال محكوماً بالتصدّق به.

ثم إنّ فى الروايه الثانيه شبهه أخرى، وهى سقوط احترام مال الغير وجواز

ص: ٢٠٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠٢، الباب ١٦ من أبواب الصرف، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

نعم، يجوز الدّفْع إليه من حيث ولايته على مستحقّي الصّدقه وكونه أعرف بمواقعها.

الشرح:

التصدّق به بمجرّد كون إيصاله إليه أو الاستحلال منه مورد التهمه، وهذا لا يمكن الالتزام به، وبروايه أبي علي بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفى درهم، فلما وفرت المال خبرت أنّ الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّه في ملكك، إدفعتها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربّاً، قال: تصدّق بغلّتها»(١).

والمراد بالغلّه إما ثمره البستان أو أجره الأرض، وأمّا الزرع فإنّه لملك البذر لا لملك الأرض حتى يتصدّق به عنه، والروايه لا بأس بها من حيث السند؛ لأنّ أبا علي من الممدوحين على ما ذكر الشيخ رحمه الله (٢) ومحمّد بن جعفر روى عنه علي بن إبراهيم في تفسيره، ولا تقصر في الدلاله على لزوم التصدّق بمجهول المالك عن معتبره يونس المتقدّمه.

وفي مقابل ذلك كلّ ما يستظهر منه عدم وجوب التصدّق بالمال المجهول مالكة، كصحيحه علي بن مهزيار، حيث ذكر فيها من الغنيمه التي يجب فيها الخمس «مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب»(٣)، واستظهر منه المحقّق الهمداني(٤) جواز تملك مجهول المالك وكونه ملكاً لمن يقع بيده، وأصرّ عليه الإيرواني رحمه الله (٥).

ص: ٢٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥، الباب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

٢- (٢) الغيبه : ٣٥١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩ : ٥٠١، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٥.

٤- (٤) مصباح الفقيه ١٤ : ١٦٨.

٥- (٥) حاشيه كتاب المكاسب للمحقّق الإيرواني ١ : ٣٣٦.

ويمكن أن يقال: إن أخبار التصدق واردة في مقام إذن الإمام عليه السلام بالصدقة، أو محموله على بيان المصرف، فإنك إذا تأملت كثيراً من التصرفات الموقوفة على إذن الحاكم وجدتها واردة في النصوص على طريق الحكم العام، كإقامه البيئه والإحلاف والمقاصه.

الشرح:

ولكن الصحيح أن الروايه في مقام بيان ما يجب فيه الخمس بعد فرض تملكه أو صيرورته ملكاً، وأنه مما يجب فيه الخمس هو المال المجهول مالكة، لا- في مقام بيان صيروره المال ملكاً لمن يقع بيده، وعلى ذلك فيمكن أن يختص جواز تملك المال المجهول مالكة بمورد خاص، كاللقطه بعد تعريفها سنه، أو كون الآخذ فقيراً ونحو ذلك؛ ولذا لا يمكن الآخذ بالإطلاق في سائر ما ذكر فيها، كقوله عليه السلام: «ومثل عدو يصطلم، فيؤخذ ماله»^(١)، حيث لا يجوز الحكم بجواز تملك مال العدو مطلقاً، حتى فيما إذا كان مسلماً. وموثقه هشام بن سالم، قال: «سأل حفص الأعمش أبا عبدالله عليه السلام وأنا عنده جالس، قال: إنه كان لأبى أجير كان يقوم في رحاه، وله عندنا دراهم وليس له وارث؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: تدفع إلى المساكين، ثم قال: رأيك فيها، ثم أعاد عليه المسأله، فقال له مثل ذلك، فأعاد عليه المسأله ثالثه، فقال أبو عبدالله عليه السلام: تطلب وارثاً، فإن وجدت وارثاً وإلا فهو كسبيل مالك»^(٢). وظاهر هذه عدم وجوب التصدق بالمال المتعدّر الوصول إلى مالكة أو المجهول مالكة، بل يجوز إبقاؤه إلى أن يجيء له طالب؛ ولذا جمع السيد اليزدى رحمه الله بينهما وبين ما تقدّم بحمل الأمر بالتصدق على الواجب التخييري^(٣).

والحاصل: أن المكلف بعد الفحص عن المالك وعدم الظفر به يكون مخيراً

ص: ٢١٠

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٠١ ، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس ، الحديث ٥ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٦٢ ، الباب ٢٢ من أبواب الدين والقرض ، الحديث ٣ .
- ٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ١ : ١٩٠ ١٩١ .

وكيف كان، فالأحوط خصوصاً بملاحظته ما دلّ على أنّ مجهول المالک مال الإمام عليه السلام مراجعه الحاكم فى الدّفْع إليه أو استئذانه، ويتأكّد ذلك فى الدّين المجهول المالک، إذ الكلّى لا يتشخّص للغريم إلّا بقبض الحاكم الذى هو وليه وإن كان ظاهر الأخبار الوارده فيه ثبوت الولاية للمديون.

الشرح:

بين التصدّق بالمال وبين إبقائه والوصيه بأنّ المال المزبور من المجهول مالک، وهذا مع احتمال الظفر به بعد ذلك ولو باحتمال ضعيف كما هو مقتضى الأمر بإبقاء المال لطالبه.

أقول: لا- يبعد أن يكون المال المسؤول عن حكمه فيها من الكلّى على الذمّه، والحكم فيه بالتصدّق لا يكون لزومياً، بل يجوز تركه والوصيه به، ولا يكون على المكلف شىء مع عدم مجيء طالبه، غايه الأمر بتقيّد ذلك بما بعد الفحص والطلب واليأس، جمعاً بينهما وبين مثل صحيحه معاويه بن وهب المتقدّمه.

لا- يقال: قول السائل: وله عندنا دراهم، يحتمل الدين والعين، فإنّه فرق بين قول القائل: له علينا دراهم، وقوله: له عندنا دراهم، فالأوّل يختصّ بالدين، والثانى يعمّ العين والدين، والمذكور فى الروايه هو الثانى.

فإنّه يقال: نعم، ولكن هذه الروايه رواها الكلينى بطريق آخر، وظهرها اختصاص الواقعة بالدين.

والحاصل: أنّ ظاهر ما تقدّم وجوب التصدّق بالعين المجهوله مالکها بعد الفحص واليأس عن الظفر به، ولا تصلح هذه الصحيحه لرفع اليد عنه؛ لعدم إحراز ظهورها فى غير موارد الدين كما لا يخفى.

وفى روايه نصر بن حبيب صاحب الخان، قال: «كتبت إلى عبد صالح عليه السلام: لقد وقعت عندى مئتا درهم وأربعه دراهم، وأنا صاحب فندق، ومات صاحبها ولم أعرف له ورثه، فرأيتك فى إعلامى حالها، وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً. فكتب:

ص: ٢١١

ثم إنَّ حكم تعذُّر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلاً حكم جهاله المالك وتردده بين غير محصورين في التصدِّق استقلالاً أو بإذن الحاكم، كما صرَّح به جماعة، منهم المحقِّق في الشرائع وغيره.

الشرح:

اعمل فيها وأخرجها صدقه قليلاً قليلاً، حتى تخرج» (١)، وظاهرها تجويز للتصرُّف في المال المفروض فيها، والتصدِّق بمقداره قليلاً قليلاً من منفعه، ولكن الرواية ضعيفة سنداً، ولا أعلم الإفتاء بمضمونها من أحد، ولعلَّ المال كان لمن لا وارث له وانتقل إلى الإمام عليه السلام بالإرث، فأذن لمن بيده في التصرف فيه، بالنحو المزبور.

وفى روايه الهيثم بن أبي روح صاحب الخان، قال: «كتب إلى عبد صالح: إنى أتقبل الفنادق، فينزل عندى الرجل فيموت فجأه ولا- أعرفه ولا- أعرفه بلا- أعرف بلا- أعرفه ولا ورثته، فيبقى المال عندى كيف أصنع به؟ ولمن ذلك المال؟ قال: اتركه على حاله» (٢)، وهذه أيضاً ضعيفة سنداً، ومع الإغماض عن سندها فيقتد إطلاق وجوب إبقاء المال بما لم يحصل اليأس عن صاحبه، وإلا يتصدَّق به كما هو مقتضى الجمع بين هذه وما تقدَّم.

ويظهر من بعض الأخبار أنَّ المال المجهول مالكة ملك للإمام عليه السلام فيجرى عليه ما يجرى على سائر ماله عليه السلام، وفى روايه داود بن أبى يزيد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال رجل: إنى قد أصبت مالاً وإنى قد خفت فيه على نفسى، ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلَّصت منه؟ قال: فقال له أبو عبدالله عليه السلام: واللَّه أن لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال: إى واللَّه، قال: فأنا واللَّه ما له صاحب غيرى، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمه فى إخوانك ولك الأمان ممَّا

ص: ٢١٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ٢٩٧، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٩٨، الحديث ٤.

الشرح:

خفت منه، قال: فقسّمته بين إخوانى (١).

وذكر المصنّف رحمه الله أنّه مع الإغماض عن الأخبار الواردة فى حكم المال المجهول مالكة أو المتعدّر الوصول إليه، يتعين على من يقع المال بيده دفعه إلى الحاكم؛ لأنّ له على المالك الغائب أو المجهول ولايه، وإذا دفعه إليه ينظر الحاكم إلى شهادته الحال، فلو أحرز رضاه بالتصدّق أو الإمساك له فعل ذلك، وإذا لم يحرز رضاه بأحدهما جاز له كلّ منهما، كما هو الحال فى جميع موارد دوران الفعل بين الوجوب والحرمة. ولا- يكون عليه ضمان، سواء أمسك المال أو تصدّق به، كما هو مقتضى تصرّف الولي فى المال لمصلحة المولى عليه، ولكن يختصّ التخيير فى موارد دوران أمر الفعل بين الوجوب والحرمة بما إذا لم يكن فى البين أصل معيّن لأحد التكليفين وفى المقام أصالة الفساد فى التصدّق أو أصالة عدم رضا المالك بغير الإيصال إليه، تعين وجوب الإمساك.

وأما بملاحظه تلك الأخبار فظاهرها عدم جواز الإمساك ووجوب التصدّق، فىكون الإمساك تصرّفًا لا يعلم رضا صاحبه به، ولا رضا الشارع.

ثمّ إنّه بملاحظه الأخبار يجب التصدّق على من يكون المال بيده، غاية الأمر لا تعتبر المباشرة فى التصدّق، بل يجوز له إيكاله إلى الحاكم؛ لأنّه أعرف بموارد التصدّق، وله على الفقراء ولايه، بأن يأخذ ما يجب دفعه إليهم من الصدقات الواجبه وغيرها. ويحتمل أن لا يجوز له التصدّق، بل يجب دفع المال إلى الحاكم أو الاستئذان منه؛ لأنّ التصدّق وظيفه الحاكم، ومنشأ ذلك أنّ المذكور فى الأخبار وهو وجوب التصدّق بالمال هل هو من قبيل بيان وظيفه من يكون المال بيده، أو أنّ

ص: ٢١٣

الشرح:

الأمر بالتصدّق فيها باعتبار كون أمره عليه السلام توكيلاً في التصدّق، أو تكون الأخبار ناظره إلى مصرف ذلك المال.

ويؤيّد كونها لبيان المصرف، أنّ جملة من الأفعال التي يكون القيام بها موقوفاً على إذن الحاكم، مذكوره في الأخبار بطريق الحكم العامّ، أي لم يذكر أنّها مختصّه بما إذا كان بإذن الحاكم، ككون إقامة البيّنه وظيفه المدّعى، والحلف وظيفه المنكر، والمقاصّه من الممتنع للحقّ وغير ذلك.

والحاصل: أنّه لم يتمّ ظهور الأخبار في بيان وظيفه من يكون المال بيده، بل يحتمل كون الوارد فيها توكيلاً من الإمام عليه السلام أو بياناً لمصرف المال، وعليه فالأحوط الاقتصار على المتيقّن بالرجوع إلى الحاكم الشرعيّ بالدفع إليه، أو الاستئذان منه، خصوصاً بملاحظه روايه داود بن أبي يزيد الدالّه على أنّ المجهول مالكة ملك الإمام المحموله على ولايته عليه السلام .

ويتأكّد هذا الاحتياط فيما كان المجهول مالكة من قبيل الكلّي في الذمّه، فإنّه لا يتعيّن في العين الخارجيه إلاّ بقبض المستحقّ أو وكيله أو وليّه.

أقول: نظير المقام ما ورد في التصدّق باللقطه، ولو صحّ حمل الأخبار في المقام على التوكيل أو بيان المصرف لجرى ذلك في أخبار اللقطه أيضاً، مع أنّه لا أظنّ أن يلتزم بذلك المصنّف رحمه الله أو غيره.

وأما روايه داود بن أبي يزيد الظاهره في كون مجهول المالكة ملك الإمام عليه السلام (1)، فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها أو حملها على الولاية.

ثم إن مستحق هذه الصدقه [١] هو الفقير، لأنه المتبادر من إطلاق الأمر بالتصدق. الشرح:

والحاصل: أنه مع ظهور الأخبار فى أن وظيفه من بيده المال التصدق به ليست للحاكم ولايه بالإضافه إلى ذلك المال، فإن ولايه الحاكم على الغائب مستفاده من الحسبه، ومع ولايه غيره على الإمساك بذلك المال والتحفظ به مادام يحتمل الظفر بمالكه وبالتصدق بعده لا مجال لإثبات الولايه له، ومجرد كونه أعرف لا يصلح لإثبات الولايه، وإلا لزم ولايه الأعراف على الفقراء وإن لم يكن حاكماً.

[١] وحاصله أنه يعتبر فى مستحق هذه الصدقه أيضاً الفقير؛ لأن الأمر بالتصدق بمال ظاهره الأمر بإعطائه للفقير.

أقول: يمكن أيضاً استظهار اعتباره من قوله سبحانه: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ» (١) بدعوى عدم انصرافها إلى الزكاه الواجب، فتأمل.

وذكر رحمه الله فى وجه جواز إعطائه للهاشمى أن التصدق بالمال المجهول مالقه صدقه مندوبه من مالقه ومن يكون المال بيده، نظير الوكيل والوصى مباشر لتلك الصدقه المندوبه، فلا بأس بتملكه للهاشمى.

وفى وجه عدم جواز إعطائه له أنه فرق بين المباشر فى المقام والوكيل والوصى، حيث إن الوكيل والوصى يقومان بالعمل بأمر الموكل والوصى، فيستند عملها إليهما، بخلاف المقام، فإن قيام من بيده المال بالتصدق بحكم الشارع، فلا ينتسب هذا التصدق إلى مالك المال، بل لا يحرز وقوعه عنه، فإنه ربما لا يرضى به بعد ظهوره، فيقع التصدق عن المباشر.

وفيه: أن الممنوع إعطاؤه للهاشمى هى الزكاه المفروضه على الناس فقط،

ص: ٢١٥

وفى جواز إعطائها للهاشمى قولان: من أنها صدقه مندوبه على المالك. وإن وجب على من هى بيده إلا أنه نائب كالوكيل والوصى، ومن أنها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بأمر المالك حتى تكون مندوبه مع أن كونها من المالك غير معلوم فلعلها ممن تجب عليه.

ثم إن فى الضمان لو ظهر المالك ولم يرض بالتصدق [١] وعدمه مطلقاً أو الشرح:

ولا يكون منها الصدقه الواجبه فى المقام، سواء قلنا بانتسابها إلى مالك المال أو إلى من بيده المال، وفى معتبره إسماعيل بن الفضل الهاشمى، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الصدقه التى حرمت على بنى هاشم، ما هى؟ فقال: هى الزكاه، قلت: فتحل صدقه بعضهم على بعض؟ قال: نعم» (١). وفى صحيحه جعفر بن إبراهيم الهاشمى عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «قلت له: أتحل الصدقه لبنى هاشم؟ فقال: إنما الصدقه الواجبه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس» (٢)، فإن تقييد الواجبه بالظرف، أى على الناس، ظاهره الإشاره إلى الواجبه فى قوله عز من قائل: «أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ . . .» (٣).

ثم إنه يعتبر فى استحقاق هذه الصدقه أيضاً الإيمان، كما هو ظاهر صحيحه يونس المتقدمه.

[١] لو ظهر المالك وأظهر عدم رضاه بالتصدق، فى ضمان المال وجوه:

الأول: الضمان مطلقاً.

الثانى: عدمه مطلقاً.

ص: ٢١٦

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٢٧٤، الباب ٣٢ من أبواب المستحقين للزكاه، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٧٢، الباب ٣١، الحديث ٣.

٣- (٣) سوره البقره: الآيه ٤٣.

بشروط عدم ترتب يد الضمان كما إذا أخذه من الغاصب حسبه لا بقصد التملك وجوهاً، من أصله براءة ذمته المتصدق، وأصله لزوم الصدقة بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الذي وقعت عليه، ومن عموم «ضمان من أتلف». ولا ينافيه إذن الشارع، لاحتمال أنه إذن في التصديق على هذا الوجه كإذنه في التصديق باللقطة المضمونه بلا خلاف وبما استودع من الغاصب، وليس هنا أمر مطلق بالتصدق ساكت عن ذكر الضمان حتى يستظهر منه عدم الضمان مع السكوت عنه.

ولكن يضعف هذا الوجه: أن ظاهر دليل الإلتلاف كونها علمه تامه للضمان، وليس كذلك ما نحن فيه و إيجابه للضمان مراعى بعدم إجازة المالك يحتاج إلى دليل آخر، إلا أن يقال: إنه ضامن بمجرد التصديق، ويرتفع بإجازته، فتأمل.

الشرح:

الثالث: عدم الضمان فيما لم يترتب على المال يد ضمان من الأول، كما إذا أخذ المتصدق المال من الجائر بعنوان إنقاذه وإيصاله إلى مالكة المعبر عن ذلك بالأخذ حسبه، والضمان في غيره، ووجه عدم الضمان مطلقاً استصحاب براءة عهده المتصدق، حيث لم يكن له ضمان قبل ظهور المالك وعدم رضاه بالتصدق.

وذكر رحمه الله في الإيراد على ذلك:

أولاً: أن استصحاب البراءة يختص بما إذا لم يسبق يد ضمان إلى المال، وإلا فيستصحب الضمان لا عدمه.

وثانياً: أن الأوجه الضمان مطلقاً؛ لاستصحاب الضمان فيما إذا كان حاصلاً قبل التصديق، ويقدم هذا الاستصحاب على أصله البراءة عن الضمان في سائر الموارد، باعتبار عدم القول بالفصل بين الموارد في الضمان، وكأن جميع موارد التصديق بالمال المجهول مالكة كالمورد الواحد الذي يجرى فيه استصحاب الضمان.

أقول: غايه الأمر أن يكون في البين إجماع على عدم الفصل بين موارد التصديق

هذا، مع أنّ الظاهر من دليل الإلتلاف اختصاصه بالإلتلاف على المالك، لا الإلتلاف له والإحسان إليه، والمفروض أنّ الصدقة إنّما قلنا بها، لكونها إحساناً وأقرب طرق الإيصال بعد اليأس من وصوله إليه.

وأما احتمال كون التصدّق مراعى كالفضولى فمفروض الانتفاء، إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين، وانتقال الثواب من شخص إلى غيره حكم شرعى.

وكيف كان، فلا مقتضى للضمان وإن كان مجرّد الإذن فى الصدقة غير مقتضى لعدمه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل، لكنّ الرجوع إلى أصله البراءة إنّما يصحّ فيما لم يسبق يد الضمان، وهو ما إذا أخذ المال من الغاصب حسبه.

الشرح:

بالمال المجهول مالكة بحسب حكمها الواقعى من الضمان وعدمه، وأما الحكم الظاهرى فيلاحظ تحقّق الموضوع لأنى أصل فى كلّ مورد من موارد الشكّ، من استصحاب البراءة أو استصحاب الضمان أو غيرهما من الأصول هذا أولاً.

وثانياً: يمكن العكس بأن يحكم بعدم الضمان فى جميع الموارد إلحاقاً لموارد استصحاب الضمان بموارد استصحاب عدم ثبوت المال على العهده بعدم القول بالفصل.

وثالثاً: أنّ المراد بالضمان فى المقام ثبوت المال فى العهده بإظهار المالك عدم رضاه بالتصدّق على قرار الضمان فى اللقطة، وليس لهذا الضمان حاله سابقه، فالضمان السابق قد انقطع بالتصدّق، وحدوث غيره بعد ذلك مشكوك فيه.

والمتحصّل أنّه لو وصلت النوبه إلى الأصل العملى فى المقام فمقتضاه عدم الضمان مطلقاً. نعم قد يقال بالضمان مطلقاً أخذاً بقاعده إلتلاف مال الغير.

لا- يقال: الإلتلاف فى المقام يكون بإذن الشارع وأمره، والإلتلاف بإذنه كالإلتلاف بإذن المالك لا يوجب الضمان، كالإذن فى أكل المارّ من الثمره فى طريقه.

ص: ٢١٨

وأما إذا تملكه منه ثم علم بكونه مغصوباً فالأجود استصحاب الضمان في هذه الصورة، لأنّ المتيقن هو ارتفاع الضمان بالتصرف الذي يرضى به المالك بعد الاطلاع، لا مطلقاً. فتبين: أنّ التفصيل بين يد الضمان وغيرها أوفق بقاعده، لكنّ الأوجه الضمان مطلقاً، إمّا تحكيمياً للاستصحاب، حيث يعارض البراءة ولو بضميمة عدم القول بالفصل، وإمّا للمرسله المتقدّمه عن السرائر، وإمّا لاستفاده ذلك من خير الوديعه إن لم نتعدّ عن مورده إلى ما نحن فيه من جعله بحكم اللقطه، لكن يستفاد منه أنّ الصدقه بهذا الوجه حكم اليأس عن المالك.

ثمّ الضمان، هل يثبت بمجرد التصدّق وإجازته رافعه، أو يثبت بالردّ من حينه، أو من حين التصدّق؟ وجوه: من دليل الإتلاف، والاستصحاب، ومن أصاله عدم الضمان قبل الردّ، ومن ظاهر الرّوايه المتقدّمه في أنّه بمنزله اللقطه. ولو مات المالك، ففي قيام وارثه مقامه في إجازته التصدّق وردّه وجه قوى، لأنّ ذلك من قبيل الحقوق المتعلّقه بالأموال، فيورث كغيره من الحقوق، ويحتمل العدم، لفرض لزوم التصدّق بالنسبه إلى العين، فلا حقّ لأحد فيه، والمتيقن من الرجوع إلى قيمه هو المالك.

الشرح:

فإنّه يقال: يحتمل أن يكون إذنه في المقام في الإتلاف نظير إذنه في التصرف في اللقطه، وفي إيداع الغاصب مال الغير عنده، فإنّه لا يجوز له ردّه إلى الغاصب، بل يجب عليه بعد تعريف المال سنه كامله التصدّق به مع الضمان، كما دلّت عليه الروايه، بل ليس في المقام روايه دالّه على التصدّق بالمال ساكته عن ذكر الضمان، مع ظهور المالك، حتى يستظهر عدم الضمان من السكوت في مقام البيان.

أقول: قد ذكرنا أنّ الضمان المطلوب في المقام نظير الضمان المطلوب في مورد التصدّق باللقطه لا يثبت بقاعده الإتلاف، فإنّ مقتضى تلك القاعده ثبوت

ولو مات المتصدّق فردّ المالك، فالظاهر خروج الغرامه من تركته، لأنّه من الحقوق الماليه اللازمه عليه بسبب فعله.

هذا كلّه على تقدير مباشره المتصدّق له. ولو دفعه إلى الحاكم فتصدّق به بعد اليأس، فالظاهر عدم الضمان، لبراءه ذمّه الشخص بالدفع إلى وليّ الغائب، وتصرف الوليّ كتصرف المولى عليه.

ويحتمل الضمان، لأنّ الغرامه هنا ليست لأجل ضمان المال وعدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدّق حتّى يفرّق بين تصرف الوليّ وغيره، لثبوت الولاية للمتصدّق في هذا التصرف كالحاكم، ولذا لا يستردّ العين من الفقير إذا ردّ المالك، فالتصرف لازم، والغرامه حكم شرعيّ تعلّق بالتصدّق كائناً من كان، فإذا كان المكلف بالتصدّق هو من وقع في يده لكونه هو المأبوس والحاكم وكيلاً، كان الشرح:

المال بالتصدّق على عهده المتلف، عبّر المصنف رحمه الله عن ذلك بكون الإتلاف علّه تامه للضمان. والمطلوب في المقام ثبوت المال على العهده بإظهار المالك عدم رضاه بالتصدّق، وقد عبّر رحمه الله عن ذلك بالضمان المراعى بعدم إجازة المالك، وهذا الضمان يحتاج إلى دليل آخر غير قاعده الإتلاف، نظير ما قام عليه في اللقطه.

والالتزام في المقام أيضاً بالضمان بمجرد التصدّق وارتفاعه بإجازة المالك لقاعده الإتلاف غير ممكن؛ لاستلزامه ثبوت المال على العهده وعدم انتقال جميع التركة إلى الورثه، حتّى فيما إذا لم يظهر المالك بعد التصدّق ليظهر رضاه أو عدمه.

وما تقدّم منه رحمه الله من عدم ثبوت روايه في المقام ساكته عن الضمان عجيب، فإنّه لم يكن من الضمان في الروايات المتقدّمه ذكر، ولو كان في البين ضمان لورد ذكره في تلك الروايات، نظير وروده في أخبار باب اللقطه.

والحاصل: أنّه لو لم يكن عدم الضمان مقتضى الإطلاق في الروايات المتقدمه

الغرم على الموكّل، وإن كان المكلف هو الحاكم لوقوع المال في يده قبل اليأس عن مالكة، فهو المكلف بالفحص ثمّ التصدّق كان الضمان عليه.

وأما الصّوره الرّابعة [١]: وهو ما علم إجمالاً اشتمال الجائزه على الحرام، فأما الشّرح:

فلا- ينبغى الربى فى أنّه مقتضى الأصل. بل ذكر السيد الخوئى رحمه الله (١) أنّ ثبوت الضمان فى المقام بقاعده الإلتلاف غير ممكن، فإنّ القول به يستلزم التسلسل. فإنّه إذا تصدّق بالمال المجهول مالكة يثبت بدله فى ذمّته، وبما أنّ البدل أيضاً مالكة مجهول، يجب التصدّق به أيضاً، ويجرى الكلام فى بدل هذا البدل . . . وهكذا، ولا يقاس المقام باللقطه، فإنّ الثابت على الذمّه لا يكون لقطه حتى يجب التصدّق به أيضاً.

ولا- يخفى ما فيه، فإنّ وجوب التصدّق لا- يكون حكماً لأى مال مجهول مالكة، نظير الأحكام العقليّه، حتى يوجب الإلتزام به ذلك المحذور أو غيره، بل حكم ورد فى بعض الموارد، وتعدّينا منها إلى موارد أخرى من الأموال الخارجيه، وإلى الديون التى تثبت على الذمّه من غير ناحيه التصدّق.

والصحيح أنّ الضمان بقاعده الإلتلاف مختصّ بموارد الإلتلاف على المالك، كمن يأكل طعام الغير للاضطرار وإنقاذ حياته، ولا تعمّ القاعده موارد الإلتلاف إحساناً إلى المالك، كما فى المقام، والضمان بنحو آخر نظير الثابت فى موارد اللقطه لم يقم عليه دليل، والأصل عدمه، والله العالم.

[١] وهى ما إذا علم إجمالاً باشتمال المأخوذ من الجائر على الحرام، وذكر المصنّف رحمه الله فيها فروضاً:

ص: ٢٢١

أن يكون الاشتباه موجباً لحصول الإشاعه. والاشتراك و إما أن لا يكون.

وعلى الأول: فالقدر والمالك إترًا معلومان أو مجهولان أو مختلفان. وعلى الأول: فلا اشكال، وعلى الثاني: فالمعروف إخراج الخمس على تفصيل مذكور فى باب الخمس، ولو علم القدر فقد تقدم فى القسم الثالث، ولو علم المالك وجب التخلص معه بالمصالحه.

وعلى الثاني: فيتعين القرعه أو البيع والاشتراك فى الثمن وتفصيل ذلك كله فى كتاب الخمس.

الشرح:

الأول: حصول الشركه بنحو الإشاعه بامتزاج الحلال والحرام بنحو لا يمكن التمييز بينهما، كما فى مزج أحد المائعين بالآخر، مع العلم بقدر الحرام ومالكه.

الثانى: حصول الشركه، كما ذكر، ولكن مع الجهل بقدر الحرام ومالكه.

الثالث: حصول الشركه مع العلم بقدر الحرام و جهل مالكه.

الرابع: حصولها مع عرفان المالك، و جهاله مقدار الحرام.

الخامس: عدم إيجاب الاشتباه فى الفرض الشركه، كما إذا كان المالان قيميين.

والحكم فى الفرض الأول: هو كون المأخوذ فيه ملكاً للآخذ وذلك الغير، بنحو الإشاعه بالنسبه المعلومه، فلا يجوز لأحدهما التصرف فيه بدون رضا الآخر، ولكلّ منهما مطالبه الآخر بالقسمه.

والحكم فى الفرض الثانى: إخراج خمس المال على ما ذكر فى كتاب الخمس.

وفى الفرض الثالث ما مرّ فى الصوره الثالثه من صور الجائزه: فإنّ الفرض داخل فيها حقيقه.

وفى الفرض الرابع: يجب التخلص من الحرام بالمصالحه مع مالكه.

وفى الفرض الخامس: يكون تعيين المال الحرام بالقرعه أو بيع جميع المال،

واعلم، أنّ أخذ ما فى يد الظالم [١] ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسه، وباعتبار نفس المال إلى المحرّم والمكروه والواجب. فالمحرّم ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ والمكروه المال المشتبه. والواجب ما يجب استنقاذه من يده من حقوق النّياس، حتّى أنّه يجب على الحاكم الشرعى استنقاذ ما فى ذمّته من حقوق السّاده والفقراء ولو بعنوان المقاصّه، بل يجوز ذلك لآحاد النّاس، خصوصاً نفس المستحقّين مع تعدّد استئذان الحاكم.

الشرح:

فتحصل الشركه فى ثمنه.

أقول: ما ذكر فى الفرض الرابع من لزوم المصالحه مع مالك المال الحرام غير صحيح، بل يحكم بأنّ السهم المشاع فى ذلك المال هو الأقلّ، أخذاً بمقتضى يد الجائر الجارىه على جميع المال، فإنّه لم يعلم عدم مالكيته للمال إلاّ بالإضافه إلى السهم الأقلّ. وكذا لا يمكن المساعده على ما ذكره فى الفرض الخامس؛ لأنّه إذا كان الحرام ومالكة مجهولين يجرى فيه ما ذكره فى إخراج الخمس من المال المختلط، حيث إنّ المذكور يعمّ ما إذا لم يكن الاختلاط موجباً للشركه بنحو الإشاعه. وإذا كان مالكة معلوماً وقدر الحرام مجهولاً، كما إذا أخذ من الجائر ثلاث شياه، وعلم بأنّ بعضها مال زيد، وذلك البعض مردّد بين كونه شاه أو شاتين، ففى مثل ذلك لا علم بمخالفه مقتضى يد الجائر الجارىه عليها، إلاّ بالإضافه إلى الواحده، فيكون تعيين تلك بالقرعه.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا كان القدر والمالك معلومين، فإنّه باعتبار الاشتباه وعدم حصول الإشاعه يكون التعيين بالقرعه.

[١] إنّ أخذ ما بيد الظالم من المال يجرى عليه الأحكام الخمسه، وباعتبار نفس المال يكون فيه الكراهه والوجوب والحرمه، والظاهر أنّ مراده تعلق الأحكام

وكيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال في كون ما في ذمته من قيم المتلفات غصباً من جمله ديونه [١] نظير ما استقر في ذمته بقرض أو ثمن مبيع أو صداق أو غيرها. الشرح:

الخمس بأخذ المال من الجائر باعتبار انطباق العناوين المختلفه على نفس ذلك الأخذ، ككونه مقدّمه للإنفاق الواجب أو التوسعه لعياله، أو كونه ترويجاً للباطل والجور. وهكذا فيكون الأخذ متعلقاً للأحكام الخمسه، حتى في فرض إحراز كون المال ملك الجائر واقعاً. ومراده من نفس المال تعلق الحرمة أو الوجوب أو الكراهه بالأخذ من جهه المال، ككونه من المال المشتبه أو مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ، أو كون أخذه إنقاذاً للمال المحترم من التلف، حيث يجب الأخذ معه حسبه، وإلا فلا تتعلق حقيقه الأحكام التكليفية التي منها الحرمة والوجوب والكراهه بغير الفعل.

وأما ما ذكره رحمه الله من أن استنقاذ حقوق الساده والفقراء ولو بعنوان المقاصه من موارد وجوب الأخذ من جهه المال، ويجوز هذا التقاص لآحاد الناس عند تعذر الاستيذان من الحاكم.

ففيه: أن جواز التقاص لآحادهم يتوقف على ولايتهم على تلك الأموال، ولو عند تعذر الحاكم، وفي ثبوت الولاية لهم تأمل.

ولا يكفي في جوازه مجرد وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإلا لجاز التقاص ولو عند التمكّن من الاستيذان؛ لعدم اشتراط وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالاستيذان، ولجاز أيضاً التقاص من مال عمرو لشخص آخر من باب النهي عن المنكر، ولا أظن أن المصنّف رحمه الله أو غيره يلتزم بذلك.

[١] حاصله أنه لا فرق في الدين الثابت في ذمه الجائر، بين ثبوته بالافتراض أو شراء شيء بدمته، أو تلف ما وضع عليه يده من أموال الناس عدواناً أو إتلافها، فإن جميع ذلك دين يترتب عليه أحكامه.

ومقتضى القاعده كونها كذلك بعد موته، فيقدم جميع ذلك على الإرث والوصيه، إلا أنه ذكر بعض الأساطين: أن ما في يده من المظالم تالفاً لا يلحقه حكم الديون في التقديم على الوصايا والموارث، لعدم انصراف الدين إليه وإن كان منه وبقاء عموم الوصيه والميراث على حاله، وللسيره المأخوذه يداً بيد من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا، فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلّف أُخرجت من الثلث.

وفيه: منع الانصراف، فإننا لا نجد بعد مراجعه العرف فرقاً بين ما أتلفه هذا الظالم عدواناً وبين ما أتلفه نسياناً، ولا بين ما أتلفه عدواناً هذا الظالم وبين ما أتلفه شخص آخر من غير الظلمه، مع أنه لا إشكال في جريان أحكام الدين عليه في حال حياته من جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص، وتعلق الخمس والاستطاعه وغير ذلك، فلو تمّ الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطه بالدين وجوداً وعدمًا من غير فرق بين حياته وموته.

الشرح:

وذكر بعض الأساطين وهو كاشف الغطاء (١) على ما قيل أن بدل متلفاته غصباً من المثل والقيمه وإن كان ديناً حقيقه، نظير سائر ما عليه من الديون، إلا أنه لا يجرى بعد موت الجائر على ذلك البديل حكم الدين، بأن يكون خارجاً عن التركة قبل الوصايا والميراث، وذلك لأمرين:

أحدهما: انصراف الدين عنه في مثل قوله عزّ من قائل: «مِن بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (٢).

وثانيهما: السيره الجاربه إلى يومنا هذا من عدم المعامله مع ذلك البديل معامله الدين، وعلى ذلك فلو أوصى الجائر بإخراجه كان كسائر وصاياه محسوباً من الثلث.

ص: ٢٢٥

١- (١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٣٧.

٢- (٢) سوره النساء: الآيه ١١.

وما ادّعه من السّيره، فهو ناشٍ من قلبه مبالاه النَّاس كما هو دَيِّدُهُمْ في أكثر السّير التي استمرّوا عليها، ولذا لا يفرّقون في ذلك بين الظّلمه وغيرهم ممّن علموا باشتغال ذمّته بحقوق النَّاس من جهه حقّ السّاده والفقراء، أو من جهه العلم بفساد أكثر معاملاتّه، ولا- في إنفاذ وصايا الظّلمه وتوريث ورثتهم بين اشتغال ذمّمهم بعوض المتلفات وأرش الجنائيات، وبين اشتغالها بديونهم المستقرّه عليهم من معاملاتهم وصدقاتهم الواجبه عليهم، ولا بين ما علم المظلوم فيه تفصيلاً، وبين ما الشّرح:

وفيه: أنّه لا وجه لدعوى الانصراف، فإنّا لم نجد فرقاً بين الثابت على ذمّته بدلاً عمّا أتلفه نسياناً أو غفله من مال الغير، وبين ما أتلفه عدواناً، بأن يعمّ الأوّل الدين في مثل قوله سبحانه، ولا يعمّ الثاني، وكذا لا نجد فرقاً بين ما يتلفه الجائر عدواناً وما يتلفه شخص آخر، ولو كان الدين منصرفاً عنه لما جرى على البديل حكم الدين، حتّى حال حياه الجائر، فإنّ انصراف الدين لا يختصّ بآيه الإبرث، مع أنّه لا- ينبغى الريب في جريان أحكام الدين عليه حال حياهه، كجواز التقاصّ عن البديل، كما يدلّ على ذلك موثقه داود بن زربي (زرين)، قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنّي أخالط السلطان، فتكون عندي الجاربه فيأخذونها، أو الدابه الفاربه فيبعثون فيأخذونها، ثمّ يقع لهم عندي المال، فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه» (١)، فإنّ الحكم فيها بالأخذ من غير استئصال عن بقاء العين التي أخذها الجائر أو أتلفها مقتضاه شمول الحكم لكلتا الحالتين. وكعدم تعلق الخمس بمازاد عن مؤنه سنته، فيما إذا كان البديل بمقدار الزائد عليها، وعدم حصول الاستطاعه للحج، فيما إذا كان البديل مساوياً لما عنده من المال الكافي لمصارف حجه . . . إلى غير ذلك.

وأما ما ذكره من السيره، فلم يحرز أنّها من المتشّرعه المبالين للشرع الملتزمين

ص: ٢٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

لم يعلم، فإنك إذا تبتعت أحوال الظلمه وجدت ما استقرّ في ذمهم من جهه المعاوضات والمداينات مطلقاً، أو من جهه خصوص أشخاص معلومين تفصيلاً، أو مشتبهين في محصور كافياً في استغراق تركتهم المانع من التصرف فيها بالوصيه أو الإرث.

وبالجملة، فالتمسك بالسيرة المذكوره أو هن من دعوى الانصراف السابقه، فالخروج بها عن القواعد المنصوصه المجمع عليها غير متوجّه.

[المسأله] الثالثه: ما يأخذه السلطان [١] المستحل لأخذ الخراج والمقاسمه الشرح:

به، والسيره من غير المباليين لا قيمه لها، ويشهد لكونها من غير المباليين أننا لم نجد فرقاً عندهم بين البدل المزبور وبين الثابت على ذمته بسائر موجبات الضمان، كما أنهم لا يفرقون في المظالم الثابته عليه بين عرفان المظلومين تفصيلاً أو إجمالاً. ومن تتبع أحوال الظلمه وتوريث أموالهم التي قد لا تكفى لأداء تلك المظالم المجتمعه عليهم طيله حياتهم يعرف ذلك.

[١] تعرّض رحمه الله في المسأله الثالثه من مسائل الخاتمه لما يؤخذ من السلطان المستحل للخراج والمقاسمه والزكاه، وأنه يجوز أخذ هذه الأموال منه مجاناً أو معاوضه. وذكر أنّ مقتضى القاعده عدم جواز الأخذ؛ لأنّ الجائر لا ولايه له على تلك الأموال، فتراضيه مع من عليه الخراج أو الزكاه، نظير تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير في دفع مال إليه بعنوان الأجره فاسد، إلاّ أنّه لا بدّ من رفع اليد عن هذه القاعده والالتزام بجواز الأخذ لما يأتي.

والمراد من الخراج ما عيّن للأرض أجره من النقود أو غيرها، ومن المقاسمه المعامله مع الزارع بحاصل الأرض والبستان بالثلث أو بالربع أو نحوهما، ولا يخفى أنّه لا وجه لتخصيص جواز أخذ الزكاه من الجائر بالأنعام، كما هو ظاهر عبارته

من الأراضى باسمهما ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز أن يقبض منه مجاناً أو بالمعاوضه، وإن كان مقتضى القاعده حرمة؛ لأنه غير مستحق لأخذه؛ فتراضيه مع من عليه الحقوق المذكوره فى تعيين شىء من ماله لأجلها فاسد، كما إذا تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير فى دفع شىء اليه عوض الأجره. هذا مع التراضى، وأما إذا قهره على أخذ شىء بهذه العنونات ففساده أوضح.

الشرح:

المصنّف رحمه الله ، بل يعم جميع أقسامها.

كما أنّ ما ذكر رحمه الله من أنّ ما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه، ومع ذلك يجوز أخذه من الجائر لا- يمكن المساعده عليه، وذلك فإنّ المال بأخذ الجائر يتعيّن فى عنوان الخراج أو المقاسمه أو الزكاه، ولا يتوقّف تعينه فيها بأخذ الآخر من الجائر، وإلا- لوجب على الزارع الخراج أو المقاسمه أو الزكاه ثانياً مع تلف المال فى يد الجائر، بل مع تلفه قبل وصوله إلى يد المشتري أو المستحقّ. وهذا لا- يناسب الروايات الآتية فى براءه ذمه الزارع وتعيّن الزكاه فى المأخوذ بمجرد أخذ عامل السلطان.

ثم إنّ فى المقام جهات:

الأولى: تقبّل الزارع أو الفلاح الأرض من السلطان الجائر.

الثانية: فى المال الذى يأخذه الجائر من الزارع أو الفلاح أو غيرهما بعنوان الخراج أو المقاسمه أو الزكاه.

الثالثة: أخذ الآخرين تلك الأموال من الجائر مجاناً أو بعنوان الشراء أو غيره من المعاملات.

والأظهر بحسب الروايات الحكم بالجواز فى الجهات الثلاث، بمعنى أنه يجوز للزارع والفلاح التصرف فى تلك الأراضى ولو مع المعامله مع السلطان الجائر أو عماله، على ما يأتى. ويكون ما يأخذه الجائر معنوئاً بعنوان الخراج أو المقاسمه أو

ص: ٢٢٨

وكيف كان، فما يأخذه الجائر باقٍ على ملك المأخوذ منه، ومع ذلك يجوز قبضه عن الجائر بلا خلاف يعتد به بين الأصحاب.
وعن بعض حكاية الإجماع عليه: قال في محكى التنقيح: لأنّ الدليل على جواز شراء الثلاثة من الجائر، وإن لم يكن مستحقاً له: النصّ الوارد عنهم عليهم السلام والإجماع وإن لم يعلم مستنده [١]، ويمكن أن يكون مستنده أنّ ذلك حق للأئمة عليهم السلام وقد أذنوا لشيعتهم في شراء ذلك، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى إذا انضم إليه إذن المالك، انتهى.

الشرح:

الزكاه، ويدخل ما يأخذه الغير من الجائر من الخراج أو المقاسمه أو الزكاه مجاناً أو بعنوان الشراء ونحوه في ملكه، وكأنّ الوجه في جميع ذلك إمضاء الشارع لتلك التصرفات وليس المراد جعل الولايه للجائر بالإضافة إليها، فإنّ الروايات غير ظاهره في ولايته عليها، بل في مجرد إمضاءها تسهيلاً للأمر على الآخرين.

والحاصل: أنّه لو كانت للجائر ولايه على تلك التصرفات، لما كان عليه وزر بالإضافة إليها، وإتّما الوزر في إشغاله ذلك المنصب المذمى لا يستحقّه، بخلاف الالتزام بمجرد إمضاء الشارع لتلك التصرفات تسهيلاً للأمر على الآخرين، فإنّه لا يكون في ذلك الإمضاء نفى وزر عن الجائر، نظير ما نذكر في تحليل الشارع الخمس للشيعه فيما إذا وقع بيد أحدهم المال الذى تعلّق به الخمس عند غيره، كما إذا اشترى متاعاً غير مخمس، فإنّه يدخل ذلك المتاع بتمامه في ملك المشتري، كما هو مقتضى أخبار التحليل.

ومع ذلك لا- يجوز للبائع ذلك البيع تكليفاً، وينتقل الخمس إلى الثمن، ولو كان تمليك ذلك المتاع مجاناً كان على الجائر ضمان إتلافه، فلاحظ.

[١] المراد بالمستند حكمه الحكم وسره.

أقول: والأولى أن يقال [١]: إذا انضم إليه إذن متولى الملك، كما لا يخفى.

وفى جامع المقاصد: أن عليه إجماع فقهاء الإمامية، والأخبار المتواتره عن الأئمة الهداه عليهم السلام .

الشرح:

[١] الوجه فى كونه أولى عدم كون الخراج والمقاسمه أو الزكاه ملكاً للإمام عليه السلام ، بل له ولاية بالإضافة إليها، ثم إن الأمور التى استند رحمه الله إليها فى حكمه بالحلّ أربعه:

الأول: الإجماع المنقول المؤيد بالشهره المحققه.

الثانى: لزوم الحرج، بل اختلال النظام فى الاجتناب عن الأموال المزبوره.

الثالث: الروايات الوارده فى جواز جائزه السلطان لآخذها، فإنه لا يحتمل عادة كونها من غير تلك الأموال.

الرابع: الروايات الوارده فى المعامله مع السلطان أو عماله على تلك الأموال.

أقول: أما الأمر الأول، فقد تكرر فى كلماتنا حال الاستناد إلى الإجماع فى أمثال المقام مما يعلم أو يحتمل استناد المجمعين إلى ما فى أيدينا من الأدله.

وأما دعوى اختلال النظام فلم يظهر وجه لزوم الحرج الشديد، فضلاً عن لزوم الاختلال، وذلك فإن لزوم الاجتناب عن هذه الأموال على تقديره يوجب كونها كسائر الأموال المأخوذه من الرعيه ظلماً، وحيث إن الآخذ لا طريق له غالباً إلى إحراز الحرام أو تعيين مالكة، يكون من المال المشتبه أو المجهول مالكة، فيمكن للمكلف التصرف فيها فيما إذا كان مورداً لصرفه، ولو بالمعامله مع مستحقه.

نعم، عدم فراغ ذمه المكلف من الحق الواجب عليه زكاه أو أجره للأرض التى يعمل عليها وهى ملك المسلمين يوجب الحرج عليه، ولكن مجرد لزومه لا يوجب الحكم بالبراءه وفراغ ذمته؛ لأن رفع الحرج حكم امتنانى، ولا امتنان فى التوسعه لمكلف بتفويت حق أو مال على الآخرين. وتعين ما يأخذه الجائر زكاه أو خراجاً،

وفى المسالك: أطبق عليه علماؤنا، ولا نعلم فيه مخالفاً.

وعن المفاتيح: أنه لا خلاف فيه.

وفى الرياض: أنه استفاض نقل الإجماع عليه. وقد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهره المحققه بين الشيخ ومن تأخر عنه.

ويدل عليه قبل الإجماع، مضافاً إلى لزوم الحرج العظيم فى الاجتناب عن هذه الأموال، بل اختلال النظام، و إلى الزوايات المتقدمه لأخذ الجوائز من السلطان، خصوصاً الجوائز العظام التى لا- يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج، وكان الإمام عليه السلام يأبى عن أخذها أحياناً، معللاً بأن فيها حقوق الأمة روايات:

منها: صحيحه الحداء عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل منّا يشتري من السلطان من إبل الصدقه وغمها، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذى يجب عليهم. قال: فقال: ما الإبل والغنم إلا مثل الحنطه والشعير وغير ذلك، الشرح:

يوجب غالباً صرف الزكاه أو الخراج فى غير موردهما، من فقراء الشيعة ومصالح المسلمين، وعلى تقدير تسليم شمول رفع الحرج فمقتضاه عدم وجوب الزكاه أو الخراج عليه ثانياً، لا أن المأخوذ أولاً زكاه أو خراج.

والحاصل: أن ما يأخذه الجائر زكاه أو خراجاً ليس إلا كأخذ العشر فى مثل زماننا من التجار والكسبه وغيرهما، وكما أن لزوم الاجتناب عن العشور وبقاءها فى ملك المأخوذ منهم لا- يوجب حرجاً على سائر الناس؛ لما أشرنا إليه من عدم عرفان مالکها غالباً، فتدخل فى عنوان المجهول مالکها، فكذلك المأخوذ من الرعيه زكاه أو خراجاً كما لا يخفى.

الأمر الرابع: وهى العمده، الروايات الوارده فى شراء الخراج والمقاسمه والزكاه من السلطان وعماله.

لا- بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيجتنب. قلت: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعنا إيها، فما ترى في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس، قيل له: فما ترى في الحنطه والشعير، يجيئنا القاسم فيقسم لنا حنطنا، ويأخذ حنطه، فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قد قبضه بكيل وأنتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كيل».

دلّت هذه الرواية على أن شراء الصدقات من الأنعام والغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل، وإنما سأل أولاً: عن الجواز مع العلم الإجمالي بحصول الحرام في أيدي العمال.

وثانياً: من جهة توهم الحرمة أو الكراهة في شراء ما يخرج في الصدقة، كما ذكر في باب الزكاة.

وثالثاً: من جهة كفايه الكيل الأول.

الشرح:

منها: صحيحه أبي عبيده، قال: «سألته عن الرجل منا يشتري من السلطان من إبل الصدقة وغنم الصدقة، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذي يجب عليهم؟ قال: فقال: ما الإبل إلا مثل الحنطه والشعير وغير ذلك لا بأس به، حتى تعرف الحرام بعينه، قيل له: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعنا، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس. قيل له: فما ترى في الحنطه والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حنطنا ويأخذ حنطه، فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلك، فلا بأس. بشرائه منه من غير كيل» (١).

ص: ٢٣٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢١٩ ٢٢٠، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

وبالجملة، ففي هذه الرواية سؤالاً - وجواباً إشعاراً بأن الجواز كان من الواضحات الغير المحتاجة إلى السؤال، وإلا لكان أصل الجواز أولى بالسؤال، حيث إن ما يأخذونه باسم الزكاه معلوم الحرمة تفصيلاً، فلا فرق بين أخذ الحق الذي يجب عليهم، وأخذ أكثر منه. ويكفي قوله عليه السلام: «حتى يعرف الحرام منه» في الدلالة على مفروغيه حل ما يأخذونه من الحق، وأن الحرام هو الزائد، والمراد بالحلال هو الحلال بالنسبه إلى من ينتقل إليه و إن كان حراماً بالنسبه إلى الجائر الآخذ له، بمعنى معاقبته على أخذه وضمانه وحرمة التصرف في ثمنه.

الشرح:

وذكر المصنف رحمه الله أولاً: أنها دالة على أن جواز أخذ الصدقات من السلطان وعماله كان مفروغاً عنه عند السائل؛ ولذا وجه سؤاله إلى خصوصيات الشراء من علم المشتري بأخذ العامل زائداً على الزكاه الواجبه على الرعيه، وشراء الشخص الصدقه التي أخرجها أو شراء الحنطه والشعير من القاسم بلا كيل.

وذكر ثانياً: أن في الروايه سؤالاً - وجواباً، إشعاراً إلى أنه كان جواز أصل الشراء مفروغاً عنه عند السائل، وإلا لكان السؤال عن جواز أصل الشراء أولى، حيث إن الشراء بحسب القاعده الأوليه كان محكوماً بالفساد، كما أن التصرف في الأموال المزبوره باعتبار بقائها في ملك المأخوذ منهم يكون محرماً تفصيلاً. وقوله عليه السلام في الجواب عن السؤال الأول: «لا بأس بالشراء حتى تعرف الحرام» كاف في الدلالة على جواز أصل الشراء، فإنه لو لم يكن الشراء جائزاً لما صحّ الجواب المزبور.

أقول: لم يعلم وجه العدول عن الدلالة التي ذكرها أولاً إلى التعبير بالإشعار ثانياً.

وفى وصفه عليه السلام للمأخوذ بالحليه [١] دلالة على عدم اختصاص الرخصه بالشراء، بل يعم جميع أنواع الانتقال إلى الشخص، فاندفع ما قيل: من أن الروايه مختصه بالشراء فليقتصر فى مخالفه القواعد عليه. ثم الظاهر من الفقره الثالثه: السؤال والجواب عن حكم المقاسمه، فاعتراض الفاضل القطيفى الذى صنف فى الرد على رساله المحقق الكركى المسماه ب«قاطع اللجاج فى حل الخراج» رساله زيف فيها جميع ما فى الرساله من أدله الجواز بعدم دلالة الفقره الثالثه على حكم المقاسمه، واحتمال كون القاسم هو مزارع الأرض [٢] أو وكيله ضعيف جداً. وتبعه على هذا الاعتراض المحقق الأردبيلى رحمه الله، وزاد عليه ما سكت [٣] هو عنه: الشرح:

[١] أى أن تعلق نفى البأس بالإبل والغنم وغيرها من الأعيان ظاهره عدم البأس بأخذها عن الجائر مجاناً أو شراءً أو بمعامله أخرى، كما فى سائر الأموال التى تضاف إليها الحليه، حيث إن الحليه لكونها حكماً تكليفاً أو وضعياً يكون متعلقها الفعل أو المعامله. وإضافتها فى الخطاب إلى العين باعتبار أنها تعم جميع الأفعال أو المعاملات المناسبه لتلك العين، فلا وجه لما قيل من اختصاص الحليه فى الصحيحه بالشراء.

[٢] أى أن المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذى زارعا من العامل عليها.

[٣] وحاصل ما ذكره الأردبيلى رحمه الله (١) أن الفقره الأولى من الروايه ظاهره فى جواز شراء الزكاه من عامل السلطان، ولكن لا بد من طرح هذا الظهور بقريته حكم العقل والنقل، بل الإجماع أيضاً.

وأما الفقره الثانيه والثالثه، فلا ظهور لها فى جواز شراء الزكاه أصلاً، وذلك فإن المراد من قوله عليه السلام: «ما الإبل والغنم إلا مثل الحنطه والشعير» كون جنس الإبل

ص: ٢٣٤

من عدم دلالة الفقرة الأولى على حلّ شراء الزّكاه، بدعوى: أنّ قوله عليه السلام: «لا بأس حتّى يعرف الحرام منه» لا يدلّ إلاّ على جواز شراء ما كان حلالاً بل مشتبهاً، وعدم جواز شراء ما كان معروفاً أنّه حرام بعينه، ولا يدلّ على جواز شراء الزّكاه بعينها صريحاً.

نعم ظاهرها ذلك، لكن لا- ينبغي الحمل عليه، لمنافاته العقل والنقل، ويمكن أن يكون سبب الإجمال منه التقيّه، ويؤيّد عدم الحمل على الظاهر: أنّه غير مراد بالاتفاق، إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر، فتأمل، انتهى.

الشرح:

والغنم كجنس الحنطه والشعير وغير ذلك في جواز شرائها من بائعها، مع عدم إحراز أنّها لغيره. وهذا مفاد قضيه حقيقته لا تتكفّل لإثبات موضوعها أو نفيه، والصدقه المفروضه في السؤال يعلم حكم شرائها جوازاً أو منعاً من الكبرى، بعد إحراز حالها، وأنّها مال مأخوذ من الزارع والرعيه بلا ولايه للعامل على أخذها، فتكون باعتبار العلم بأنّها مال الغير حراماً.

والحاصل: أنّ المراد بالإبيل في السؤال وإن كان خصوص إبل الصدقه، إلاّ أنّ المراد منه في الجواب جنسه، والتفكيك وإن كان خلاف الظاهر، حيث إنّ ظاهر الروايه تعلّق نفى البأس في الجواب بالمفروض في السؤال، وأنّ المراد من الحرام هو المقدار الزائد على الحقّ، إلاّ- أنّ هذا الظهور يرفع اليد عنه بالحمل على بيان الكبرى والقضيه الحقيقته بقريته العقل والنقل والإجماع. وبيان الجواب بهذا النحو لرعايه التقيّه، حيث لا- يمكن له عليه السلام المنع عن المعامله مع سلاطين ذلك الزمان وعمّالهم بالتنصيص به.

وأما السؤال الثاني، فلا ظهور له في رجوعه إلى شراء الزكاه من عامل السلطان، بل راجع إلى حكم شراء المكلف مطلق الزكاه التي أخرجها إلى مستحقّها، وكذا

ص: ٢٣٥

وأنت خير بأنه ليس في العقل ما يقتضى قبح الحكم المذكور، وأى فارق بين هذا وبين ما أحلّوه عليهم السلام لشيعتهم ممّا فيه حقوقهم؟ ولا- فى النقل إلّا- عمومات قابله للتخصيص بمثل هذا الصّحيح وغيره المشهور بين الأصحاب روايه وعملاً مع نقل الاتفاق عن جماعه. وأمّا الحمل على التقيّه، فلا يجوز بمجرّد معارضه العمومات، كما لا يخفى.

الشرح:

السؤال الثالث، فإنّه لا قرينه فيه على قسمه عامل السلطان مع زارع الأرض الخراجيّة، بل من المحتمل كون المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذى زارعها.

وقوله رحمه الله فى آخر كلامه: «فتأمل»، لعلّه إشاره إلى عدم مخالفه ظهور فقره الأولى للإجماع، فإنّ المسلّم عند الكلّ، حرمة المال المأخوذ بعنوان الزكاه على السلطان وعمّاله، لا على المشتري منهما، والجواز المستفاد من قوله عليه السلام: «لا بأس به»، راجع إلى المشتري فقط.

أقول: ما ذكره من قرينه العقل والنقل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه ليس فى العقل ما يمنع أن تكون الصحيحه أو غيرها ناظره إلى إمضاء الشارع تصرّفات الجائر للتوسعه على الآخرين، نظير تحليل الخمس للشيعة، كما أنّه ليس فى النقل ما يمنع عن ذلك، غير العمومات التى يرفع اليد عنها بالخصوصات.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ ما ذكره السيد الخوئى رحمه الله (1) من صراحه فقره الأولى فى جواز شراء الصدقه من السلطان وعمّاله غير تامّ، وأنّ دلالتها على الجواز لا يتجاوز حدود الظهور، ومعه لا حاجه إلى إتعاب النفس فى الفقرتين الأخيرتين ولو أنّ ظهور القاسم فى من يكون شغله القسمه تامّ. وهذا لا ينطبق إلّا على عامل السلطان كما لا يخفى.

ص: ٢٣٦

ومنها: روايه إسحاق بن عمّار [١] قال: «سألته عن الرّجل يشتري من العامل وهو يظلم، قال: يشتري منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه أحداً». وجه الدّلالة: أنّ الظّاهر من الشّراء من العامل شراء ما هو عامل فيه، وهو الذي يأخذه من الحقوق من قبل السّultan.

نعم، لو بنى على المناقشه احتمال أن يريد السّائل شراء أملاك العامل منه مع علمه بكونه ظالماً غاصباً، فيكون سؤالاً عن معامله الظّلمه، لكنّه خلاف الإنصاف وإن ارتكبه صاحب الرّساله.

ومنها: روايه أبي بكر الحضرمي [٢] قال: «دخلت على أبي عبدالله عليه السلام وعنده الشّرح:

[١] وهي مضمرة، قال: «سألته عن الرجل يشتري من العامل، وهو يظلم؟ قال: يشتري منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه أحداً» (١)، وظهورها في الشراء من عامل السلطان ما هو عامل فيه غير قابل للخدشه، وحملها على السؤال عن معامله الظلمه والفسقه بعيد غايته.

[٢] وسندها معتبر، فإنّ أبا بكر الحضرمي موثّق بتوثيق عامّ باعتبار كونه من مشايخ ابن أبي عمير، وواقع في إسناد تفسير على بن إبراهيم و«كامل الزيارات»، قال: «دخلت على أبي عبدالله عليه السلام وعنده إسماعيل ابنه، فقال: ما يمنع ابن أبي السمال أن يخرج شباب الشيعة . . .» (٢)، والمراد إخراجهم للعمل، حتى يعملوا له ما يعمل له سائر الناس.

وذكر الأردبيلي رحمه الله عدم دلالة هذه أيضاً على جواز أخذ الخراج ونحوه من السلطان وعامله، فإنّه يمكن أن يكون المراد من بيت المال في الروايه ما يجوز أخذه بأن يكون مندوراً أو وصيه لجماعه، منهم شباب الشيعة وأبو بكر الحضرمي. وكان

ص: ٢٣٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٢١، الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

ابنه اسماعيل، فقال: ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفى الناس، ويعطيهم ما يعطى الناس. قال: ثم قال لي: لم تترك عطاءك؟ قلت: مخافه على ديني. قال: ما منع ابن أبي سماك أن يعث إليك بعطائك، أما علم أن لك في بيت المال نصيباً؟». فإنّ ظاهره حلّ ما يعطى من بيت المال عطاءً أو أجره للعمل في ما يتعلّق به، بل قال المحقّق الكركي: إنّ هذا الخير نصّ في الباب، لأنّه عليه السلام بيّن أن لا خوف على السائل في دينه، لأنّه لم يأخذ إلاّ نصيبه من بيت المال، وقد ثبت في الأصول تعدّي الحكم بتعدّي العله المنصوصه، انتهى.

الشرح:

إنفاذ الوصيه أو النذر على ابن أبي السماك، بحسب الوصيه إليه أو النذر(١).

ولا يخفى ما فيه؛ لظهور بيت المال فيما كان متعارفاً في ذلك الزمان من الأموال المأخوذه خراجاً أو مقاسمه أو زكاه أو جزية، وحملها على غير ذلك بلا قرينه بلا وجه، وذكر السيد الخوئي رحمه الله (٢) أنّ الروايه دالّه على جواز أخذ المستحقّ بمقدار نصيبه، بل مقتضاها عدم جواز الأخذ لغير المستحقّ، والمدعى جواز الأخذ مطلقاً.

وفيه: أنّ الاستدلال بالروايه في مقابل صاحب الرساله (٣) والأردبيلي، حيث منعا عن الأخذ حتّى فيما إذا كان الأخذ مستحقّاً للخراج أو الزكاه، اللهم إلاّ- أن يقال: جواز الأخذ المستحق لا يحتاج إلى الروايه؛ لأنّ المال بوصوله إلى يده يصير خراجاً أو زكاه، وإنّما المحتاج إليها جواز الأخذ لغير المستحقّ، ولا دلاله في الروايه لا على جوازه ولا على منعه.

ص: ٢٣٨

١- (١) مجمع الفائده ٨: ١٠٤.

٢- (٢) محاضرات في الفقه الجعفري ١: ٦٧٢.

٣- (٣) قاطعه اللجاج (رسائل المحقّق الكركي) ١: ٢٧٢.

وإن تعجب منه الأردبيلي وقال: أنا ما فهمت منه دلالة ما، وذلك لأن غايتها ما ذكر، وقد يكون شيء من بيت المال ويجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقين، بأن يكون مندوراً أو وصيه لهم بأن يعطيهم ابن أبي سماك، وغير ذلك، انتهى.

وقد تبع في ذلك صاحب الرسالة، حيث قال: إن الدليل لا إشعار فيه بالخراج.

أقول: الإنصاف أن الرواية ظاهره في حل ما في بيت المال مما يأخذه الجائر.

ومنها: الأخبار الواردة في أحكام تقبل الخراج من السلطان [١]. على وجه يستفاد من بعضها كون أصل التقبيل مسلم الجواز عندهم.

الشرح:

لا يقال: هذه الرواية بفقرتها الأولى ظاهره في جواز كون الشخص من أعوان الظلمة مع فقره.

فإنه يقال: لم يتوجه في الرواية طلب الدخول في ولايتهم إلى شباب الشيعة حتى يتمسك بإطلاقه، بل الوارد فيها اللوم لابن أبي السماك بعدم استعماله شباب الشيعة، ولازم جواز عملهم له ولو في الجملة، فلا إطلاق لها من هذه الجهة، ولعل الجائر هو الدخول للعمل المباح نفع المؤمنين، أو مع الاضطرار إليه لتأمين معاشه على ما تقدم.

[١] ذكر السيد الخوئي رحمه الله (١) أن ما دل على جواز تقبيل الأراضي الخراجية من السلطان لا يكون دليلاً على جواز أخذ الخراج أو الزكاة منه مجاناً أو معامله، فإن الأراضي الخراجية الموجودة في أيدي الشيعة يدور أمرها بين أن تترك بحالها بلا انتفاع منها، حتى يكثر الغلاء والفقر والجوع فيهم، أو أن يعطى الشيعة خراجين؛ خراجاً للسلطان وخراجاً للمستحق، وهذا إجحاف. أو يكتفى بالخراج الواحد للسلطان بإجازة معاملته، وهذا الأخير هو المتعين.

ص: ٢٣٩

فمنها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جملة حديث قال: «لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان. وعن مزارعه أهل الخراج بالنصف والربع والثلث؟ قال: نعم، لا- بأس به، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خبيراً أعطاه اليهود حيث فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف».

ومنها: الصحيح عن اسماعيل بن الفضل [١] عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطيور وهو لا يدري، لعل هذا لا يكون أبداً، أيشتره، وفي أي زمان يشتره ويتقبل؟ قال: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به».

ونحوها الموثق المروي في الكافي والتهديب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي بأدنى تفاوت. ورواه الفيض بن المختار، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، ما تقول في الأرض أتقبلها من السلطان ثم أوجرها من أكرتي الشرح:

وفيه: أنه يمكن أمر رابع، وهو تحليل تلك الأراضي، بمعنى إسقاط خراجها عن الشيعة، لئلا يكون إجحاف بهم، وإذا فرض إجازة معاملة السلطان على تلك الأراضي فيتعدى إلى معاملته على خراجها، باعتبار عدم احتمال الفرق.

مع أن الأراضي قد عطف عليها أهلها، كما في صحيحه الحلبي، حيث قال عليه السلام فيها: «لا بأس أن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان» (١)، وتقبل أهل أراضي الخراج، هي المعاملة على جزية رؤوسهم أو ما يكون عليه من الخراج.

[١] ودلالاتها على جواز شراء جزية الرؤوس والخراج من السلطان واضحه، ولا- يضرّ بها اشتغالها على خراج الطير والسمك ونحوهما مما لاخراج عليه، بل لعل المراد به أجره الأرض التي قد تزيد، بلحاظ كون الأرض صالحه لصيد الطير

ص: ٢٤٠

على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء لى من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان؟ قال: لا بأس، كذلك أعامل أكرتني». إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في باب قبالة الأرض واستئجار أرض الخراج من السلطان ثم إجارتها للزراع بأزيد من ذلك.

وقد يستدل بروايات أخر لا تخلو عن قصور في الدلالة [١]:

منها: الصيحيح عن جميل بن صالح قال: «أرادوا بيع تمر عين أبي زياد وأردت أن اشتريه، فقلت: لا حتى أستأمر أبا عبد الله عليه السلام، فسألت معاذاً أن يستأمره، فسأله فقال: قل له: يشتريه، فإنه إن لم يشتريه اشتراه غيره».

ودلالته مبنيه على كون عين زياد من الأملاك الخراجيه؛ ولعله من الأملاك المغصوبه من الإمام أو غيره الموقوف اشتراء حاصلها على إذن الإمام عليه السلام ويظهر من بعض الأخبار أن عين زياد كان ملكاً لأبي عبد الله عليه السلام.

ومنها: صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «قال لى أبو الحسن عليه السلام: ما لك لا تدخل مع على فى شراء الطعام، إني أظنك ضيقاً؟ قلت: نعم، و إن شئت وسعت على. قال اشتريه».

وبالجملة، ففي الأخبار المتقدمه غنى عن ذلك.

الشرح:

والسمك وغيرهما.

[١] حيث إنه لم يعلم أن المراد ب«تمر عين ابن أبي زياد» (١) فى روايه جميل بن صالح التمر المأخوذ من تلك العين بعنوان الخراج أو الزكاه، مع أن الروايه فى سندها ضعف، حيث إن الراوى عن الإمام عليه السلام وهو (مصادف) ضعيف، فتدبر. ولم يعلم أن المراد بالطعام فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الطعام المأخوذ بعنوان الخراج أو الزكاه، ولعله من عائد الوقف المجهول أربابه أو نحوه كما لا يخفى.

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٢٠ ٢٢١، الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول. وانظر كتاب المكاسب ٢ : ٢١٠، الهامش ٢.

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أنّ ظاهر عبارات الأكثر [١]، بل الكل: أنّ الحكم مختصّ بما يأخذه الشرح:

[١] هل يختصّ جواز أخذ الخراج من السلطان الجائر بما يكون في يده أو يد عمّاله، بأن تجرى المعامله عليه بعد وقوع الخراج بيدهما، أو أنّ الجواز يعمّ المعامله، وهو على عهده مستعمل الأرض؟

ذكر المصنّف رحمه الله أنّ ظاهر أخبار قبالة الأرض وجزية الرؤوس هو الثاني، ولكن لا يخفى أنّ ما دلّ على جواز تقبّل الأرض من السلطان لا يرتبط بجواز تملك ما على ذمّه مستعمل الأرض بالشراء أو الحواله، بمعنى جواز شراء ما عليهم من السلطان أو حواله السلطان متقبّل الأرض إلى مستعمليها، بأن يستوفى من هؤلاء المستعملين ما أعطاه للسلطان قرضاً، بل يكون مدلولها جواز تملك منفعة الأرض بعنوان الإجاره أو غيرها. وإذا كانت منفعتها للمتقبّل يكون ما يأخذه من مستعمل الأرض عوضاً لتلك المنفعة المملوكه له، نظير الأرض التي يستأجر من مالكها الخاصّ، ثم يؤجرها لثالث.

والحاصل: أنّ جواز ما على ذمّه مستعمل الأرض من الخراج لمتقبّل الأرض بذلك لا يكون ملازماً لجواز معامله السلطان على الخراج قبل أخذه.

نعم ما ورد في جواز تقبّل جزية الرؤوس وتقبّل خراج الأرض كاف في الدلاله على العموم.

لا- يقال: يعارضه ما في صحيحه أبي عبيده المتقدمه، فإنّ فيها ما ظاهره اعتبار القبض والعزل، قال: «فما ترى في مصدّق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعناها: فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس، قيل له: فما ترى في الحنطه والشعير يجيئنا القاسم فيقسّم لنا حظنا ويأخذ حظّه بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل، وانتم حضور

السَّيِّدَانِ، فقبل أخذه للخراج لا- يجوز المعامله عليه بشراء ما في ذمه مستعمل الأرض أو الحواله عليه ونحو ذلك، وبه صرَّح السَّيِّد العميد فيما حكى عن شرحه على النَّافع حيث قال: إنَّما يحلُّ ذلك بعد قبض السَّيِّدَانِ أو نائبه، ولذا قال المصنَّف: يأخذه انتهى.

لكن صريح جماعه: عدم الفرق بل صرَّح المحقِّق الثَّاني بالإجماع على عدم الفرق بين القبض وعدمه، وفي الزَّيَّاد صرَّح بعدم الخلاف.

الشرح:

ذلك، فلا بأس بشرائه منه من غير كيل»(١).

والفرق بين الزكاه والخراج بأنَّ الزكاه مجعول إلهي ولا تتعين في شيء إلا بالأخذ والعزل، بخلاف الخراج، فإنَّه يكون على الذمَّه ويتعين بالجعل والقرار مع السلطان أو ولاته، فيمكن أن يعتبر الأخذ في المعامله على الزكاه، ولا يعتبر في المعامله على الخراج. لا- يخفى ما فيه، فإنَّ الزكاه تثبت في النصاب بنحو الإشاعه في المائيه أو بنحو الكلِّي في المعين، ويجوز لوليِّ الزكاه بيعها قبل أخذها أو عزلها من مالك النصاب أو غيره، ولو كانت معاملة الجائر عليها كمعامله السلطان العادل نافذه، فلا يحتاج إلى القبض أو العزل، واعتبار الأخذ والقبض في إمضاء معاملة الجائر عليها وعدم اعتباره في معاملته على الخراج بعيده غايته.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله (٢) في الجواب عن المعارضه: أنَّ المفروض في الصحيحه كون البائع عاملاً للسلطان، والعامل بمنزله الوكيل، ولم تحرز وكالته إلا في جمع الزكاه لا في بيعها أيضاً، ومع عدم الإحراز لا يحكم بصحَّه بيعه؛ لعدم جريان أصله الصحَّه في موارد عدم إحراز سلطنه الشخص على المعامله. وإذا وصل المال

ص: ٢٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢١٩ ٢٢٠ ، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢- (٢) محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ٦٧٨.

وهذا هو الظاهر من الأخبار المتقدمه الوارده فى قبالة الأرض وجزيه الرؤوس، حيث دلت على أنه يحل ما فى ذمه مستعمل الأرض من الخراج لمن تقبل الأرض من السلطان. والظاهر من الأصحاب فى باب المساقاه [١] حيث يذكرون أن خراج السلطان على مالك الأشجار إلا أن يشترط خلافه: إجراء ما الشرح:

إلى يده فبقاعده اليد يحكم بسلطانه على البيع أيضاً، بناءً على ما هو الصحيح من عدم اختصاص القاعده بمورد احتمال ملك العين، بل يعم احتمال ملك التصرف أيضاً.

والحاصل: أن التفصيل فى الروايه بين أخذ الزكاه أو عزلها وبين عدمهما على القاعده.

أقول: هذا أيضاً غير تام؛ لأن السلطان الجائر ليس له ولايه المعامله على الزكاه أو الخراج، حتى يعتبر فى نفوذ معاملة عماله إحرار وكالتهم عنه بقاعده اليد أو غيرها، ولا يختص إمضاء المعامله تسهياً للأمر على الآخرين بمعامله السلطان؛ ليلزم إحرار انتساب معاملة عماله إليه، بل الموضوع للجواز فى الروايات معاملة السلطان وعماله، أحرزت وكالتهم عنه فى معاملتهم أم لا.

وإن شئت قلت: صحيحه الحذاء تشمل فى اعتبار القبض، صوره العلم من الخارج بأن العامل مفوض إليه أمر الزكاه فى بيعها ونقل عينها، ولا يبعد أن يقال: فرض الأخذ فى الصحيحه باعتبار تعيين مقدار الزكاه ورفع الغرر عن بيعها، وكذا فى دلالتها على أخذ الحنطه بالكيل، وحضور المشتري عنده. ولو لم تكن الروايه ظاهره فى ذلك فتحمل عليه جمعاً، باعتبار عدم احتمال الفرق بين المعامله على الخراج والمعامله على الزكاه كما مر.

[١] إذا كان خراج الأرض على الساقى دون مالك الأشجار، كان دفع مالها

يأخذه الجائر منزله ما يأخذه العادل في براءه ذمّه مستعمل الأرض الذى استقرّ عليه أجرتها بأداء غيره، بل ذكروا فى المزارعه أيضاً: أنّ خراج الأرض كما فى كلام الأكثر أو الأرض الخراجيّة كما فى الغنيه والسّرائر على مالكها، وإن كان يشكّل توجيهه من جهه عدم المالك للأراضى الخراجيّة.

وكيف كان، فالأقوى أنّ المعامله على الخراج جائزه ولو قبل قبضها.

وأما تعبير الأكثر بما يأخذه، فالمراد به إمّا الأعمّ ممّا يبنى على أخذه ولو لم يأخذه فعلاً، وإمّا المأخوذ فعلاً [١]، لكن الوجه فى تخصيص العلماء العنوان به جعله كالمستثنى من جوائز السلطان التى حكموا بوجوب ردّها على مالكها إذا علمت حراماً بعينها، فافهم.

الشرح:

الخراج إلى الجائر وسقوطه بذلك عن الساقى من قبيل المعامله مع السلطان على الخراج قبل وصوله إلى يده، ولكنّ الأظهر كون الخراج على مالك الأشجار ابتداءً، فإنّه يستعمل الأرض ويستوفى منفعتها بأشجاره، فدفعه الخراج إلى السلطان دفع لما عليه، لا عوض عمّا على الغير، حتّى يقال: هذا الدفع شاهد لجواز المعامله مع السلطان على ما بعهده الغير من الخراج قبل أخذه. ومن هذا القبيل المزارعه، وأنّه يكون الخراج، يعنى أجره الأرض على من تملك منفعتها بتقبلها من السلطان.

قوله رحمه الله: «وظاهر الأصحاب» مبتدأ وخبره إجراء ما يأخذه الجائر، أى أنّ ظاهر الأصحاب تنزيل ما يأخذه الجائر من مالك الأشجار منزله ما يأخذه السلطان العادل فى كونه عوضاً عمّا على مستعمل الأرض، أى الساقى. وهذا فى معنى جواز معامله السلطان على ما بذمّه مستعمل الأرض قبل أخذه.

[١] أى أنّ الوجه فى ذكر العلماء المأخوذ فعلاً باعتبار أنّ هذه المسأله فى كلماتهم ذكرت بعنوان الاستثناء عن مسأله حرمه الجائزه، مع العلم بأربابها، وبما أنّ

ويؤيد الثاني: سياق كلام بعضهم حيث يذكرون هذه المسأله عقيب مسأله الجوائز، خصوصاً عباره القواعد حيث صرح بتعميم الحكم بقوله: وإن عرف أربابه.

ويؤيد الأول: أن المحكى عن الشهيد قدس سره فى حواشيه على القواعد أنه علق على قول العلامة: «إن الذى يأخذه الجائر... إلى آخر قوله»: وإن لم يقبضها الجائر، انتهى.

الثانى: هل يختص حكم الخراج [١] من حيث الخروج عن قاعده كونه مالاً

الشرح:

الجائزه لا تتحقق إلا بالقبض فرضوا الأخذ فى هذه المسأله أيضاً.

[١] ذكر رحمه الله فى هذا الأمر أنه ليس للجائر ولا يه أخذ الخراج أو المقاسمه أو الزكاه، بحيث يجب على من عليه الحقوق دفعها إليه تعييناً أو تخيراً بينه وبين الدفع إلى الحاكم الشرعى، بل الثابت من الروايات أن أخذ الجائر تلك الحقوق ممن عليه يوجب فراغ ذمته منها، وأن المعامله عليها مع الجائر محكوم به بالصحه، ولا يستفاد منها أزيد من ذلك.

نعم، يظهر من جماعه منهم بعض الأساطين (كاشف الغطاء) خلاف ذلك، حيث قال: «ويقوى حرمه سرقة الحصه وخيانتها والامتناع عن تسليمها، أو تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر، وإن حرمت عليه، ودخل تسليمها فى الإعانه على الإثم بالبدايه أو الغايه لنص الأصحاب على ذلك» (١).

ولعل مراده بقوله: «ودخل تسليمها... إلخ» أن الأصل حرمه تسليم الحصه إلى الجائر، فإن تسليمها إليه إن كان دخيلاً فى تسلطه على رقاب المسلمين، فالدفع إليه

ص: ٢٤٦

مغصوباً محرماً بمن ينتقل إليه، فلا استحقاق للجائر في أخذه أصلاً، فلم يعض الشارع من هذه المعامله إلا حلّ ذلك للمنتقل إليه، أو يكون الشارع قد أمضى سلطنه الجائر عليه، فيكون منعه عنه أو عن بدله المعوّض عنه في العقد معه حراماً، صريح الشّهادين والمحكى عن جماعه ذلك.

قال المحقّق الكركي في رسالته: ما زلنا نسمع من كثير ممّن عاصرناهم لا سيّما شيخنا الأعظم الشّيخ علي بن هلال قدس سره ، أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته ولا جحوده ولا منعه ولا شيء منه، لأنّ ذلك حق واجب عليه، انتهى.

وفي المسالك في باب الأرضين : وذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحد جحدها ولا منعها، ولا التصرّف فيها بغير إذنه، بل ادّعى بعضهم الاتفاق عليه، انتهى. وفي آخر كلامه أيضاً: إنّ ظاهر الأصحاب أنّ الخراج والمقاسمه لازم للجائر حيث يطلبه أو يتوقّف على إذنه، انتهى.

وعلى هذا عوّل بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث قال: ويقوى حرمه سرقة الحصّه وخيانتها، والامتناع عن تسليمها وعن تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر وإن حرمت عليه، ودخل تسليمها في الإعانه على الإثم في البدايه أو الغايه، لنصّ الأصحاب على ذلك ودعوى الإجماع عليه، انتهى.

أقول: إن أريد منع الحصّه مطلقاً فيتصرّف في الأرض من دون أجره، فله وجه، لأنّها ملك المسلمين، فلا بدّ لها من أجره تصرّف في مصالحهم، وإن الشّرح:

إعانه على الإثم بحسب الحدود، وإن لم يكن دخيلاً فيه، كما إذا كان تسلّطه عليهم من قبل بفعل الآخرين، يكون الدفع إليه إعانه على الإثم بحسب الغايه؛ لأن الجائر يصرفها في غير مواردّها. وقوله: «لنصّ الأصحاب» تعليل للحكم في قوله: «ويقوى حرمه سرقة الحصّه».

أريد منعها من خصوص الجائر، فلا دليل على حرمة، لأن اشتغال ذمّه مستعمل الأرض بالأجره لا يوجب دفعها إلى الجائر، بل يمكن القول بأنه لا يجوز مع التمكّن، لأنه غير مستحقّ فيسلم إلى العادل أو نائبه الخاصّ أو العام، ومع التعذّر يتولّى صرفه في المصالح حسبه.

مع أنّ في بعض الأخبار ظهوراً في جواز الامتناع [١]، مثل صحيحه زراره: «اشترى ضريس بن عبد الملك وأخوه أزرأ من هبيرة بثلاثمائة ألف درهم. قال: فقلت له: ويلك أو ويحك انظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه واحتبس الباقي، قال فأبى عليّ وأدى المال وقدم هؤلاء فذهب أمر بني أميّه. قال: فقلت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام، فقال مبادراً للجواب: هو له، هو له، فقلت له: إنّه أداها، فعضّ على إصبعة».

الشرح:

[١] الرواية (١) بحسب السند معتبره، ودلالاتها باعتبار أنّ الثمن بعد فرض صحة المعامله المفروضه فيها يكون معنواً بعنوان المقاسمه، وتجويز الإمام عليه السلام الامتناع عن تسليمها إلى الجائر يكون قرينه على عدم ولايته على الخراج، فلا يكون حاله كحال السلطان العادل. ولكن لم يعلم أنّ الأرز المزبور كان من المقاسمه، فإنّها في واقعه خارجيه لم تعلم خصوصياتها، فلعله كان من مال الناصب، كما ذكره في «الحدائق» (٢)، ولم يظهر من أصحابنا التسالم على عدم إجراء حكم مال الكافر على أموال الناصب، بل الناصب على ظاهرهم محكوم بالكفر فلا حرمة لنفسه ولا لماله، وإخراج الخمس من المال المأخوذ منه يكون بالإضافة إلى الزائد على مؤنه السنه، كما مرّ سابقاً.

ص: ٢٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١١٨ ، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ : ٢٧٠ .

فإنَّ أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمه، وأمَّا حملة على كونه مال النَّاصب أعنى «هبيره» أو بعض بنى أميّه، فيكون دليلاً على حلِّ مال النَّاصب بعد إخراج خمسه كما استظهره فى الحدائق، فقد ضَعَف فى محلّه بمنع هذا الحكم، ومخالفته لاتِّفاق أصحابنا كما تحقَّق فى باب الخمس و إن ورد به غير واحد من الأخبار.

وأمَّا الأمر بإخراج الخمس فى هذه الزوايه، فلعلّه من جهه اختلاط مال المقاسمه بغيره من وجوه الحرام فيجب تخميسه، أو من جهه احتمال اختلاطه بالحرام فيستحب تخميسه كما تقدّم فى جوائز الظلمه.

وما روى من أنّ على بن يقطين قال له الإمام عليه السلام: «إن كنت ولا بدّ فاعلاً، فاتق أموال الشيعة. وأنّه كان يجيبها من الشيعة علائنيه ويردّها عليهم سرّاً». قال المحقّق الكركى فى قاطعه اللجاج: إنّه يمكن أن يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرّمه، ويمكن أن يراد به وجوه الخراج والمقاسمات والزكوات، لأنّها وإن كانت حقّاً عليهم، لكنّها ليست حقّاً للجائر، فلا يجوز جمعها لأجله إلاّ عند الضروره، وما زلنا نسمع من كثير ممّن عاصرناهم لا سيّما شيخنا الأعظم . . . إلى آخر ما تقدّم نقله عن مشايخه.

أقول: ما ذكره من الحمل على وجوه الظلم المحرّمه مخالف لظاهر العام [١] الشرح:

[١] ولعلّ مراده بالعام مدلول لفظ الشيعة، والمال المضاف إليهم هو المأخوذ من كلّ واحد منهم، وهذا المال هو الخراج والمقاسمه، فإنّ ما يؤخذ من جميع الشيعة فقيرهم وغيّتهم وكبيرهم وصغيرهم هى أجره الأرض التى كانوا يسكنون بها من الأراضى الخراجيه، بخلاف المجعول عليهم ظلماً، فإنّه لا يعمّ جميع الشيعة حتّى الزكوات، فإنّها لا تؤخذ إلاّ ممّن له نصاب المال الزكوى.

الشرح:

وعلى ذلك فمقتضى العام حمل الأموال الواردة في الرواية على الخراج والمقاسمه، وهذا الحمل هو الاحتمال الثاني في كلام المحقق الكركي رحمه الله .

نعم، الزكوات وإن أدرجها المحقق المزبور في الاحتمال الثاني (١)، إلا أنها داخله في الاحتمال الأول، فإنها مأخوذة من بعض الشيعة ظلماً، وذلك فإنه لو قيل بإجزاء المدفوع إلى الجائر عن الزكاه الواجبه كان الظلم على مستحقيها من فقراء أهل الولاية، حيث إن الجائر لا يخصصهم بالزكاه، وإن لم نقل بإجزائه عنها كانت الظلامه على مالك النصاب؛ لأنه يجب عليه دفعها ثانياً.

وهذا الظلم أظهر من الأول؛ لاحتمال أن يقال في فرض الإجزاء بأن الزكاه لا تكون ملكاً للفقراء من أهل الولاية، حتى تكون الظلامه عليهم، بل هم أحد الموارد الثمانية التي يصرف عليها الزكاه؛ ولذا ذكر رحمه الله خصوصاً بناءً على عدم الاجتزاء بها عن الزكاه.

وكيف كان، فليست الزكاه مالاً مأخوذاً من جميع الشيعة، بل أخذها ظلامه من الجائر على بعضهم.

أقول: ينبغي أن يقال بالاجتزاء بالإضافة إلى الزكاه أيضاً، كما يظهر ذلك مما دلّ على تجويز شراء الصدقه من السلطان وعمّاله، وفي صحيحه عيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام في الزكاه، قال: «ما أخذ منكم بنو أمية فاحتسبوا به، ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم، فإنّ المال لا يبقى على هذا أن تزكّيه مرتين» (٢)، فإنّ قوله: «فإنّ المال لا يبقى» تعليل للإجزاء وجواز الاحتساب، لا لعدمه، كما يظهر من المصنّف رحمه الله ، وبها

ص: ٢٥٠

١- (١) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١: ٢٨٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩: ٢٥٢، الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاه، الحديث ٣.

فى قول الإمام عليه السلام «فائق أموال الشيعة»، فالاحتمال الثانى أولى لكن بالنسبة إلى ما عدا الزكوات، لأنها كسائر وجوه الظلم المحزّمه، خصوصاً بناءً على عدم الاجتزاء بها عن الزكاه الواجبه لقوله عليه السلام: «إنما هؤلاء قوم غصبوكم أموالكم. وإنما الزكاه لأهلها»، وقوله عليه السلام: «لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم، فإنّ المال لا ينبغي أن يزكى مرتين».

وفيما ذكره المحقق من الوجه الثانى [١] دلالة على أنّ مذهبه ليس وجوب الشرح:

وبمثلها يرفع اليد عن الدلالة على عدم الإجزاء، بحملها على استحباب الإعادة.

[١] أى ما ذكره المحقق (١) فى بيان المراد من أموال الشيعة الواردة فى روايه على بن يقطين (٢)، من احتمال كونه الخراج والمقاسمه والزكوات فيه دلالة على أنه رحمه الله لا يرى وجوب دفع الخراج أو المقاسمه إلى السلطان، ولا يكون له ولاية كولاية السلطان العادل.

ووجه الدلالة أنه لو كانت له هذه الولاية بحيث وجب دفع تلك الأموال إليه، لما أمكن أمر الإمام عليه السلام على بن يقطين بالاجتناب عن أخذها، ولا أخذها علانية واستردادها سرّاً.

وربّما يستظهر هذه الولاية من كلام مشايخه، ولكن لا يبعد كون مرادهم الامتناع عن أداء الخراج وجحوده رأساً حتى عن الحاكم العادل. ووجه عدم البعد تعليلهم حرمة الامتناع، بأنّ ذلك حقّ واجب عليه، فإنّه ليس مقتضى هذا التعليل وجوب الدفع إلى الجائر، ولعلّ هذا الاحتمال بعينه ما فهمه المحقق من الكلام المنقول عن مشايخه.

ص: ٢٥١

١- (١) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركى) ١: ٢٨٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٩٣، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

دفع الخراج والمقاسمه إلى خصوص الجائر وجواز منعه عنه، وإن نقل بعد عن مشايخه في كلامه المتقدم ما يظهر منه خلاف ذلك، لكن يمكن بل لا يبعد أن يكون مراد مشايخه: المنع عن سرقة الخراج أو جحوده رأساً حتى عن نائب العادل، لا منعه عن خصوص الجائر مع دفعه إلى نائب العادل أو صرفه حسبه في وجوه بيت المال، كما يشهد لذلك تعليل المنع بكونه حقاً واجباً عليه، فإن وجوبه عليه إنما يقتضى حرمة منعه رأساً، لا عن خصوص الجائر، لأنه ليس حقاً واجباً له.

ولعل ما ذكرناه هو مراد المحقق، حيث نقل هذا المذهب عن مشايخه رحمهم الله بعدما ذكره من التوجيه المتقدم بلا فصل من دون إشعار بمخالفته لذلك الوجه.

ومما يؤيد ذلك: أن المحقق المذكور بعدما ذكر أن هذا يعني حل ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمه مما وردت به النصوص وأجمع عليه الأصحاب، بل المسلمون قاطبه، قال:

فإن قلت: فهل يجوز أن يتولى من له النيابة حال الغيبة ذلك، أعني الفقيه الجامع للشرائط؟ قلنا: لا نعرف للأصحاب في ذلك تصريحاً، لكن من جوز الشرح:

ويؤيد ذلك أنه بعد ما ذكر الاحتمالين في المراد من أموال الشيعة الواردة في الرواية نقل كلام مشايخه، ولم يشر إلى أن ما ذكره من الاحتمال الثاني في الرواية مخالف لظاهر كلامهم.

ويؤيد أيضاً أن هذا المحقق تعرض بعد نقل كلامهم لتولى الفقيه أمر الخراج في زمان الغيبة، وذكر أنه ليس عنده من الأصحاب تصريح في ذلك، ووجه التأيد أنه لو كان قد علم من كلامهم عدم جواز منع الخراج عن الجائر وثبوت الولاية له، لذكر أنه لا يجوز عند مشايخه للفقيه التصدي لأمر الخراج، وأن أمره عندهم راجع إلى الجائر.

وحمل كلامه رحمه الله على صورته فقد السلطان الجائر حتى لا ينافي ذلك ثبوت

للفقهاء حال الغيبة تولّى استيفاء الحدود وغير ذلك من توابع منصب الإمامه، ينبغي له تجويز ذلك بطريق أولى، لا سيما والمستحقّون لذلك موجودون في كلّ عصر. ومن تأمّل في أحوال كبار علمائنا الماضين قدس الله أسرارهم مثل علم الهدى وعلم المحقّقين نصير المله والدين وبحر العلوم جمال الملّه والدين العلّامه رحمه الله وغيرهم نظر متأمل منصف لم يشكّ في أنّهم كانوا يسلكون هذا المسلك، وما كانوا يودعون في كتبهم إلا ما يعتقدون صحته، انتهى.

وحمل ما ذكره من تولّى الفقيه، على صورته عدم تسلّط الجائر، خلاف الظاهر.

وأما قوله: «ومن تأمّل . . . إلخ، فهو استشهاد [١] على أصل المطلب، وهو حلّ ما يؤخذ من السّيلطان من الخراج على وجه الاتّهاب، ومن الأراضى على وجه الاقتطاع، ولا دخل له بقوله: «فإن قلت» و«قلنا» أصلاً، فإنّ علماءنا المذكورين وغيرهم لم يعرف منهم الاستقلال على أراضى الخراج بغير إذن السّيلطان.

وممن يترأى منه القول بحرمه منع الخراج عن خصوص الجائر شيخنا الشّهيد رحمه الله في الدّروس، حيث قال رحمه الله: يجوز شراء ما يأخذه الجائر باسم الخراج والزّكاه والمقاسمه وإن لم يكن مستحقاً له. ثم قال: ولا يجب ردّ المقاسمه وشبهها على المالك، ولا يعتبر رضاه، ولا يمنع تظلمه من الشّراء. وكذا لو علم أنّ العامل الشّرح:

الولاية للجائر حمل على فرض بعيد.

[١] هذا رفع لما يتوهم من التنافى في كلام المحقّق، وذلك فإنّه رحمه الله أجاب عن السؤال أوّلاً، بقوله: «لا أعرف للأصحاب في ذلك تصريحاً»، ثمّ ذكر «ومن تأمّل في أحوال كبارنا»، وهذا الأخير نوع تصريح من الأصحاب.

ووجه الدفع أنّ قوله: «ومن تأمّل في أحوال كبارنا» استشهاد على أصل الحكم في المسأله، وهو جواز المعامله مع السلطان على الأراضى وخراجها، وغير مرتبط

يظلم، إلا أن يعلم الظلم بعينه.

نعم، يكره معاملة الظلمه ولا يحرم، لقول الصادق عليه السلام: «كلّ شيء فيه حلال وحرام فهو حلال حتّى تعرف الحرام بعينه». ولا فرق بين قبض الجائر إياها أو وكيله وبين عدم القبض، فلو أحاله بها وقبل الثلاثه [١] أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز التناول «ويحرم على المالك المنع» [٢]. وكما يجوز الشراء يجوز سائر المعاولات، والوقف والهبة والصدقه، ولا يحلّ تناولها بغير ذلك، انتهى.

لكن الظاهر من قوله «ويحرم على المالك المنع» أنّه عطف على قوله «جاز التناول» فيكون من أحكام الإحاله بها والتوكيل والبيع. فالمراد: منع المالك المحال والمشتري عنها، وهذا لا- إشكال فيه، لأنّ اللازم من فرض صحّه الاحاله والشراء تملك المحال والمشتري فلا يجوز منعها عن ملكهما.

وأما قوله رحمه الله: «ولا يحلّ تناولها بغير ذلك»، فلعلّ المراد به ما تقدّم في كلام مشايخ المحقق الكركي من إرادته تناولها بغير إذن أحد حتّى الفقيه النائب عن السلطان العادل.

الشرح:

بالسؤال والجواب أصلاً.

[١] المراد بالثلاثه المحال والمحيل والمحال عليه، وهذا مبنيّ على اعتبار رضا المحال عليه في صحه الحواله، وإلاّ لكفى رضا المحيل والمحال.

[٢] أي أنّه يحرم على من عليه الحقوق المزبوره الامتناع عن دفعها إلى من تملكها بالمعامله مع السلطان.

ص: ٢٥٤

وقد عرفت أنّ هذا مسلّم فتوىً ونصّاً [١]، وأنّ الخراج لا يسقط من مستعملي أراضي المسلمين.

ثمّ إنّ ما ذكره من جواز الوقف لا يناسب [٢] ذكره في جملة التصرفات فيما الشرح:

[١] أقول: لم يعلم التسالم على ما ذكر، ومقتضى بعض الروايات المعتبرة تجويز للتصرف في الأراضي الخراجية للشيعة مجاناً، وفي صحيحه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: «يا أبا سيار، الأرض كلّها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا إلى أن قال وكلّ ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم، ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام...» (١). فإنّ هذه لو لم تكن ظاهره في خصوص أرض الخراج، بقريته فرض الخراج المعبر عنه بالطسق، فلا- ينبغي الريب في شمولها لها، حتّى لو فرض وقوع المعارضه بينها وبين ما دلّ على ثبوت الخراج على مستعمل أرض الخراج بالعموم من وجه، لكان المرجع بعد تساقطهما في مورد اجتماعها وهو استعمال الشيعة أرض الخراج أصالة عدم اشتغال الذمه بالبدل. وقد نقل ذلك القول في «المستند»، واختاره، فراجع.

ثمّ إنّ الظاهر من قوله عليه السلام: «الأرض كلّها وما أخرج الله منها لنا» هو ثبوت الولاية لهم لا الملك، بقريته مالكيه غيرهم بعض الأرض وما يخرج منها كما لا يخفى.

[٢] لا يخفى أنّه يجوز وقف بعض المأخوذ من الجائر، كإبل الصدقه، وليس في كلام الشهيد رحمه الله عموم بالإضافه إلى وقف الأرض التي يتقبلها من السلطان، حتّى

ص: ٢٥٥

١- (١) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

يأخذه الجائر. وإن أراد وقف الأرض المأخوذة منه إذا نقلها السلطان إليه لبعض مصالح المسلمين، فلا يخلو عن إشكال.

وأما ما تقدّم من المسالك من نقل الاتفاق على عدم جواز المنع عن الجائر والوجود، فالظاهر منه أيضاً ما ذكرناه من جحود الخراج ومنعه رأساً، لا عن خصوص الجائر مع تسليمه إلى الفقيه الثائب عن العادل، فإنه رحمه الله بعد ما نقلنا عنه من حكاية الاتفاق، قال بلا فصل: وهل يتوقّف التصرف في هذا القسم على إذن الحاكم الشرعي إذا كان متمكناً من صرفها على وجهها، بناءً على كونه نائباً عن المستحقّ ومفوضاً إليه ما هو أعظم من ذلك؟ الظاهر ذلك، وحينئذٍ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين، ومع عدم التمكن أمرها إلى الجائر.

وأما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل واحد من المسلمين، فبعيد جداً، بل لم أقف على قائل به، لأنّ المسلمين بين قائل بألويته الجائر وتوقّف التصرف على إذنه، وبين مفوض الأمر إلى الإمام عليه السلام، ومع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه، فالتصرف بدونهما لا دليل عليه، انتهى.

وليس مراده رحمه الله من «التوقف» التوقف على إذن الحاكم بعد الأخذ من الجائر، ولا خصوص صورته عدم استيلاء الجائر على الأرض، كما لا يخفى.

وكيف كان، فقد تحقّق ممّا ذكرناه: أنّ غايه ما دلّت عليه النصوص والفتاوى كفايه إذن الجائر في حلّ الخراج، وكون تصرفه بالإعطاء والمعاوضه والإسقاط وغير ذلك نافداً.

الشرح:

يستشكل بأنّه لا يصحّ وقفها باعتبار أنّها لا تدخل في ملك الآخذ، بل لا يصحّ هذا الوقف من الجائر أيضاً، فإنه لم يظهر من الأخبار المتقدّمة إمضاء الشارع تصرفه في الأرض بوقفها أو تملكه قطعه منها لشخص معيّن، فلاحظ.

أمّا انحصاره بذلك، فلم يدلّ عليه دليل ولا- أماره، بل لو نوقش في كفايه تصرّفه في الحليه وعدم توقّفها على إذن الحاكم الشرعي مع التمكن بناءً على أنّ الأخبار الظاهره في الكفايه منصرفه إلى الغالب من عدم تيسر استئذان الإمام عليه السلام أو نائبه أمكن ذلك، إلا أنّ المناقشه في غير محلّها، لأنّ المستفاد من الأخبار الإذن العام من الأئمه عليهم السلام، بحيث لا يحتاج بعد ذلك إلى إذن خاصّ في الموارد الخاصه منهم عليهم السلام، ولا من نوابهم.

هذا كلّه مع استيلاء الجائر على تلك الأرض والتمكّن من استئذانه، وأمّا مع عدم استيلائه [١] على أرض خراجيه، لقصور يده عنها، لعدم انقياد أهلها له ابتداءً، أو طغيانهم عليه بعد السّلبطنه عليهم، فالأقوى خصوصاً مع عدم الاستيلاء ابتداءً عدم جواز استئذانه وعدم مضيّ إذنه فيها، كما صرّح به بعض الأساطين، حيث قال بعد بيان أنّ الحكم مع حضور الإمام عليه السلام مراجعته، أو مراجعته الجائر مع التمكن: وأمّا مع فقد سلطان الجور، أو ضعفه عن التسلّط، أو عدم التمكن من مراجعته، فالواجب الرّجوع إلى الحاكم الشرعي، إذ ولايه الجائر إنّما ثبتت على من دخل في قسم رعيته حتّى يكون في سلطانه، ويكون مشمولاً لحفظه من الشرح:

[١] قد ورد النهي في صحيحه عيص بن القاسم المتقدّمه عن إعطاء الزكاه للجائر، وظاهره عدم الاجتزاء به عن الزكاه الواجبه فيما إذا كان الإعطاء اختيارياً؛ لقصور يد الجائر أو غيره، وبما أنّه لا يحتمل الفرق بينها وبين الخراج، فلا يجوز إعطاء الخراج له أيضاً اختيارياً، بل يدخل الخراج بناءً على عدم سقوطه عن الشيعيّ في الأموال التي يتصرّف فيها حسبه. والقدر المتيقّن من الجواز تصرّف الحاكم مباشره، أو الصرف في موارد بالاستيذان منه، فتدبّر.

الأعداء وحمائته، فمن بُعِدَ عن سلطانهم، أو كان على الحدِّ فيما بينهم، أو تقوى عليهم فخرج عن مأموريتهم، فلا يجرى عليه حكمهم، اقتصاراً على المقطوع به من الأخبار وكلام الأصحاب في قطع الحكم بالأصول والقواعد، وتخصيص ما دلَّ على المنع عن الركون إليهم والانقياد لهم.

الثالث: أنَّ ظاهر الأخبار وإطلاق الأصحاب: حلَّ الخراج والمقاسمه المأخوذين من الأراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجيه و إن كانت عندنا من الأنفال، وهو الذى يقتضيه نفي الحرج [١].

نعم، مقتضى بعض أدلتهم وبعض كلماتهم هو الاختصاص، فإنَّ العلامة قدس سره قد استدللَّ فى كتبه على حلِّ الخراج والمقاسمه بأنَّ هذا مال لا يملكه الزارع ولا صاحب الأرض بل هو حقُّ لله أخذه غير مستحقَّه فبرأت ذمته و جاز شراؤه.

وهذا الدليل وإن كان فيه ما لا يخفى [٢] من الخلل إلاَّ أنَّه كاشف عن اختصاص محلِّ الكلام بما كان من الأراضى التى لها حقُّ على الزارع، وليس الشرح:

[١] قد تقدّم سابقاً أنَّ دليل نفي الحرج لا يصحَّح المعامله، ولذا لو لم تكن فى البين الأخبار الظاهره فى إمضاء معاملات الجائر على الأراضى وخراجها، لم يمكن تصحيحها بدليل نفيه، كما لا يمكن تصحيح معاملات سائر الغاصبين به.

[٢] أولاً: بأنَّ الخراج أُجره الأرض، فثبت على الذمه، وما يحصل بالزرع ملك فى المزارعه لملك الأرض والزارع معاً، وفى مورد الإجاره ملك للزارع.

وثانياً: أنَّ الخراج حقٌّ للمسلمين، فإنَّه بدل منفعه الأرض التى يملكونها.

وثالثاً: أنَّ دفع حقِّ الله إلى غير مستحقَّه لا يوجب فراغ الذمه، فىكون الدفع إلى الجائر كدفع الزكاه إلى غير مستحقَّها. والكلام المزبور من العلامة وإن كان فيه الخلل إلاَّ أنَّ ظاهره اختصاص الحكم بصحة المعامله بالأراضى الخراجيه عندنا،

الأنفال كذلك، لكونها مباحه للشيعة. نعم، لو قلنا بأن غيرهم يجب عليه أجره الأرض كما لا يبعد أمكن تحليل ما يأخذه منهم الجائر بالدليل المذكور لو تم.

ومما يظهر منه الاختصاص: ما تقدم من الشهيد ومشايخ المحقق الثاني من حرمة جحود الخراج والمقاسمه، معللين ذلك بأن ذلك حق عليه، فإن الأنفال لا حق ولا أجره في التصرف فيها. وكذا ما تقدم من التنقيح حيث ذكر بعد دعوى الإجماع على الحكم: أن تصرف الجائر في الخراج والمقاسمه من قبيل تصرف الفضولي إذا أجاز المالك.

والإنصاف: أن كلمات الأصحاب بعد التأمل في أطرافها ظاهره في الاختصاص بأراضي المسلمين، خلافاً لما استظهره المحقق الكركي قدس سره من كلمات الأصحاب وإطلاق الأخبار، مع أن الأخبار أكثرها لا عموم فيها ولا إطلاق.

نعم، بعض الأخبار [١] الواردة في المعامله على الأراضي الخراجيه التي جمعها صاحب الكفايه شامله لمطلق الأرض المضروب عليها الخراج من السلطان.

الشرح:

وأما الأنفال فالثمره والزرع فيها للزارع ومالك الأشجار، وتملك الأرض بالإحياء على ما يأتي.

[١] فإنه لا يبعد شمول مثل قوله عليه السلام: «لا بأس بأن يتقبل الأرض وأهلها من السلطان . . .» (١) للأراضي التي تكون من الأنفال والمجهول مالها مما يتصرف فيها السلطان، بخلاف الأراضي المملوكه للأشخاص، كما في الأراضي التي أسلم أهلها طوعاً، فإنها ملك لأربابها الذين أسلموا طوعاً حتى عند المخالفين.

والحاصل: أن تصرفه فيها كتصرفه في ملك شخصي لمسلم في كونه جوراً وعدواناً خارج عن موضوع الأخبار الواردة في قبالة الأرض والمعامله على خراجها.

ص: ٢٥٩

نعم، لو فرض أنه ضرب الخراج على ملك غير الإمام، أو على ملك الإمام لا بالإمامه، أو على الأراضى التى أسلم أهلها عليها طوعاً، لم يدخل فى منصرف الأخبار قطعاً، ولو أخذ الخراج من الأرض المجهوله المالك معتقداً لاستحقاقه إياها، ففيه وجهان.

الزَّايِع: ظاهر الأخبار ومنصرف كلمات الأصحاب: الاختصاص بالسُّلطان المدَّعى للرئاسه العامه وعمَّاله، فلا يشمل من تسلَّط على قريه أو بلده خروجاً على سلطان الوقت فيأخذ منهم حقوق المسلمين.

نعم، ظاهر الدليل المتقدِّم عن العلامه شموله له، لكنَّك عرفت أنه قاصر عن إفاده المدَّعى، كما أنَّ ظاهره عدم الفرق بين السُّلطان المخالف المعتقد لاستحقاق أخذ الخراج، والمؤمن والكافر وإن اعترفا بعدم الاستحقاق، إلاَّ أنَّ ظاهر الأخبار الاختصاص بالمخالف.

والمسأله مشكله: من اختصاص موارد الأخبار بالمخالف المعتقد لاستحقاق أخذه، ولا عموم فيها لغير المورد، فيقتصر فى مخالفه القاعده عليه. ومن لزوم الحرج، ودعوى الاطلاق فى بعض الأخبار المتقدِّمه، مثل قوله عليه السلام فى صحيحه الحلبي: «لا بأس بأن يتقبَّل الرِّجل الأرض وأهلها من السُّلطان»، وقوله عليه السلام فى صحيحه محمد بن مسلم: «كلَّ أرض دفعها إليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذى قاطعك عليه». وغير ذلك.

ويمكن أن يردَّ لزوم الحرج بلزومه على كلِّ تقدير، لأنَّ المفروض أنَّ السُّلطان المؤمن خصوصاً فى هذه الأزمنه يأخذ الخراج عن كلِّ أرض ولو لم تكن خراجيه، وأنَّهم يأخذون كثيراً من وجوه الظلم المحرَّمه منضمَّماً إلى الخراج، وليس الخراج عندهم ممتازاً عن سائر ما يأخذونه ظلماً من العشور وسائر ما يظلمون به النَّاس، كما لا يخفى على من لاحظ سيره عمَّالهم، فلا بدَّ إمَّا

من الحكم بحلّ ذلك كلّه، لدفع الحرج، وإما من الحكم بكون ما فى يد السلطان وعمّاله، من الأموال المجهوله المالك.

وأما الإطلاقات، فهى مضافاً إلى إمكان دعوى انصرافها إلى الغالب كما فى المسالك مسوقه لبيان حكم آخر [١] كجواز إدخال أهل الأرض الخراجيه فى تقبّل الأرض فى صحيحه الحلبي لدفع توهم حرمه ذلك كما يظهر من أخبار آخر وكجواز أخذ أكثر ممّا تقبّل به الأرض من السلطان فى روايه الفيض بن المختار وكغير ذلك من أحكام قبالة الأرض واستئجارها فيما عداها من الروايات.

والحاصل: أنّ الاستدلال بهذه الأخبار على عدم البأس بأخذ أموالهم، مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشكل. وممّا يدلّ على عدم شمول كلمات الأصحاب: أنّ عنوان المسأله فى كلامهم «ما يأخذه الجائر لشبهه المقاسمه أو الزكاه» كما فى المنتهى، أو «باسم الخراج أو المقاسمه» كما فى غيره.

الشرح:

[١] أى أنّ الروايات المشار إليها ليست فى مقام بيان إمضاء الشارع معاملة السلطان على الأرض أو خراجها، حتّى يتميّك بإطلاق السلطان فيها فى الحكم بعموم الجواز، وأنّه لا فرق فى الإمضاء بين السلطان المخالف الذى يدعى لنفسه الزعامه الشرعيه على عامه المسلمين، وبين المخالف أو الموافق الذين لا يدعون تلك الزعامه والخلافه. فإنّ صحيحه الحلبي (١) ناظره بعد الفراغ عن جواز قبالة الأرض من السلطان إلى جواز إدخال تقبّل جزية الرؤوس فى تقبّل الأراضى التى يسكنها أهل الذمه، وأنّه لا بأس بهذا الإدخال، فيرفع اليد بها عن ظاهر ما دل على عدم جواز ذلك.

وأما روايه الفيض بن المختار (٢) فهى ناظره إلى بيان أنّه بعد تقبّل الأرض من

ص: ٢٦١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٥٩ ، الباب ١٨ من كتاب المزارعه والمساقاه، الحديث ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٥٢ ، الباب ١٥ من كتاب المزارعه والمساقاه، الحديث ٣ .

وما يأخذه الجائر المؤمن ليس لشبهه الخراج والمقاسمه، لأنّ المراد بشبهتهما [١]: شبهه استحقاقهما الحاصله فى مذهب العامّة، نظير شبهه تملك سائر ما يأخذون ممّا لا يستحقّون، لأنّ مذهب الشّيعه: أنّ الولاية فى الأراضى الخراجيه الشّرح:

السلطان لا بأس بإعطائها لساكنيها بأكثر مما تقبل به. وبعبارة أخرى: ليس فيها بيان جواز تقبل الأرض من السلطان، بل بيان حكم آخر بعد الفراغ عن الأول.

وأما صحيح محمد بن مسلم وأبى بصير معاً عن أبى جعفر عليه السلام، فهى ناظره إلى عدم ثبوت الزكاه على الزارع فيما يأخذه السلطان منه بعنوان الخراج، وأما أنّ أخذه بذلك العنوان أو معاملته عليه بعد أخذه ممضاه أم لا، فلا دلالة لها على ذلك أصلاً، قال عليه السلام فيها: «كلّ أرض دفعها إليك السلطان، فما حرثته فيها فعليك ممّا أخرج الله منها الذى قاطعك عليه، وليس على جميع ما أخرج الله منها العشر، إنّما عليك العشر فيما يحصل فى يدك بعد مقاسمته لك» (١).

[١] أى أنّ مرادهم بالشبهه فى قولهم: «ما يأخذه الجائر لشبهه المقاسمه والزكاه» (٢) هى شبهه استحقاق آخذهما الحاصله من رعايه مذهب العامّة، نظير شبهه استحقاقه سائر الأموال التى يأخذها من الرعيه بعنوان كونه وليّ الأمر، وهذه الشبهه لا تتصوّر فى حقّ الموافق؛ لأنّ مذهبه أنّ ما يأخذه من الرعيه باسم الخراج أو الزكاه كسائر الأموال التى تؤخذ منهم ظلماً. ولو كانت له شبهه فهى اعتقاده الشخصى: بأنّ له الأخذ من أموال الناس للتحفّظ على نظام الحكومه وأمن البلاد، ولو كان هذا الاعتقاد بسبب صحيح، كالاتجاه والتقليد، فيجوز له الأخذ والتحفّظ على ذلك النظام والأمن، وإلّا لكان باطلاً لا يصحّ لأحد ترتيب الأثر على تصرفاته.

ص: ٢٦٢

١- (١) وسائل الشّيعه ٩ : ١٨٨، الباب ٧ من أبواب زكاه الغلات، الحديث الأول.

٢- (٢) كما فى منتهى المطلب ٢ : ١٠٢٧ .

إنما هي للإمام عليه السلام ، أو نائبه الخاص ، أو العام ، فما يأخذه الجائر المعتقد لذلك إنما هو شيء يظلم به في اعتقاده، معترفاً بعدم براءة ذمّه زارع الأرض من أجرتها شرعاً، نظير ما يأخذه من الأملاك الخاصه التي لا خراج عليها أصلاً. ولو فرض حصول شبهه الاستحقاق لبعض سلاطين الشيعة من بعض الوجوه، لم يدخل بذلك في عناوين الأصحاب قطعاً، لأنّ مرادهم من الشبهه: الشبهه من حيث المذهب التي أمضاها الشارع للشيعة، لا الشبهه في نظر شخص خاص، لأنّ الشبهه الخاصه إن كانت عن سبب صحيح، كاجتهاد أو تقليد، فلا إشكال في حليته له واستحقاقه للأخذ بالنسبه إليه، وإلا كانت باطله غير نافذه في حق أحد.

والحاصل: أنّ أخذ الخراج والمقاسمه لشبهه الاستحقاق في كلام الأصحاب ليس إلا الجائر المخالف، ومما يؤيده أيضاً: عطف الزكاه عليها، مع أنّ الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولايه جبايه الصدقات.

الشرح:

أقول: لا يعتبر في السلطان أو عماله شبهه الاستحقاق بحسب المذهب، بل الروايات ظاهره في إمضاء تصرفات السلطان وعماله في الأراضي الخراجيه، وخراجها ومقاسمتها والزكوات وجزيه الرؤوس، وليس إلى إحراز أنّ الزعماء في ذلك الزمان كانوا معتقدين باستحقاقهم شرعاً لتلك التصرفات. ولعلّ كان بعضهم كما قيل في هارون والمأمون على اعتقاد بأنهم ليسوا أهلاً لها، وإنّما لم يتركوها لأهلها لأنّ حلاوه الزعامه كانت تمنعهم عن ذلك.

والحاصل: أنّ المتيقن من تلك الأخبار أنّ من كان له دعوى الزعامه الشرعيه على عامه المسلمين، فتصرفاته وتصرفات عماله في الأموال المزبوره ممضاه، سواء كانت التصرفات لشبهه الاستحقاق أم لمجرد دعوى الولايه عليها.

نعم، قد تقدّم عدم ورود الروايات لبيان هذا الإمضاء حتى يتمسك بإطلاقها بالإضافة إلى غير هذا السلطان وعماله كما لا يخفى.

ص: ٢٦٣

لا يعتبر في حل الخراج اعتقاد المأخوذ من استحقاق الآخذ له

وكيف كان، فالذى أتخيل: أنه كلما ازداد المنصف التأمل في كلماتهم يزداد له هذا المعنى وضوحاً، فما أظن به بعض في دعوى عموم النصّ وكلمات الأصحاب ممّا لا ينبغي أن يغترّ به. ولأجل ما ذكرنا وغيره فسّر صاحب إيضاح النافع [١] في ظاهر كلامه المحكى الجائر في عبارته النافع: بمن تقدّم على أمير المؤمنين عليه السلام واقتفى أثر الثلاثه، فالقول بالاختصاص كما استظهره في المسالك، وجزم به في إيضاح النافع، وجعله الأصحّ في الرّياض لا يخلو عن قوّه. فينبغي في الأراضى التى بيد الجائر الموافق، فى المعامله على عينها أو على ما يؤخذ عليها مراجعه الحاكم الشرعى.

ولو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقاً لجبايه تلك الوجوه، وإنّما أخذ ما يأخذ نظير ما يأخذه على غير الأراضى الخراجيه من الأملاك الخاصه، فهو أيضاً غير داخل فى منصرف الأخبار، ولا فى كلمات الأصحاب، فحكمه حكم السيلطان الموافق.

وأما السلطان الكافر، فلم أجد فيه نصّاً، وينبغى لمن تمسك بإطلاق النصّ والفتوى التزم دخوله فيهما، لكن الإنصاف انصرفهما إلى غيره، مضافاً إلى ما تقدّم فى السيلطان الموافق من اعتبار كون الآخذ بشبهه الاستحقاق. وقد تمسك فى ذلك بعض بنفى السبيل للكافر على المؤمن، فتأمل.

الخامس: الظاهر أنه لا يعتبر فى حلّ الخراج المأخوذ أن يكون [٢] المأخوذ الشرح:

[١] يعنى أنه فسّر الجائر فى كلام «النافع» (١) بمن تقدّم على أمير المؤمنين عليه السلام، ومن تبع أثر أولئك الثلاثه، ومن الظاهر أنّهم كانوا يدعون الولاية الشرعيّه على المسلمين.

[٢] هذا الأمر لبيان عدم الفرق فى الزارع المأخوذ منه الخراج أو نحوه بين

ص: ٢٦٤

منه مميّن يعتقد استحقاق الآخذ للأخذ، فلا- فرق حينئذ بين المؤمن والمخالف والكافر، لإطلاق بعض الأخبار المتقدّمة واختصاص بعضها الآخر بالمؤمن، كما في روايتي الحداء وإسحاق بن عمّار وبعض روايات قبالة الأراضى الخراجيه. ولم يستبعد بعض اختصاص الحكم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الآخذ، مع اعترافه بأنّ ظاهر الأصحاب التعميم، وكأنّه أدخل هذه المسأله يعنى مسأله حلّ الخراج والمقاسمه الشرح:

كونه مخالفاً يعتقد ولايه السلطان على الرعيه، أو كونه موافقاً لا- يرى للجور ولايه عليه أو على سائر المسلمين، فإنّه يجوز في الصورتين أخذ الخراج منه أو عمّاله معاوضه أو مجاناً، كما تبرأ ذمه الزارع من الحقوق الواجبه بأخذه أو أخذ عمّاله.

ويشهد لعدم الفرق إطلاق بعض الأخبار الوارده في شراء الخراج أو الزكاه من السلطان أو عامله، فإنّه لم يرد فيها اعتبار كون الزارع أو مالك النصاب مخالفاً، بأن يقال: لا بأس بشراء الخراج فيما إذا لم يؤخذ من أصحابكم، بل المفروض في صحيحه الحداء المتقدّمه كون الزكاه مأخوذه من الشيعه، حيث إنّه ممّا ورد فيها: «قيل له: فما ترى في مصدّق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان أخذها وعزلها فلا بأس»^(١). ومثلها ما ورد في جواز احتساب الزكاه بما يأخذه السلطان وعمّاله، كما في صحيحه عيص بن القاسم المتقدّمه^(٢).

وأما ما ذكره المصنّف رحمه الله من اختصاص روايه إسحاق بن عمار المتقدّمه أيضاً بالأخذ من الموافق، فلم يعلم وجهه، كذا بعض أخبار قبالة الأراض فرابع.

وأدرج البعض، المقام في قاعده الإلزام، وذكر أنّ حلّ الخراج أو غيره، بالأخذ

ص: ٢٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢١٩ ٢٢٠ ، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٢٥٢ ، الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاه، الحديث ٣ .

فى القاعده المعروفه، من: إلزام الناس بما أزموا به أنفسهم، ووجوب المضى معهم فى أحكامهم على ما يشهد به تشبيه بعضهم ما نحن فيه باستيفاء الدين من الذمى من ثمن ما باعه من الخمر والخنزير.

والأقوى: أنّ المسأله أعمّ من ذلك، وإئنا الممضى فى ما نحن فيه تصرّف الجائر فى تلك الأراضى مطلقاً.

الشرح:

من السلطان أو عمّاله مجاناً أو معاوضه مختصّ بما إذا كان المأخوذ منه مخالفاً، وأنّ مقتضى إلزام المخالف بمقتضى مذهبه من ولايه السلطان عليه هو جواز المأخوذ منه لمن تلقاه من السلطان أو عمّاله معامله أو مجاناً.

ولا يخفى أنّه على ذلك وإن اختصّ الحكم بما إذا كان المأخوذ منه مخالفاً، إلا أنّ المال المأخوذ يعمّ غير الخراج والمقاسمه والزكاه، كالمأخوذ من الرعيه بعنوان الضريبه والعشور أو غيرهما، فإنّ اعتقاد المخالف بولايتهم على رعاياهم فى هذا الأخذ أيضاً للحفاظ على النظام والأمن يكون مجوّزاً لإلزامه بمعتقده. وكذا يعمّ الحكم ما إذا لم يكن السلطان مدّعياً للخلافه والزعامه على عامّه المسلمين.

ولكن الكلام فى اعتبار القاعده المزبوره بإطلاقها، فنقول: إذا رأى المخالف على مذهبه كونه ملزماً بحكم ينتفع من ذلك الحكم الموافق، كما إذا انحصر الوارث من الطبقة الأولى بالبنت الواحده التى ترى بمقتضى مذهبها أنّ النصف الباقي من تركه أئبها للعصبه، فيجوز لأخيها المؤمن أخذ ذلك النصف وإلزامها بمذهبها.

وهذا فى الإرث منصوص، والتعدى إلى سائر الموارد التى يحتمل الفرق فى الحكم بينها وبين الإرث لا يخلو عن مناقشه، لضعف سند بعض ماورد فى ذلك الباب، ممّا يظهر منه الإطلاق. وكذا يلزم المخالف بالنكاح أو الطلاق الواقع على مذهبه، وإن كانا باطلين عندنا، وهذا أيضاً مستفاد من النصوص، بل يلزم الكفار أيضاً

السادس: لىس للخراج قدر معىن [١]، بل المناط فى ما تراضى فىه السلطان الشرح:

بالنكاح والطلاق الواقعىن على رسومهم.

وأىضاً ورد النص فى جواز أخذ ثمن الخمر أو الخنزىر من الكافر، فىما إذا باع الخمر أو الخنزىر لمثله، وىتعدى إلى سائر المعاملات الفاسده من البىع والإجاره ونحوهما.

وأما القاعده الكلىه التى يؤخذ بها فى كلّ مورد ولو مع احتمال الفرق فى الحكم الواقعى فإقامه الدلىل علىها مشكله، فتدبّر.

[١] هذا الأمر لىبان عدم التحدىد لمقدار الخراج، بل بما أنه فى الحقىقه أجره الأرض التى تملكها المسلمون فىكون كسائر الموارد تابعاً لتراضى المتعاملىن، قلّ أو كثر.

نعم، إذا استعمل الأرض قبل المعامله علىها كان على مستعملها أجره المثل، وأما تعىن الأجره قبل استعمالها فىكون بالمعامله فقط.

وذكر رحمه الله أنّ هذا منسوب إلى ظاهر الأصحاب، وىدلّ علىه قول أبى الحسن علىه السلام فى مرسله حماد بن عىسى: «والأرض التى أخذت عنوه بخیل أو ركاب فهى موقوفه متروكه فى ىدى من ىعمرها وىحییها، وىقوم علىها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث أو الثلثىن، على قدر ما ىكون لهم صلاحاً ولا ىضرّهم . . .» (١)، وأنه ىستفاد من هذه المرسله تحدىد الخراج أو المقاسمه فى ناحیه الكثره بعدم إضرارهما بالزارع، بحدى ىترك الفلاح الزراعه ولا ىختارها إلاّ إجاراً. وعلى ذلك، فلو قبل الأرض بما ىضرّه فىحتمل حرمة جمىع ما يؤخذ من مستعمل الأرض، بأن ىكون أصل المعامله باطله، وىحتمل حرمة المقدار الزائد، أى فساد المعامله بالإضافه إلى ذلك المقدار.

ص: ٢٦٧

١- (١) وسائل الشىعه ١٥ : ١١٠، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحدیث ٢.

ومستعمل الأرض، لأنّ الخراج هي أجره الأرض، فينوط برضى المؤجر والمستأجر.

نعم، لو استعمل أحد الأرض قبل تعيين الأجره تعين عليه أجره المثل، وهي مضبوطة عند أهل الخبره، وأمّا قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه، ونسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب. ويدلّ عليه قول أبي الحسن عليه السلام في مرسله حماد ابن عيسى: «والأرض التي أخذت عنوه بخيل وركاب، فهي موقوفه متروكه في يد الشرح:

ولكنّ الصحيح هو التفصيل، بأنّ مستعمل الأرض لو كان مختاراً في استعمالها بلا حرج عليه في تركها كان مقدار الخراج ما تراضيا عليه، حتّى فيما إذا كان زائداً على المتعارف وغير صلاح للزراع. وأمّا إذا كان مضطراً إلى استعمالها، بأن كان تركها حرجاً عليه، كما إذا كانت تلك الأرض مزرعته مدّه، بحيث يكون ارتحاله عنها شاقاً عليه، ففي مثل ذلك يحكم بفساد المعامله أو فساد الزائد.

أقول: الأظهر بطلان المعامله في الصورتين، فإنّ السلطان وعمّاله ليست لهم ولاية التصرف في تلك الأراضي بما يكون فيه إضرار بالمسلمين، ولم يمض من تصرفاتهم فيها ما يكون موجباً لترك الناس الأراضي التي كانوا يستعملونها والالتجاء إلى مكاسب أخرى بدلاً عن الزراعه وتوفير الغذاء للناس، وفي ذلك فساد للبلاد وفقر لأهلها. وهذا نظير ما وكله الغير في بيع ماله أو إجارته بعوض محدود في ناحيه كثرته، وكان التحديد لغرض عقلائيّ، فباعه الوكيل أو أجره بأزيد من ذلك العوض، فإنّه يكون البيع أو الإجاره باعتبار عدم وكالته فيهما باطله.

وأما احتمال بطلانها بالإضافة إلى المقدار الزائد فضعيف، فإنّ التبعض في المعامله بحسب صحتها يختصّ بموارد انحلالها، كما إذا باع شيئين بصفقه واحده، أو أجر العين مدّه، فإنّ انحلال البيع بالإضافة إلى كلّ منهما، وانحلال الإجاره بحسب

من يعمرها ويحييها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج: النصف، أو الثلث، أو الثلثان، على قدر ما يكون لهم صالحاً ولا يضرّ بهم . . . الحديث».

ويستفاد منه: أنه إذا جعل عليهم من الخراج أو المقاسمه ما يضرّ بهم لم يجز ذلك، كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا، بحيث لا يختار الزارع الزراعه من كثره الخراج، فيجبرونه على الزراعه، وحينئذٍ ففي حرمه كلّ ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضرّ الزيادة عليه، وجهان. وحكى عن بعض: أنه يشترط أن لا يزيد على ما كان يأخذه المتولّى له الإمام العادل إلاّ برضا.

الشرح:

أبعاض المدّه صحيح.

وأما انحلالها بالإضافة إلى بعض الثمن أو بعض الأجره، بأن تتمّ المعامله ويقع تمام البيع بإزاء بعض الثمن أو تمام المدّه بإزاء بعض الأجره، فهذا ليس من انحلال المعامله.

وعلى ذلك يبتنى الحكم ببطلان البيع الربوى وعدم اختصاص البطلان بالمقدار الزائد، كما إذا باع خمسه كيلوات من الحنطه بعشره كيلوات من حنطه أخرى، فإنه لا يمكن الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى مبادله خمسه كيلوات بخمسه، وبالبطلان بالإضافة إلى الخمسه الزائده، فإنّ مبادله الخمسه بالخمسه لم تنشأ حتى يعمّها مثل قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، بل المنشأ مبادله الخمسه بالعشره، وهذه المبادله إنّما تنحل بالإضافة إلى مبادله نصف الخمسه بنصف العشره، وربع الخمسه بربع العشره . . . وهكذا، بخلاف الربا فى باب القرض، فإنه لا يوجب بطلان عقد القرض، فإنّ القرض والاقتراض فى حقيقتهما تمليك المال وتملكه بالضمان.

ص: ٢٦٩

هل يشترط استحقاق من يصل إليه الخراج أو الزكاه؟

والتحقيق: أنّ مستعمل الأرض بالزّرع والغرس إن كان مختاراً في استعمالها فمقاطعه الخراج والمقاسمه باختياره واختيار الجائر، فإذا تراضيا على شيء فهو الحق، قليلاً أو كثيراً، وإن كان لا بدّ له من استعمال الأرض لأنها كانت مزرعه له مدّة سنين ويتضرّر بالارتحال عن تلك القرية إلى غيرها فالمناط ما ذكر في المرسله، من عدم كون المضروب عليهم مضرّاً، بأن لا يبقى لهم بعد أداء الخراج ما يكون بإزاء ما أنفقوا على الزّرع من المال، وبذلوا له من أبدانهم الأعمال.

السابع: ظاهر إطلاق الأصحاب [١]: أنّه لا يشترط في من يصل إليه الخراج أو

الشرح:

ومعنى الضمان اشتغال الذمه بمثل ذلك المال في المثليات، وبقيمته في القيميات، فالزيادة تكون شرطاً فيهما، وبما أنّ بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل العقد يصحّ القرض والاقتراض ويبطل الشرط.

ويترتب على ما ذكرنا أنّه لو ترك المستعمل الأرض التي تقبلها من السلطان بما يضرّه، لم يكن عليه شيء، لا الأجره المسماه لفساد القبالة، ولا أجره المثل، فإنّ تلك الأجره لا تثبت في صورته ترك استعمال الأرض ورفع اليد عنها.

[١] نسب رحمه الله في هذا الأمر إلى ظاهر كلمات الأصحاب عدم اعتبار الاستحقاق في من يأخذ الزكاه أو الخراج من السلطان أو عماله مجاناً، ونقل عن المحقق الكركي نسبه ذلك إلى إطلاق الأخبار (١)، وناقش فيه بأنّ الأخبار واردة في شراء الخراج أو الزكاه أو تقبيل الأرض من السلطان، ولا- يعتبر في المشتري أو المتقبيل أمر زائد على ما في اشتراء سائر الأموال من سائر الأشخاص.

ولعلّه أراد إطلاق ما دلّ على حلّ جوائز السلطان، ولكنّ الأخبار الواردة في حلّها واردة في أشخاص خاصّه، فيحتمل كونهم مستحقّين لبيت المال.

ص: ٢٧٠

الزَّكَاةَ مِنَ السَّيْلَانِ عَلَى وَجْهِ الْهَدْيَةِ، أَوْ يَقْطَعَهُ الْأَرْضَ الْخَرَاجِيَّةَ إِقْطَاعاً، أَنْ يَكُونَ مُسْتَحَقّاً لَهُ، وَنَسَبَهُ الْكُرْكِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِسَالَتِهِ إِلَى إِطْلَاقِ الْأَخْبَارِ وَالْأَصْحَابِ، وَلَعَلَّهُ الشَّرْحُ:

والحاصل: أنَّ الحكم بنفوذ تصرف الجائر في الخراج على الإطلاق، بمعنى إمضاء تملكه لغير مستحقه أو إمضاء تفريقه على غير صلاح المسلمين مشكل، كما أنَّ الحكم بنفوذ أخذه، بأن يكون المأخوذ خراجاً مطلقاً ولو فيما إذا دفعه إليه مستعمل الأرض اختياراً أو تقبل الأرض منه كذلك، مع إمكان المراجعة إلى حاكم الشرع، كان مشكلاً.

أقول: ورود أخبار حلّ الجوائز في أشخاص خاصه ممنوع، فإنّ فيها ما يكون من قبيل سائر الإطلاقات، كما في صحيحه محمد بن مسلم وزيارته جميعاً، قالوا: «سمعناه يقول: جوائز العمال ليس بها بأس»^(١).

نعم، لا شهاده لها على ما ذكره المحقق الكركي رحمه الله، وذلك لما ذكرنا سابقاً من أنّ الجائزه بمقتضى قاعده اليد محكوم به بكونها ملك الجائر، وأنّ الجواز في مثل الصحيحه حكم ظاهريّ تكون غايته العلم بحرمتها، فلا يعمّ ما إذا أحرز كونها مغصوبه من شخص يعرفه الآخذ، أو أنّها زكاه لا تحل لغير الفقير... وهكذا.

وكأنّ المحقق الكركي مع ذكره إطلاق بعض الأخبار وظاهر الأصحاب في عدم اعتبار الاستحقاق في الآخذ اعتبر الاستحقاق فيه ورفع اليد عن إطلاق ذلك البعض، واستظهره من كلام العلامة، وذكر في وجه اعتباره قوله عليه السلام في روايه الحضرمي: «ما يمنع ابن أبي السماك أن يبعث إليك بعتائك؟ أما علم أنّ لك في بيت المال نصيباً»^(٢)، فإنّ مقتضى ذلك أنّ حلّ بيت المال لأبي بكر باعتبار كونه ذا نصيب فيها.

ص: ٢٧١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧:٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٦.

أراد إطلاق ما دلّ على حلّ جوائز السِّلطان وعمّاله مع كونها غالباً من بيت المال، وإلاّ فما استدلّوا به لأصل المسألة إنّما هي الأخبار الواردة في جواز ابتياع الخراج والمقاسمه والزّكاه، والوارده في حِلّ تقبّل الأرض الخراجيه من السِّلطان. ولا ريب في عدم اشتراط كون المشتري والمتقبّل مستحقّاً لشيء من بيت المال، ولم يرد خبر في حِلّ ما يهبه السِّلطان من الخراج حتّى يتمسّك بإطلاقه عدا أخبار جوائز السِّلطان، مع أنّ تلك الأخبار وارده أيضاً في أشخاص خاصّه، فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال.

فالحكم بنفوذ تصرّف الجائر على الإطلاق في الخراج من حيث البذل والتفريق كنفوذ تصرّفه على الإطلاق فيه بالقبض والأخذ والمعامله عليه، مشكل.

وأما قوله عليه السلام في روايه الحضرمي السّابقه: «ما يمنع ابن أبي سَمّاك أن يبعث إليك بعطائكك، أما علم أنّ لك نصيباً من بيت المال»، فإنّما يدلّ على أنّ كلّ من له نصيب في بيت المال يجوز له الأخذ، لا أنّ كلّ من لا نصيب له لا يجوز أخذه.

الشرح:

وفيه: أنّ قوله عليه السلام «أما علم» عله لتوبيخ ابن أبي السّمّاك على تركه إرسال المال إلى السائل، فيستفاد منه حلّ بيت المال لمن يكون له فيها نصيباً، وأما عدم الحلّ لمن لا نصيب له بإعطاء الجائر وتمليكّه، فهذا خارج عن مدلوله.

وأما استظهاره الاعتبار من كلام العلامه، فلايّنّ المأخوذ من الزارع ومستعمل الأرض بعنوان الخراج أو الزكاه خراج أو زكاه حقيقه، كما هو مقتضى كونهما حقّ الله وبراءه ذمّه المأخوذ منه من ذلك الحقّ، وإذا كان المأخوذ خراجاً أو زكاه فيتربّب عليه حكمهما من عدم جوازهما لغير مستحقّهما.

وفيه: أنّه لا منافاه بين كون المأخوذ خراجاً أو زكاه وجوازهما لغير مستحقّهما بهبه السلطان أو عمّاله باعتبار إمضاء هذه التصرفات كما مرّ.

وكذا تعليل العلامة قدس سره فيما تقدّم من دليله: بأنّ الخراج حقّ لله أخذه غير مستحقّه، فإنّ هذا لا ينافي إمضاء الشارع لبذل الجائر إياه كيف شاء.

كما أنّ للإمام عليه السلام أن يتصرّف في بيت المال كيف شاء. فلاستشهاد بالتعليل المذكور في الزوايه المذكوره، والمذكور في كلام العلامة رحمه الله على اعتبار استحقاق الآخذ لشيء من بيت المال، كما في رساله الخراجيه، محلّ نظر.

ثمّ أشكل من ذلك تحليل الزكاه المأخوذه منه لكل أحد، كما هو ظاهر إطلاقهم القول بحلّ أتهاب ما يؤخذ باسم الزكاه.

وفي المسالك: أنّه يشترط أن يكون صرفه لها على وجهها المعبر عندهم، بحيث لا يعدّ عندهم غاصباً، إذ يمتنع الآخذ منه عندهم أيضاً. ثمّ قال: ويحتمل الجواز مطلقاً، نظراً إلى إطلاق النصّ والفتوى. قال: ويجيء مثله في المقاسمه والخراج، فإنّ مصرفهما بيت المال، وله أرباب مخصوصون عندهم أيضاً، انتهى.

الثامن: أنّ كون الأرض خراجيه، بحيث يتعلّق بما يؤخذ منها ما تقدّم من أحكام الخراج والمقاسمه، يتوقّف على أمور ثلاثه:

الأول: كونها مفتوحه عنوة^[١] أو صلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين، إذ الشرح:

[١] أراضي الكفار التي استولى عليها المسلمون بالقهر والقتال، المعبر عنها بالمفتوحه عنوه ملك للمسلمين على المشهور، لا لأشخاصهم على نحو التوزيع، ولا لعنوانهم على نحو ملك الزكاه لعنوان الفقراء، بحيث يكون المأخوذ منه ملكاً شخصياً للآخذ، بل تلك الأراضي تكون باقيه على حالها حتّى بعد أخذها واستعمالها. ومقتضى تبعيه المنفعه للعين دخول منافعها من الخراج والمقاسمه أو أجره المثل في بيت مال المسلمين، المحكوم عليها بلزوم صرفها في مصالحهم، والمتصدّي لذلك من له الولاية عليهم على ما مرّ ضمن الأمور المتقدمه.

الشرح:

وفى صحيحه الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السواد، ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد.

فقلت: الشراء من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، إلا أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه، قال: يرّد عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل»^(١).

ودلاله هذه على ما ذكر لا تحتاج إلى مؤنه، فإن أرض السواد إمّا مفتوحه عنوه، كما عليه المشهور، أو من أرض الصلح بشرط كونها للمسلمين، كما احتمله المصنّف رحمه الله .

نعم، البناء والآثار لمستعمل تلك الأراضى ولا تتبع رقبه الأرض؛ ولذلك يثبت للمستعمل حقّ بها، كما ربّما يظهر ذلك من ذيل الصحيحه أيضاً. ونحوها رواه أبى الربيع الشامى عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «لا تشتري من أرض السواد شيئاً، إلا من كانت له ذمّه، فإنما هو فىء للمسلمين»^(٢)، والمراد بمن له ذمّه هو مستعمل الأرض أو الذى تقبلها بالمعامله مع الوالى.

وبمثل هاتين الروايتين يرفع اليد عن الإطلاق والعموم فى بعض الروايات الدالّه على كون الأراضى ملكاً للإمام عليه السلام، كما فى صحيحه ابن عبدالملك من قوله عليه السلام: «يا أبا سيار، الأرض كلّها لنا»^(٣). وما فى روايه أبى خالد الكابلى عن

ص: ٢٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩ : ٥٤٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

الشرح:

أبي جعفر عليه السلام ، قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام : «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ» أنا وأهل بيتي العديين أورثنا الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلّها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها، و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها»(١).

هذا، مع أنّ المراد من اللام في «الأرض كلّها لنا» الأعم من ملك العين وملك التصرف، بشهادته قوله عليه السلام : «فما أخرج الله منها في شيء فهو لنا»، فإنّه من الضروري أنّ ما يخرج من الأرض من الثمار والزرع يكون ملكاً لزراعتها وغراسها، وروايه أبي خالد لا تخلو عن المناقشه في سندها.

لا يقال: إنّها معارضة بما دلّ على ملك الأرض بالإحياء، كصحيحه محمد بن حمران، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها وهي لهم»(٢).

فإنّه يقال: معارضة ذيل روايه الكابلي مع مثل الصحيحه لا تضرّ باعتبار صدرها الظاهر في كون كلّ الأراضى ملك الإمام عليه السلام .

والحاصل: أنّه لو فرض تماميه الروايتين بحسب السند والدلاله، فلا بدّ من رفع اليد عن عمومهما بالتقييد الوارد في روايات الأنفال، وأنّ ملك الإمام هي الأراضى التي لم يجر عليها القتال، كموثقه إسحاق بن عمار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول، وما كان للملوك فهو للإمام، وما كان من الأرض الخربه لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكلّ

ص: ٢٧٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١٤، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٤١٢، الباب الأول، الحديث ٤.

ما عداهما من الأرضين لا خراج عليهما.

الشرح:

أرض لا رب لها، والمعادن منها، ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال»(١).

في صحيحه حفص بن البختري، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكل أرض خربه وبتون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء»(٢). وقريب منها غيرهما.

فقد تحصيل ممّا ذكرناه أنّ ما عن المحقق الإيرواني رحمه الله (٣) من أنّ الأراضى المفتوحة عنوه كسائر الأراضى ملك للإمام عليه السلام، وإنّما يكون للمسلمين الانتفاع بها لا يمكن مساعدته عليه.

نعم، الأراضى التي استولى عليها المسلمون بغير قتال، أو صالح أهل تلك الأراضى على كونها للإمام تختص به عليه السلام، كما تدلّ عليه صحيحه حفص. وقريب منها غيرها، كرواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سمعتة يقول: الفىء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه الدماء، وقوم صلحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربه أو بتون أوديه فهو كلّ من الفىء، فهذا لله ولرسوله، فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث يشاء، وهو للإمام بعد الرسول»(٤)، رواها الشيخ بسنده إلى على بن الحسن بن فضال، وفي سنده إليه ضعف؛ لوقوع على بن محمد بن الزبير فيه. وقد ذكرنا سابقاً أنّ تجويز الإمام عليه السلام العمل بكتب بنى فضال على تقديره

ص: ٢٧٦

١- (١) وسائل الشيعة ٩ : ٥٣١، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

٢- (٢) المصدر السابق: ٥٢٣، الحديث الأول.

٣- (٣) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الإيرواني ١ : ٣٦٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ : ٥٢٧، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٢، التهذيب ٤ : ١٣٤ / ٣٧٦.

نعم لو قلنا بأن حكم ما يأخذه الجائر من الأنفال حكم ما يأخذه من أرض الخراج، دخل ما يثبت كونه من الأنفال في حكمها.

الشرح:

لا- يقتضى اعتبار كلّ خبر ثبت نقله عنهم، ولو لم يثبت أو لم يكن روايتها بثقات، وإنّما يقتضى أنّ فساد اعتقادهم لا يضرّ بجواز العمل برواياتهم فيما إذا حصل سائر شروط العمل بالخبر الواحد.

والحاصل: أنّ الروايه صالحه للتأييد فقط، ويلحق بالأراضى المفتوحه عنوه الأراضى التى صلح عليها، على أن تكون للمسلمين، كما هو مقتضى صحه الصلح ونفوذه، ولو صالحوا الكفار على بقاء أراضيهم فى ملكهم جاز، وتكون كالأراضى التى أسلم أهلها طوعاً ورغبه باقيه فى ملك أربابها، كما يدلّ على ذلك مضافاً إلى كونه مقتضى نفوذ الصلح صحيحه البنظى، قال: «ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته، فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعاً، تركت أرضه فى يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمّر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالى فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين. وليس فيما كان أقلّ من خمسه أوساق شىء، ما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر، قبل أرضها ونخلها...» (١).

ظاهر قوله عليه السلام: «فذلك إلى الإمام» أنّ له الولاية فى التصرف فيها، لا أنّه ملكه، فإنّه فرق بين التعبير بأنّه إلى الإمام أو أنّه للإمام عليه السلام، والأوّل لا- ينافى ما تقدّم من أنّ المأخوذ عنوه ملك المسلمين، فإنّه يكون ملكهم مع ثبوت الولاية للإمام عليه السلام.

نعم، ما ذكر فى الصحيحه من أنّ الميته من الأراضى التى أسلم أهلها طوعاً ملك المسلمين ينافى ما تقدّم من كون الأراضى الميته من الأنفال، فلا بدّ من حمل

ص: ٢٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٨، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

كيف يثبت كون الأرض مفتوحة عنوةً أو صلحاً

فنقول: يثبت الفتح عنوه بالشياع [١] الموجب للعلم، وبشهاده عدلين،

الشرح:

المذكور فيها على التقية كما قيل، أو حمل اللام على غير إفاده الملك من سائر الانتفاعات. هذه أقسام الأرضين في كونها ملكاً لأربابها أو للإمام عليه السلام أو للمسلمين.

[١] يثبت الفتح عنوه وكذا الصلح على كون الأرض للمسلمين بالشياع المفيد للعلم، وبشهاده العدلين، ولو كانت من قبيل الشهادة على الشهادة، وبالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم المعبر عنه بالاطمئنان.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ الاكتفاء بالشياع كذلك مبنيّ على اعتباره في كلّ مورد تكون إقامة البيّنه فيه عسره، كنسب شخص أو كون مال وقفاً أو ملكاً مطلقاً لا يتعلّق به حقّ للآخرين، ككونه رهناً أو وقفاً.

الصحيح أنّه لو كان المراد بالظن المتأخم للعلم هو الاطمئنان فلا يختصّ اعتباره بصوره خاصّه.

ثمّ إنّ العسر في إقامة البيّنه على إطلاق الملك مبنيّ على عدم كفايه اليد في الشهاده بالملكيه المطلقه، وإلاّ فلا عسر في إقامتها كما لا يخفى. ولا اعتبار لغير ما ذكر من الأمارات الظنيّه حتّى قول أهل التاريخ، إلاّ إذا كان من قبيل خبر العدل أو الثقة، حيث إنّ لا يمكن الاعتماد على تلك الظنون في مقابل أصاله عدم الفتح عنوه، أو عدم الصلح على كون الأرض للمسلمين.

لا يقال: الرجوع إلى أهل التاريخ في إحراز كون الأرض مفتوحة عنوه أو أرض صلح من قبيل الرجوع إلى أهل الخبره، ولا يعتبر في الرجوع إليهم التعدّد والعداله، بل يكفي كون أهل الخبره ثقه.

فإنّه يقال: لم يحرز كون الحوادث في أطراف الأرض وأكنافها من الأمور التي يحتاج إدراكها إلى نظر واجتهاد؛ ليندرج المخبر بها في عنوان أهل الخبره، بل الظاهر

وبالشّيعاء المفيد للظن المتأخّم للعلم، بناءً على كفايته فى كلّ ما يعسر إقامة البينه عليه، كالنسب، والوقف، والملك المطلق، وأما ثبوتها بغير ذلك من الأمارات الظنيه حتى قول من يوثق به من المؤرّخين فمحلّ إشكال، لأنّ الأصل عدم الفتح عنه، وعدم تملك المسلمين.

الشرح:

أنّ نقل تلك الحوادث لا يزيد على نقل سائر الأمور مما يكون نقلتها مجرد رواه لها.

لا- يقال: لا يمكن الرجوع إلى أصله عدم كون الأرض مفتوحة أو أرض صلح على أنّها للمسلمين، فإنّه يعارضها أصله عدم كونها ملكاً لسائر الناس.

فإنّه يقال: إذا دار أمر الأرض بين كونها ملكاً لسائر الناس فعلاً أو من المفتوحة عنه أو صلحاً، فالمعارضه صحيحه ويتساقط الأصلان، وتكون الأرض من المجهول مالكةا.

وأما فيما إذا احتمل أن لا- يكون لها مالك فعلاً كما فى أرض خربه لا- يحتمل بقاء مالكةا الأوّل عاده، ولا يعلم له وارث، فيجرى أصلان ويحكم عليها بالأنفال، حيث إنّ مع أصله عدم كونها من المفتوحة عنه أو ملكاً لسائر الناس تدخل الأرض فى عنوان ما لا ربّ له، المحكوم عليه بكونه ملكاً للإمام عليه السلام، كما فى موثقه إسحاق بن عمّار، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هى القرى التى خربت وانجلى أهلها إلى أن قال: وكلّ أرض لا ربّ لها»(١).

ثمّ إنّ الرجوع إلى الأصل أو الحكم بكونها لمالكةا المجهول إنّما هو على تقدير عدم اليد على تلك الأرض أو اعتراف ذى اليد بعدم كونها ملكاً له، وإلاّ حكم بكونها ملكاً لذى اليد، فإنّها أماره على الملك.

ص: ٢٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٣١، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

نعم، الأصل عدم تملكك غيرهم أيضاً، فإن فرض دخولها بذلك في الأنفال وألحقناها بأرض الخراج في الحكم فهو، وإلا فمقتضى القاعده حرمة تناول ما يؤخذ قهراً من زراعتها.

الشرح:

والحاصل: أنه لو أراد شراء الأرض، فمع يد البائع عليها يحكم بكونها ملكاً له، ومع عدم اليد فلا بد من المعامله معها معامله المجهول مالکها أو الأنفال، وكذا ما إذا أراد استيجارها كما لا يخفى.

ثم إنه لا- يبعد اعتبار شهاده العدل الواحد في الموضوعات أيضاً، فإنّ الاعتناء بخبر العدل والثقه عليه سيره العقلاء في الأمور الراجعه إلى معاشهم ومعادهم، بلا فرق في ذلك بين كون الخبر المزبور حاكياً عن الحكم أو الموضوع، ولم يردع عنها الشرع إلا في بعض الموارد، كالإخبار عن رؤيه الهلال، كما يستفاد ذلك ممّا ورد من أنه لا عبره فيها بغير شهاده رجلين عدلين.

ومثلها ما إذا كان خبر العدل متضمناً للدعوى على الغير مالاً أو حقاً، فإنه لا يرفع اليد في تلك المقامات عن مقتضى قاعده اليد أو أصاله الصحه ونحوهما بمجرد قيام خبر العدل، كما يستفاد ذلك من الأخبار الوارده في القضاء، بل لا اعتبار به في موارد قاعده اليد مطلقاً ولو لم تكن أخباره في موردها من قبيل الدعوى على الغير.

ويؤيد اعتبار خبر العدل، بل الثقة فيما ذكرنا في جواز الاعتماد على أذان الثقة وإخبار الثقة عن زوجيه امرأه يريد تزويجها، والتعبير بالتأييد باعتبار أنه لا- يمكن التعدّي منهما إلى سائر الموارد مع الإغماض عن السيره المشار إليها، حيث إنهما من قبيل النصّ في مورد خاصّ.

لا يقال: الإخبار بكونه زوجاً لامرأه يريد الآخر تزويجها من قبيل الدعوى على الغير.

وأما الزّراع فيجب عليهم مراجعته حاكم الشّرع، فيعمل فيها معهم على طبق ما يقتضيه القواعد عنده: من كونه مال الإمام عليه السلام، أو مجهول المالك، أو غير ذلك.

والمعروف بين الإماميه بلا- خلاف ظاهر أنّ أرض العراق فتحت عنوه، وحكى ذلك عن التّواريخ المعتبره. وحكى عن بعض العامّه أنّها فتحت صلحاً. وما دلّ على كونها ملكاً للمسلمين يحتمل الأمرين. ففي صحيحه الحلبي: «أنّه سئل أبو عبدالله عليه السلام عن أرض السّواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد».

وروايه أبو الزّبيح الشّامي: «لا تشتت من أرض السّواد شيئاً إلّا من كانت له ذمّه، فإنّما هي فيء للمسلمين». وقريب منها صحيحه ابن الحجّاج.

الشرح:

فإنّه يقال: الإخبار كذلك لا- يكون من قبيل الدعوى بالإضافه إلى من يريد تزويجها، وإنّما تكون دعوى على المرأه، وظاهر الروايه اعتبار خبر الثقة بالإضافه إلى من يريد تزويجها، وهي ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعه عن سماعه، قال: «سألته عن رجل تزوّج جاريه أو تمّتع بها، فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة: إنّ هذه امرأتى، وليست لى بينه، فقال: إنّ كان ثقة فلا يقربها، وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه»(١).

لا يقال: ظاهر روايه مسعده بن صدقه عدم العبره في الموضوعات إلّا بشهاده رجلين، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: كلّ شيء هو لك حلال حتى تعلم أنّه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقه، أو المملوك عندك ولعلّه حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً، أو امرأه تحتك وهي أختك أو رضيعتك. والأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم

ص: ٢٨١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ٣٠٠، الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢.

وأما غير هذه الأرض ممّا ذكر أو اشتهر فتحها عنوه، فإن أخبر به عدلان يحتمل حصول العلم لهما من السّماع أو الظنّ المتأخّر من الشّيعاء أخذ به، على تأمّل في الأخير كما في العدل الواحد. وإلا فقد عرفت الإشكال في الاعتماد على مطلق الظنّ.

وأما العمل بقول المؤرّخين بناءً على أنّ قولهم في المقام نظير قول اللّغوي الشّرح:

به البيّنه^(١)، فإنّ مقتضى الحصر المستفاد منها عدم الاعتبار بغير شهادته العدلين.

ولا يبعد كون الرواية موثّقة؛ لثبوت التوثيق العامّ لمساعده؛ لوقوعه في أسناد تفسير علي بن إبراهيم و«كامل الزيارات»، ولكنّها لا تصلح للردع عن اعتبار خبر الثقة في الموضوعات، وذلك فإنّ المراد بالبيّنه ليس خبر العدلين، بل من المحتمل لو لم يكن ظاهراً أنّها ما يوضح الواقع كما تستعمل فيه لغه فلاحظ موارد استعمالها في القرآن، والمفروض أنّ خبر الثقة يوضح الواقع كما هو مقتضى السيره المشار إليها.

وثانياً: دلالتها على عدم اعتبار خبر الثقة في الموضوعات حتّى في غير موارد الدعوى على الغير ونحوها بالإطلاق أو العموم، فيرفع اليد عنه في غير تلك الموارد بالسيره الجارية على الاعتناء بخبر الثقات على ما تقدّم.

والحاصل: أنّه لا بأس بالالتزام باعتبار خبر العدل أو الثقة في الموارد التي أشرنا إليها، ومنها الإخبار عن كون الأرض مفتوحة عنوه أو أنّها للمسلمين، فيما إذا لم تكن على الأرض يد تقتضى كونها ملكاً لذيها، كما إذا تقبّلها الزارع من السلطان مع عدم يد الآخر يحتمل كونها له.

ص: ٢٨٢

١- (١) وسائل الشّيعه ١٧ : ٨٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

في اللغة وقول الطيب وشبههما فدون إثباته خرط القتاد. وأشكل منه إثبات ذلك باستمرار السيرة [١]. على أخذ الخراج من أرض، لأن ذلك إما من جهة ما قيل: من كشف السيرة عن ثبوت ذلك من الصّدر الأوّل من غير نكير، إذ لو كان شيئاً حادثاً لنقل في كتب التواريخ، لاعتناء أربابها بالمبتدعات والحوادث، وإمّا من جهة وجوب حمل تصرّف المسلمين وهو أخذهم الخراج على الصحيح.

ويرد على الأوّل مع أنّ عدم التعرّض يحتمل كونه لأجل عدم اطلاعهم الذي

الشرح:

[١] الشاكّ في حال الأرض تاره: مستعملها الذي يتقبلها من السلطان أو من يأخذ من السلطان خراجها مجّاناً أو معاملته، وأخرى: من يأخذ الخراج ممّن تلقاه من السلطان.

والشاكّ في الصورة الأولى لا- يجوز له تقبيل الأرض أو أخذ خراجها، وما قيل من أنّ استمرار يد السلاطين على أرض في العصور المتتالية كاشف عن كونها للمسلمين، وإلا- فلو كان وضع اليد عليها شيئاً حادثاً تعرّض له أهل التواريخ لا- يمكن المساعدة عليه، وذلك فإنّه يمكن حدوث الوضع وعدم تعرّضهم لنقله، كما أهملوا الحوادث الكثيرة. ومع الإغماض عن ذلك، فإنّ عدم تعرّضهم لحدوث يد السلطان عليها في زمان كذا لا يزيد على عدم تعرّضهم لكون الأرض خراجية، وقد تقدّم عدم الاعتبار بنصّ أهل اللغة بكون الأرض خراجية.

وكذا لا يمكن الحكم بالجواز باعتبار حمل تصرّف السلطان فيها على الصحيح؛ لأنّ الصّحة تكليفاً في فعله مقطوع العدم، حيث إنّه لا- يجوز له التصرّف فيها ولا في خراجها، كانت للمسلمين أم لغيرهم. والحمل على الصّحة وضعاً أيضاً غير ممكن؛ لعدم إحراز ولايته على المعاملة عليها أو على أجرتها، وإحراز ولايته بقاعده اليد كما عن بعض غير صحيح؛ للعلم بأنّ يده عليها أو على خراجها عدوانية،

لا يدلّ على العدم : أنّ هذه الأماره ليست بأولى من تنصيب أهل التّوارىخ الذى عرفت حاله.

وعلى الثّانى: أنّه إن أُريد بفعل المسلم تصرّف السّيلطان بأخذ الخراج، فلا ريب أنّ أخذه حرام وإن علم كون الأرض خراجيه، فكونها كذلك لا يصحّ فعله.

ودعوى: أنّ أخذه الخراج من أرض الخراج أقلّ فساداً من أخذه من غيرها، توهم، لأنّ مناط الحرمة فى المقامين واحد، وهو أخذ مال الغير من غير استحقاق، واشتغال ذمّه المأخوذ منه بأجره الأرض الخراجيه وعدمه فى غيرها لا يهون الفساد.

نعم، بينهما فرق من حيث الحكم المتعلّق بفعل غير السّيلطان، وهو من يقع فى يده شىء من الخراج بمعاوضه أو تبرّع، فيجلب فى الأرض الخراجيه دون غيرها، مع أنّه لا- دليل على وجوب حمل الفاسد على الأقلّ فساداً إذا لم يتعدّد عنوان الفساد كما لو دار الأمر بين الزّنا مكرهاً للمرأة، وبين الزّنا برضاها، حيث إنّ الظلم محرّم آخر غير الزّنا، بخلاف ما نحن فيه مع أنّ أصله الصّحاح لا تثبت الموضوع، وهو كون الأرض خراجيه.

الشرح:

غايه الأمر المعتدى عليه مردّد بين كونه من سائر الناس أو كونهم المسلمين.

كما لا- مجال لدعوى أنّ أخذه الخراج من الأراضى الخراجيه أقلّ فساداً من أخذه من غيرها، فيحمل أخذه على كونه من الأراضى الخراجيه، والوجه فى عدم المجال أنّه ليس فى المقام إلّا محرّم واحد، وهو تصرّفه فى الأرض أو خراجها، سواء كانت الأرض للمسلمين أم ملكاً لسائر الناس.

وليس فى البين عنوانان محكومان بالحرمة، وأحرز صدور أحدهما عن مكلف، وشكّ فى صدور الآخر، كما إذا لم يعلم أنّه زنى فقط أو زنى وظلم ياكراهه

إلا- أن يقال: إنَّ المقصود ترتب آثار الأخذ الذى هو أقلُّ فساداً، وهو حلُّ تناوله من الآخذ وإن لم يثبت كون الأرض خراجيه بحيث يترتب عليه الآثار الأخر، مثل وجوب دفع أجره الأرض إلى حاكم الشرع ليصرفه فى المصالح إذا فرض عدم السيلطان الجائر، ومثل حرمة التصرف فيه من دون دفع أجره أصلاً، لا إلى الجائر ولا إلى حاكم الشرع.

وإن أريد بفعل المسلم تصرف المسلمين فيما يتناولونه من الجائر من خراج هذه الأرض. ففيه: أنه لا عبره بفعلهم إذا علمنا بأنهم لا يعلمون حال هذه الأراضي، كما هو الغالب فى محلّ الكلام، إذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم إحراز الموضوع. ولو احتمل تقليدهم لمن يرى تلك الأرض خراجيه لم ينفع. ولو فرض احتمال علمهم بكونها خراجيه كان اللازم من ذلك جواز تناول من أيديهم لا من يد السلطان، كما لا يخفى.

الشرح:

المراه على الزنا، فإن مقتضى أصاله الصحه عدم صدور الظلم بالإكراه.

نعم، لا- يثبت بذلك رضا المراه بالزنا، كما هو المقرّر فى محله، مع أنّ المهمّ فى المقام هو الحمل على الصحه وضعاً، وذكرنا أنّه للشكّ فى ولايه السلطان على المعامله على الأرض أو خراجها لا مجرى لأصالتها.

وأما الصوره الثانيه، أى الأخذ ممن تقبيل الأرض أو خراجها من السلطان، فإن احتمال فى حقّ الآخذ من السلطان الفحص واطلاعه على حال الأرض وتقبّلها أو أخذ خراجها من السلطان بعد إحراز حالها، فلا بأس بحمل فعله على الصحه، بأخذ الأرض أو خراجها منه.

وأما مع العلم بعدم التفات الآخذ إلى ذلك أو اعتماده على قول بعض أهل

الثانى: أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام [١]، وإلا- كان المفتوح مال الإمام عليه السلام، بناءً على المشهور، بل عن المجمع: أنه كاد يكون إجماعاً، ونسبه في المبسوط إلى روايه أصحابنا، وهى مرسله العباس الورّاق، وفيها: «أنه إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام». قال في المبسوط: وعلى هذه الزوايه يكون جميع ما فتحت بعد النبي صلى الله عليه وآله إلا ما فتحت في زمان الوصى عليه السلام من مال الإمام عليه السلام، انتهى.

الشرح:

التواريخ الذى لا يصح الاعتماد عليه، فلا يجوز للغير معامله مع الآخذ؛ لعدم إحراز اعتبار أصله الصحه فى مثل هذه الموارد كما لا يخفى.

ثم إنّه لا ثمره للبحث فى فتح أرض العراق عنوه أو كونها للمسلمين شرطاً فى الصلح، وذلك لعدم ترتّب أثر خاصّ على فتح الأرض بالعنوه، فإنّ ما تقدّم من آثار كون الأرض للمسلمين ولو كان بالصلح، ودلاله الروايات على كون أرض العراق ملكهم واضحه. وفى صحيحه الحلبي أنه: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السواد، ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد» (١)؛ ولذا ذكر المصنّف رحمه الله أنّ مثلها يحتمل فتحها عنوه أو الدخول فى ملكهم صلحاً. وأمّا غير أرض العراق فلم تدلّ على حالها روايه معتبره، غير ما ورد فى فتح خيبر، وعلى ذلك فاللازم مراعاة ما تقدّم تفصيله، والله العالم.

[١] المنسوب إلى المشهور اعتبار إذن الإمام عليه السلام فى كون الأرض خراجيه بفتحها عنوه، وبدون إذنه تكون الأرض من الأنفال. ويستدلّ على اعتباره بمرسله العباس الورّاق عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إذا غزا قوم بغير إذن الإمام عليه السلام، فغنموا»

ص: ٢٨٦

أقول: فيبتنى حلّ المأخوذ منها خراجاً على ما تقدّم من حلّ الخراج المأخوذ من الأنفال.

والظاهر أنّ أرض العراق مفتوحة بالإذن كما يكشف عن ذلك ما دلّ على أنّها للمسلمين، وأمّا غيرها ممّا فتحت في زمان خلافه الثّاني، وهي أغلب ما فتحت، فظاهر بعض الأخبار كون ذلك أيضاً بإذن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام وأمره، الشّرح:

كانت الغنيمه كلّها للإمام، وإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس»(١)، ولكنها لضعف سندها غير قابله للاعتماد عليها. مع أنّها معارضه بما دلّ على أنّ الأرض المفتوحة عنوه ملك المسلمين، كمرسله حماد بن عيسى عن أبي الحسن عليه السلام، وفيها: «والأرضون التي أخذت عنوه بخيل أو ركاب فهي موقوفه متروكه في يدي من يعمرها ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم . . .»(٢).

والنسبه بين هذه ومرسله الوراق العموم من وجه؛ لأنّ هذه خاصّه بالأراضي ومطلقه بالإضافة إلى إذن الإمام عليه السلام وعدمه، كما أنّ مرسله الوراق مختصّه بصوره عدم إذن الإمام عليه السلام ومطلقه من حيث كون الغنيمه أرضاً أو غيرها. ومورد اجتماعهما هي الأرض المفتوحة بغير إذنه عليه السلام . وبعد سقوط الإطلاق من الجانبين يرجع إلى إطلاق الآيه المباركه الدالّه على خروج الخمس من مطلق الغنيمه الشامله للأرض أيضاً، فيكون باقى الأرض للمسلمين؛ لأنّ تقسيم غير الخمس للمقاتلين كسائر الغنيمه غير محتمل، وكونه للإمام عليه السلام خلاف الآيه، فتكون النتيجة عدم اعتبار إذنه عليه السلام في كون الأرض خراجيّة.

هذا كلّه في الكبرى، أى في اعتبار إذنه عليه السلام في كون الأرض خراجيّة، وأمّا

ص: ٢٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٩، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ : ١١٠، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

ففى الخصال فى أبواب السَّبعه، فى باب أنّ الله تعالى يمتحن أوصياء الأنبياء فى حياه الأنبياء فى سبعة مواطن، وبعد وفاتهم فى سبعة مواطن عن أبيه وشيخه، عن سعد بن عبدالله، عن أحمد بن الحسين بن سعيد، عن جعفر بن محمد بن محمد التوفلى، عن يعقوب بن الرائد، عن أبي عبدالله جعفر بن أحمد بن محمد بن عيسى بن محمد بن علي بن عبدالله بن جعفر بن أبي طالب، عن يعقوب بن عبدالله الكوفى، عن موسى بن عبيد، عن عمرو بن أبي المقدم، عن جابر الجعفى، عن أبي جعفر عليه السلام: أنه «أتى يهودى أمير المؤمنين عليه السلام فى منصرفه عن وقعه النهروان فسأله عن تلك المواطن، وفيه قوله عليه السلام: وأتمّ الرّابعه يعنى من المواطن الممتحن بها بعد النّبي صلى الله عليه وآله: فإنّ القائم بعد صاحبه يعنى عمر بعد أبي بكر كان يشاورنى فى موارد الأمور، فيصدرها عن أمرى، ويناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأيى لا أعلم أحداً، ولا يعلمه أصحابى، يناظره فى ذلك غيرى . . . الخبر».

الشرح:

الصغرى، أى إذنه عليه السلام فى الأراضى التى فتحت بعد النّبي صلى الله عليه وآله، فقد أشار إليه المصنّف بقوله: «والظاهر أنّ أرض العراق مفتوحه بالإذن ويستفاد كونها كذلك مما دلّ على أنّ أرض العراق ملك لجميع المسلمين، كما فى صحيحه الحلبي المتقدّمه آنفاً، وقريب منها غيرها، حيث إنّها لو كانت مفتوحه بغير إذنه عليه السلام لما كانت للمسلمين.

ولا يبعد جريان حكم أرض العراق على سائر الأراضى المفتوحه فى الإسلام، كما يظهر ذلك من صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن سيره الإمام فى الأرض التى فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله؟ فقال: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قد سار فى أهل العراق سيره فهم إمام لسائر الأرضين، وقال: إنّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية» (١)، حيث إنّ دلالتها على جريان حكم أرض العراق على سائر الأراضى

ص: ٢٨٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ : ١٥٣، الباب ٦٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

والظاهر أنّ عموم الأمور إضافي بالنسبة إلى ما لا- يقدح في رئاسته ممّا يتعلّق بالسياسة، ولا- يخفى أنّ الخروج إلى الكفّار ودعاهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور، بل لا أعظم منه.

وفي سند الزوايه جماعه تخرجها عن حدّ الاعتبار، إلا أنّ اعتماد القميين عليها وروايتهم لها، مع ما عُرف من حالهم لمن تتبعها من أنّهم لا- يخرّجون في كتبهم روايه في راويها ضعف إلا- بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها، جابر لضعفها في الجملة. مضافاً إلى ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات، ودخول بعض خواصّ أمير المؤمنين عليه السلام من الصحابه كعمّار في أمرهم.

وفي صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن سيره الإمام في الأرض التي فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله؟ فقال: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قد سار في أهل العراق بسيره، فهي إمام لسائر الأرضين . . . الخبر».

الشرح:

المفتوحه بعد رسول الله صلى الله عليه وآله واضحه. ولكن لا- دلالة لها على اعتبار إذن الإمام عليه السلام في كون الأرض للمسلمين بفتحها عنوه، كما لا يمكن الاعتماد في ذلك على روايه جابر الجعفي أو على ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات؛ لأنّ روايه جابر ضعيفه، ومجرّد نقل القميين وضبطها في كتبهم لا يكون كاشفاً عن اعتبارها، كما أنّ حضور أبي محمّد عليه السلام في بعض الغزوات لا- يكشف عن إذن الإمام ورضاه، فلعلّ حضوره كان لرعايه التقيّه، وعدم رضاه بذلك الحرب كان لأجل المحذور في المحاربه في ذلك الوقت، حيث إنّه ربّما لا يكون فتح بلد في وقت معيّن صلاحاً؛ لتوقّفه على التضحيه بأرواح المسلمين وأموالهم كثيراً، بخلاف تأخيره إلى وقت آخر.

ص: ٢٨٩

وظاهرها أنّ سائر الأرضين المفتوحة بعد النبي صلى الله عليه و آله حكمها حكم أرض العراق، مضافاً إلى أنّه يمكن الاكتفاء عن إذن الإمام المنصوص في مرسله الورّاق بالعلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام وسائر الأئمه بالفتوحات الإسلاميه الموجه لتأييد هذا الدين.

وقد ورد: «أنّ الله تعالى يؤيّد هذا الدين بأقوام لا خلاق لهم منه» مع أنّه يمكن أن يقال بحمل الصّادر من الغزاه من فتح البلاد على الوجه الصّحيح، وهو كونه بأمر الإمام عليه السلام . مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ عموم ما دلّ من الأخبار الكثيره على تقيد الأرض المعدوده من الأنفال بكونها ممّا لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وعلى أنّ ما أخذت بالسّيف من الأرضين بصرفها في مصالح المسلمين، معارض بالعموم من وجه لمرسله الورّاق، فيرجع إلى عموم قوله تعالى: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمْسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقُرْبَى» الآية. فيكون الباقي للمسلمين، إذ ليس لمن قاتل شيء من الأرضين نصّاً و إجماعاً.

الثالث: أنّ ثبت كون الأرض المفتوحة [١] عنوه بإذن الإمام عليه السلام محياه حال الشرح:

وما ذكره المصنّف رحمه الله في كشف إذن الإمام عليه السلام في تلك الغزوات، بحمل غزوهم على الصّحة لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الغزو بدون إذن الإمام عليه السلام ليس بمحرّم، خصوصاً في ذلك الزمان الذي لم يكن فيه خيار للمقاتلين في مخالفه أميرهم. وأيضاً الحمل على الصّحة إنّما يتمّ فيما إذا لم يكن للغزو بغير إذنه أثر؛ ليحكم بفساده، وأثر الغزو بدون إذنه كون الغنيمه للإمام عليه السلام .

[١] ذكر رحمه الله في هذا الأمر بأن إخراج الخمس من الغنيمه يجرى في الأراضى المفتوحة عنوه، ونسب ذلك إلى المشهور، وأنّ ما يكون للمسلمين بعد خراج خمسها هي المحياه، أي المعموره حال الفتح، وأمّا الميته منها فهي كالميته من سائر

الفتح، لتدخل في الغنائم ويخرج منها الخمس أولاً على المشهور ويبقى الباقي للمسلمين، فإن كانت حينئذٍ مواتاً كانت للإمام، كما هو المشهور، بل المتفق عليه، على الظاهر المصرح به عن الكفاية ومحكى التذكرة. ويقتضيه إطلاق الإجماعات المحكية على أن الموات من الأنفال، لإطلاق الأخبار الدالة على أن الموات بقول مطلق له عليه السلام ولا يعارضها إطلاق الإجماعات والأخبار الدالة على أن المفتوحة عنوه للمسلمين، لأن موارد الإجماعات هي الأرض المغنومة من الكفار كسائر الغنائم التي يملكونها منهم ويجب فيها الخمس وليس الموات من أموالهم، وإنما

الشرح:

الأراضي تكون من الأنفال، بل قيل بعدم الخلاف في اعتبار الحياه حال الفتح.

أقول: أمّا الأول، فقد ذكر في وجهه دلالة قوله سبحانه: «أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ . . .» (١) على اعتبار الخمس في الغنيمه الشامله بإطلاقها للأراضي المفتوحة، ولم يذكر في الآية قسمه باقيا على المقاتلين؛ ليكون ذكرها قرينه على كون المراد بالغنائم هي الأموال المنقلبه.

وفيه: أن الأظهر عدم الخمس في الأراضي بتمامها للمسلمين، فإن الأرض المزبوره فرد من الغنيمه، وقد دلّ الدليل على أنها لجميع المسلمين، أى بتمامها. وهذا الظهور باعتبار كونه ظهور الخاصّ وبيانا لحكم فرد من الغنيمه مقدّم على إطلاق الآية.

وأما الثانى، أى اعتبار الحياه فيما يكون للمسلمين، بحيث تكون الموات حال الفتح داخله فى الأنفال، فقد ذكر المصنّف رحمه الله فى وجهه عموم ما دلّ على أن الموات من الأنفال، كما فى صحيحه حفص عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض

ص: ٢٩١

١- (١) سورة الأنفال: الآية ٤١.

هى مال الإمام. ولو فرض جريان أيديهم عليه كان بحكم المغصوب لا يعدّ فى الغنيمه، وظاهر الأخبار خصوص المحياه، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف.

الشرح:

خربه ويطون الأوديه فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله ، وهو للإمام بعده يضعه حيث يشاء^(١)، ونحوها غيرها.

لا يقال: يعارض ذلك العموم ما دلّ على أنّ المفتوحه عنوه للمسلمين، فإنه يعمّ الأرض المعموره والميته معاً.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنّ الإجماع المحكّي على دخول المفتوحه عنوه فى ملك المسلمين لا يعمّ الأراضى الميته، فإنّ الداخل فى ملكهم بعنوان الغنيمه، وهذا العنوان يختصّ بما كان ملكاً للكافرين، ولا يعمّ الأراضى الميته التى هى من الأنفال للإمام عليه السلام قبل الفتح وبعده، وكانت يد الكفار عليها يد عدوائيه.

وأما الروايات، كصحيحه الحلبي الوارده فى حال أرض السواد، أى العراق، فظاهرها أيضاً كون الداخل فى ملكهم بعنوان الغنيمه التى لا تصدق على الأراضى التى لم تكن ملكاً للكفار.

أقول: لم يظهر ممّا ورد فى كون المفتوحه عنوه ملك المسلمين أنّ الداخل فى ملكهم ما كان لأشخاص الكفار، بل يعمّ الأراضى التى كانت فى أيديهم من المعموره والمخروبه، فلاحظ صحيحه محمد الحلبي المتقدمه الوارده فى أرض السواد، بل مقتضى تقييد الأرض الخربه فى موثقه إسحاق بن عمار المتقدمه، بما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب عدم جريان حكم الأنفال على الخربه التى أوجف عليها بالخيل، حيث إنّها وارده فى مقام تحديدها.

ص: ٢٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٣، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث الأول.

ثم إنّه تثبت الحياه حال الفتح بما كان يثبت به الفتح عنوه، ومع الشكّ فيها فالأصل العدم [١] وإن وجدناها الآن محياه، لأصالة عدمها حال الفتح، فيشكل الأمر في كثير من محياه أراضي البلاد المفتوحه عنوه.

نعم، ما وجد منها في يد مدّع للملكيه حكم بها له. أمّا إذا كانت بيد السلطان أو من أخذها منه فلا يحكم لأجلها بكونها خراجيه، لأنّ يد السلطان عاديه على الأراضي الخراجيه أيضاً. وما لا يد لمدّعي الملكيه عليها كان مردّداً بين المسلمين ومالك خاصّ مردّد بين الإمام عليه السلام لكونها تركه من لا وارث له وبين غيره، فيجب مراجعته حاكم الشّرع في أمرها، ووظيفه الحاكم في الأجره المأخوذه منها: إمّا القرعه، و إمّا صرفها في مصرف مشترك بين الكلّ، كفقير يستحقّ الإنفاق من بيت المال، لقيامه ببعض مصالح المسلمين.

الشرح:

والحاصل: أنّ مقتضى احترام مال المسلم عدم جواز التصرف في أرضه بدون رضاه، وما ورد من سقوط احترام الملك في مورد تعطيل المالك الأرض ثلاث سنين أو عشر سنين لضعفه لا يصلح للاعتماد عليه.

[١] ثمّ إنّه بناءً على اعتبار الحياه حال الفتح تدخل الأرض في ملك المسلمين على تقدير حياتها، وعلى تقدير مماتها حاله تدخل في ملك محيها، ثمّ إلى غيره بالإرث أو غير ذلك، وإذا شكّ في حال الأرض زمان فتحها، فإن كانت بيد من يدّعي الملكيه لها فيحكم بكونها ملكاً له. وعلى تقدير عدم اليد أو اعتراف ذي اليد بأنّها ليست له، أو كونها بيد السلطان الجائر المعلوم عدم ولايته عليها، يدور أمرها بين كونها ملك المسلمين أو ملكاً لشخص آخر، أو ملك الإمام عليه السلام لانقضاء المالك الشخصيّ وورثته، فالأصل عدم كونها عامره حال فتحها، كما أنّ الأصل عدم كونها فعلاً لشخص آخر، ونتيجة الأصلين كونها من الأنفال على ما تقدم.

نعم، لو مات المحياه حال الفتح، فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين [١]،

الشرح:

[١] قد يقال: إن ما ورد من كون المفتوحه عنوه موقوفه متروكه فى يد من يعمرها، وأنها ملك المسلمين بإطلاقه يعم بقاء الأرض على الحياه أولاً كما أن موثقه إسحاق بن عمار المتقدمه الداله على كون الخربه من الأنفال بإطلاقها تعم ما إذا طرأ الخراب على المفتوحه عنوه، وبعد تساقط الإطلاق من الجانبين يرجع إلى استصحاب بقاء الأرض على ملك المسلمين.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله (١) أنه يحكم بعد طروء الخراب على المفتوحه بأنها من الأنفال. حيث إن شمول ما دل على كون المفتوحه ملكاً للمسلمين لما بعد الخراب بالإطلاق، ودلاله كون كل خربه ملك الإمام بالعموم، وعند تعارضها يقدم العموم الوضعى؛ لعدم تماميه مقدمات الإطلاق معه.

والحاصل: أنه لا تصل النوبه إلى الاستصحاب؛ ليقال بأن مقتضاه بقاء الأرض على حالها فى كونها ملكاً للمسلمين.

وفيه: أن لازم ما ذكر الالتزام بخروج الأرض عن ملك محيياها بمجرد خرابها، فإن شمول ما دل على أن: «من أحيا أرضاً فهى له» (٢) لما بعد الخراب بالإطلاق، فيقدم عليه العموم الدال على أن الخراب ملك للإمام عليه السلام، بل مقتضى هذا العموم دخول الأرض بالخراب فى ملكه عليه السلام، حتى فيما إذا كان ملك الغير بالإرث أو الشراء أو نحو ذلك. ولا أظن أن يلتزم رحمه الله بذلك.

والأظهر ما ذكره المصنّف رحمه الله من عدم خروج الأرض بالخراب عن ملك المسلمين، لا للاستصحاب، ليقال: إنه لا تصل النوبه إليه فى المقام، بل لتقييد الخربه

ص: ٢٩٣

١- (١) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١ : ٧٠٧.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٢، الحديث ٢٢.

بل عن ظاهر الرضا استفاده عدم الخلاف في ذلك من السرائر، لاختصاص أدلّه الموات بما إذا لم يجر عليه ملك مسلم، دون ما عرف صاحبه.

الشرح:

في موثقه إسحاق بن عمار الوارده في مقام بيان الأنفال بالتي لم يوجف عليها بخيل أو ركاب، وبانجلاء أهلها، ولدلاله صحيحه سليمان بن خالد على عدم خروج الأرض الخراب عن ملك مالكةها، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقه»^(١)، حيث إن مقتضى ثبوت أجره المثل على معمر الأرض عدم خروجها عن ملكيه مالكةها. ولا يحتمل الفرق بين طروء الخراب على الأرض التي تكون ملكاً لشخص أو كونها ملكاً لعنوان المسلمين.

نعم ربما يظهر خروجها إلى ملك عامرها وإن كان ملكاً لآخر من قبل من صحيحه معاويه بن وهب، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أئما رجل أتى خربه بائر فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه فيها الصدقه. فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخر بها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها»^(٢)، ولكن هذه مطلقه من جهه إعراض المالك الأول وعدمه، فتحمل على صوره الإعراض؛ لظهور صحيحه سليمان بن خالد في خصوص عدم الإعراض كما لا يخفى.

ثم إنّه لا دلالة لصحيحه سليمان بن خالد على جواز استعمال الأرض وإحيائها ولو بلا رضا مالكةها، والوجه في عدم دلالتها عدم ورودها في بيان هذه الجهه، حيث إن السؤال فيها عن الحق الثابت على مستعملها.

ص: ٢٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٤١٤، الحديث الأول.

إطلاق أرض السواد على العراق باعتبار الغلبه

ثم اعلم أنّ ظاهر الأخبار تملك المسلمين لجميع أرض العراق المسمّى بأرض السّواد من غير تقييد بالعامر، فينزل على أنّ كلّها كانت عامره [١] حال الفتح. ويؤيده أنّهم ضبطوا أرض الخراج كما في المنتهى وغيره بعد المساحه بسّته أو اثنين وثلاثين ألف الف جريب، وحينئذٍ فالظاهر أنّ البلاد الإسلاميه المبتّيه في العراق هي وما يتبعها من القرى من المحياه حال الفتح التي تملكها المسلمون.

وذكر العلامة رحمه الله في كتبه تبعاً لبعض ما عن المبسوط والخلاف أنّ حدّ سواد العراق ما بين منقطع الجبال بحلوان الى طرف القادسيه المتّصل بعذيب من أرض العرب عرضاً ومن تخوم الموصل إلى ساحل البحر ببلاد عبّادان طولاً.

وزاد العلامة رحمه الله قوله: من شرقي دجله، فأما الغربي الذي يليه البصره فإنّما هو إسلامي، مثل شط عثمان بن أبي العاص، وما والاها كانت سباخاً فأحياها عثمان. ويظهر من هذا التقييد أنّ ما عدا ذلك كانت محياه، كما يؤيّده ما تقدّم من تقدير الأرض المذكوره بعد المساحه بما ذكر من الجريب. فما قيل: من أنّ البلاد المحدثه بالعراق مثل بغداد والكوفه والحله، والمشاهد المشرفه إسلاميه بناها المسلمون ولم تفتح عنوه ولم يثبت أنّ أرضها يملكها المسلمون بالاستغنام والتي فتحت عنوه وأخذت من الكفّار قهراً قد انهدمت، لا يخلو عن نظر لأنّ المفتوح عنوه لا يختصّ بالأبنيه حتّى يقال إنّها انهدمت فإذا كانت البلاد المذكوره وما يتعلق بها

الشرح:

وما ذكر المصنّف رحمه الله من لزوم الجمع بين رعايه حكم أرض الخراج وحكم المال المجهول مالكه أو القرعه فيها لا يمكن المساعده عليه. نعم الأوّل احتياط مستحب.

[١] لا يحتمل ذلك عادة، بل إطلاق أرض السواد باعتبار غلبه الحياه على أراضيها، وما ذكره من تأييد كون أرض العراق بتمامها عامره بتحديد أرض الخراج

من قراها غير مفتوحه عنوه فأين أرض العراق المفتوحه عنوه المقدر بستّه وثلاثين ألف ألف جريب؟

وأيضاً من البعيد عادةً أن يكون بلد «المدائن» على طرف العراق، بحيث يكون الخارج منها ممّا يليه البلاد المذكوره مواتاً غير معموره وقت الفتح، والله العالم والله الحمد أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

الشرح:

بما في «المنتهى» (1) وغيره ضعيف، بل لم يعلم وجه التأيد، فتدبر.

إلى هنا انتهى ما أردنا إيراده في المكاسب المحرمه، ويتلوه كتاب البيع إن شاء الله تعالى، والحمد لله أولاً وآخراً.

ص: ٢٩٧

١- (١) المنتهى ٢: ٩٣٧.

وهو في الأصل كما عن المصباح : مبادله مالٍ بمالٍ [١]. والظاهر اختصاص الشرح:

[١] حكى رحمه الله عن المصباح (١) أن البيع لغه مبادله مالٍ بمالٍ، وذكر أن المتبادر من استعمالات لفظ البيع اختصاص المعوض المعبر عنه بالمبيع، بالعين، ولو قال: بعت عيناً، لكان ذكر العين تأكيداً كما أنه لو قال بعت دارى أو عبائتى، فيكون تعيين العين التى يستفاد بذكرها فى البيع تمليكها بعوض.

والحاصل: لا يطلق البيع على مبادله غير الأعيان إلاّ تسامحاً كما فى بعض الأخبار وبعض كلمات الفقهاء التى ذكر فيها بيع خدمه العبد المدبر، وبيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها، وبيع الأرض الخراجيه، فإنّ بيع خدمه العبد لا يكون إلاّ بمعنى تمليك عمله، وبيع سكنى الدار بمعنى تمليك منفعتها، أى قابليتها للسكنى وكذا بيع الأراضى الخراجيه، فإن نفس تلك الأراضى لا يجوز بيعها كما مرّ فيكون المراد من البيع معامله على منفعتها، فإطلاق البيع على تمليك المنفعة فى مثل

ص: ٢٩٩

المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع بغيرها، وعليه استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع.

الشرح:

هذه الموارد كإطلاق الإجاره على تملك العين مجازى.

وفي صحيحه الحلبي قال «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر»^(١).

والمراد بالاستئجار الابتياح لأن إجاره الشجر قبل ظهور الثمره صحيحه، فالنهي باعتبار شراء الثمره قبل حصولها، ولذا نقل في الوسائل الروايه في باب البيع، وليس المراد افتراق الإجاره عن البيع في المتعلق، وأنه يكون متعلق الإجاره بالمنفعه ومتعلق البيع العين ليقال بأنه لا فرق بينهما في هذه الجبهه حيث إنّ الإجاره أيضا تتعلق بالعين، ويقال آجرت الدار سنه بكذا، بل المراد افتراق التملك في البيع عن التملك في الإجاره في ناحيه المتعلق، حيث إنّ متعلقه في الإجاره المنفعه وفي البيع نفس العين.

وبعبارة أخرى: تعلق التملك في الإجاره بالمنفعه مقتضى نفس الإجاره فإنّ معناها تملك المنفعه نظير ما يقال إنّ الأمر يتعلق بالطبيعه دون الوجود وأنّ الوجود يستفاد من نفس الأمر، حيث إنّ طلب الإيجاد، والمراد بالعين مقابل المنفعه، والحقوق، لا خصوص العين الخارجيه فعلاً، بل ما حصل في الخارج كان عينا لا منفعه، ولا حقا، فيعمّ التعريف بيع الدين ونحوه.

ثم إنه يبقى في البين أنّ عنوان البيع ينطبق عرفا على نقل بعض الحقوق إلى الغير بالعوض كما إذا ترك له حق سبقه إلى السوق أو إلى بعض الخانات أو المسجد ونحوها، ودعوى المسامحه في الإطلاق لا تخلو عن مجازفه، حيث لا ترى فيه أى مسامحه أو تجوّز، فالمنع عن جريان الأحكام المختصّه بالبيع على ذلك النقل، بأن

ص: ٣٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢١٨، الباب ٢ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٤. التهذيب ٧ : ٢٠٢، الحديث ٨٩.

الشرح:

لا يكون فيه خيار المجلس والتلف قبل القبض ونحوهما، مشكل جدا.

نعم لا يطلق البيع على تملك المنفعة، بل قوله: ملكت منفعة الدار لسنه بكذا بمنزله قوله: آجرتها بذلك العوض، ولو قال: بعت منفعتها سنه بكذا تجرى عليه أحكام الإجاره بناءً على ما هو الأظهر من صحه الإجاره ونحوها بما إذا كان إنشاؤها بالكنايه أو المجاز الظاهرين.

ويبقى أيضا أنّ البيع بحسب الظهور العرفي فعل البائع، ويتوقف صدقه على تحقّق القبول من المشتري، ولكن الشراء لا يكون بيعا، والمبادله من باب المفاعله تصدق على فعل كل من البائع والمشتري، فلا يكون تعريف المصباح إلا من باب المسامحه والتعريف اللفظي المعبر تبديل لفظ بلفظ آخر يكون أوضح في الدلاله من دون اعتبار التساوى في الصدق.

نعم ربما يستعمل لفظ البيع بمعنى الشراء، ولذا يقال: إن لفظ البيع والشراء يستعمل كل منهما في فعل البائع والمشتري إلا أنه عند الإطلاق ينصرف الأول إلى فعل البائع، والثاني إلى فعل المشتري، لا من فعل الاثنين أو انصراف الكلى إلى بعض أفراده بل من انصراف اللفظ المشترك إلى بعض معانيه.

وبما أن تعريف البيع بالمبادله غير صحيح كما مرّ، فعرفه بعضهم بتبديل المال الذي يكون عينا بعوض، وهذا التبديل في الإضافه بأن يكون العوض قائما مقام العين في كونه طرفا في الإضافه الحاصله بينها وبين مالکها، كما لو كان المضاف إلى زيد الثوب وبعد بيعه من عمرو يكون العوض قائما مقام الثوب في تلك الإضافه، وكذا في باب الإرث التغيير في المضاف إليه بأن ما كان في الخارج من الأموال مضافاً إلى زيد وبعد موته تكون إضافتها إلى ورثته.

وبعبارة أخرى: كأنّ البائع يبيعه يفكّ علقته بالمتاع، ويشدّها بالثمن، كما تفكّ

نعم، ربّما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثيرٍ من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمه المدبّر، وبيع سكنى الدار التى لا يُعلم صاحبها، وكأخبار بيع الأرض الخراجيه وشرائها. والظاهر أنّها مسامحه فى التعبير، كما أنّ لفظ الإجاره يستعمل عرفاً فى نقل بعض الأعيان كالثمره على الشجره.

الشرح:

علقه المشتري بالثمن، ويجعل مكانها المتاع، وهذا بخلاف باب الإرث فإنه يكون المضاف إليه فى الإضافه الحاصله فى الأموال هو الوارث بعد مورثه.

وفيه: أنه قد لا- يكون فى البيع تبديل مال بآخر بالمعنى المزبور، كما فى بيع الكلى على الذمه، فإن ذلك الكلى ما لم تقع عليه المعامله لا يكون ملكا ومضافا إلى أحد. نعم بالمعامله يتملكه المشتري من الباع، ويكون مالا له فلا يتصور فيه فكّ ملك وعقد علقه الملكيه بمال آخر حتى يتحقّق التبديل فى الإضافه.

ولو قيل بأنّ البيع عباره عن تملك المال الذى لا يكون منفعه بعوض لا يبعد شموله للكلى على الذمه، فإنّ الكلى وإن لا يكون مضافا لأحد ما لم تتم المعامله عليه، إلاّ أنه يكون فى نفسه مالا حيث يبذل بإزائه مال.

والحاصل: الكلى المزبور قبل المعامله لا- يكون مالا- للبائع، بأن يكون ملكا له، فيقال: إنّه ذو مال، إلاّ أنّه فى نفسه مال حيث يرغب العقلاء إلى بذل العوض له، ونظير ذلك ما نذكر فى عمل الحر، فإنّ عمله مال حيث يرغب إلى بذل العوض له بالاستتجار ونحوه، ولكن ما دام لم تجرى عليه المعامله لا- يكون مالا- وملكا لأحد، والإجاره أيضا تملك مال بعوض إلاّ أنّ المال الذى يكون متعلق التملك فى الإجاره هى المنفعه كما تقدّم، والمراد بالعوض ما يكون موجبا لخروج العين عند تملكها عن المجانيه.

ثم إنّ المعاوضه إمّا بين عوضين، كما إذا عاوض كتابه بعباءه الغير، وإمّا بين

الشرح:

ثمنين، كما إذا عاوض دراهمه بدنانير، وإمّا بين عوض وما هو من الأثمان، وهل يطلق البيع على كل من الأقسام الثلاثة، أو يختص بالأخير.

فصل السيد الخوئي قدس سره وذكر في القسم الأول أنه تارة لا يكون لأحدهما غرض في خصوص العوض الذي يأخذه، بل غرضه من أخذه الإمساك بماليه المتاع الذي يملكه الآخر، ولذا لو كان الآخر يعطيه الثمن أخذه بإزاء متاعه، وقد يكون للآخر غرض في خصوص المتاع الذي يأخذه، ويتفق ذلك غالباً في الأمتعة التي تباع في القرى لأهلها، حيث يعطى حامل القماش إياهم القماش، ويأخذ بدل الدراهم والدنانير، الحنطة والشعير ونحوهما، باعتبار أنّ المشتري لا تيسّر له الدراهم والدنانير، ففي هذه الصورة من يبذل المتاع الذي للآخر في خصوصيته غرض البائع، والآخر مشتري، وأخرى يكون لكل منهما غرض في خصوص متاع صاحبه، فهذه معاوضه، لا بيع، والمعاوضه أعمّ ويعمّها مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١).

وأما القسم الثاني وهي المعاوضه بين الأثمان فلو كان الثمنان رائجين عند المتعاملين، كمن عاوض الدينار العراقي بالدراهم العراقيه، فلا تكون المعاوضه بيعاً كما تقدم، بخلاف ما إذا كان أحدهما رائجا عندهما، كمن عاوض في العراق الاسكناس بالدينار العراقي، فإن عمل صاحب الاسكناس بيع، وعمل الثاني شراء.

أقول: تمييز البائع من المشتري بما ذكر مبني على الالتزام بأنّ البيع هو المبادله بين المالين، وبما أنّ المبادله فعل الاثنين، فيحتاج في تشخيص البائع والمشتري إلى أمرٍ آخر، وأما بناءً على ما ذكرنا من كون البيع هو تمليك المال بعوض، والتمليك أمر إنشائي فكل من أنشأه فهو البائع، كما أنّ الشراء هو التملك بعوض، فكل من أنشأ

ص: ٣٠٣

وأما العوض، فلا إشكال [١] في جواز كونها منفعه، كما في غير موضع من القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد ولا يبعد عدم الخلاف فيه.

الشرح:

التملك أو الرضا بالتملك فهو المشتري، سواء كان الإنشاء بالقول أو الفعل، وفي الأخبار الواردة في السلم، وبيع المتجانسين، والصرف، والرجوع إلى العرف، شهادة على ما ذكرنا، فلاحظ.

[١] ذكر قدس سره جواز كون العوض في المبادله منفعه، بلا-خلاف. نعم نُسب إلى البهبهاني رحمه الله الخلاف في ذلك، ولعل منشأ خلافه ما يذكر في كلام الفقهاء من كون البيع لنقل الأعيان، ولكن هذا الكلام كقولهم الإجاره لنقل المنافع، ناظر إلى بيان حال المعوض.

ثم إنَّ عدم الإشكال في جعل المنفعه عوضاً إنّما هو فيما إذا كانت المنفعه مالاً كمنافع العبد، والحر بعد تعلق الإجاره بعمله، فإنَّ عمله بها يكون مالاً للمستأجر، إذا كان العوض عمله قبل وقوع الإجاره به، كما إذا بادل كتاباً بخياطه الآخر ثوبه، ففي كونها بيعاً إشكال، فإنَّ عمل الحر بعد هذه المبادله وإن كان مالاً لصاحب الكتاب، إلاَّ أنَّ المعتبر في كونها بيعاً كون العوض مالاً قبلها، كما هو ظاهر تعريف المصباح.

أقول: لازم الإشكال في جعل عمل الحر عوضاً في البيع، الإشكال في جواز بيع الكلي على الذمه فإنَّ ما ذكره في وجهه من لزوم كون العوضين مالين قبل المعاوضه جارٍ فيه أيضاً، وإلاَّ احتمال الالتزام منه رحمه الله أو من غيره ببطلان بيع السلم، وغيره ممَّا يكون المبيع من الكلي على الذمه، وعليه فلا- إشكال في جعل عمل الحر عوضاً في البيع، بل كما ذكرنا بأنَّ عمل الحر كالكلي على الذمه في نفسه مال، حيث يبذل بإزائه المال، بالاستيجار ونحوه، غايه الأمر لا يضاف إلى أحد قبل المعاوضه بأنَّ يقال: إنه ذو مال.

وقد يستدل على عدم كون عمل الحر قبل المعاوضه مالاً بوجهين:

نعم نُسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أنّ البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إنّ الإجاره لنقل المنافع.

وأما عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّ قبل المعاوضه عليه من الأموال فلا إشكال، وإلاّ ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضه كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

الشرح:

الأول: عدم كونه محققاً للاستطاعه في الحج، فإذا كان متمكناً على عمل في طريق الحج، بحيث تكون أجرته وافيه لمصارف الحج، لا يجب عليه الخروج إلى الحج، ولو كان العمل كما ذكر مالاً لتّمّت الاستطاعه المعتبره في وجوبه.

وفيه: أنّ عمل الحر قبل المعاوضه عليه مال حيث يبذل بإزائه المال بالاستيجار ونحوه، ولكن قبلها لا يضاف إلى أحد حتى إلى فاعله بأن يقال: إنه ذومال والعمل ملك ومال له، والمعتبر في وجوب الحج كون المكلّف ذا مال بأن يكون عنده ما يحج به.

الثاني: أنّ الحر إذا لم يكن أجيراً وحبسّه الجائر لا يضمن له ما يفوته بذلك، من أعماله ولو كانت أعماله أموالاً لضمنها، كما في إتلاف غيرها من الأموال.

والجواب: أنّ عمل الحر وإن كان مالاً - إلاّ أنه لا يضاف قبل المعامله عليه إلى العامل، أو غيره، والموضوع للضمان إتلاف مال الغير وبهذا يظهر أنه لا فرق بين كون الحر كسوباً أو غيره، فاحتمال الضمان في الكسوب كما عن السيد اليزدي رحمه الله والجزم به كما عن السيد الخوئي رحمه الله ضعيف، كما ظهر ممّا تقدم ضعف ما ورد عن المحقق الإيرواني رحمه الله من أنّ الأصل في إضافه الأموال إلى الأشخاص هي الحيازه، فبها تضاف الأموال إلى الأشخاص وباقي المملّكات تكون مملّكه بعدها، ووجه ظهور ضعفه أنّ

ص: ٣٠٥

وأما الحقوق [١] فإن لم تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه والولاية الشرح:

العقد على عمل الحر أو الكلى على الذمه مملّك وموجب لإضافتهما إلى المشتري، وهذه الإضافة حادثه وليست مسبوقه بإضافه أخرى حاصله بالحيازه أو غيرها.

هذا مع أنّ الحيازه لا تكون مملّكه فى غير المنقولات، بل الموجب لدخول الأرض الميته فى الملك هو الإحياء، كما ذكرنا ذلك عند التكلم فى أقسام الأراضى من المكاسب المحرّمه.

[١] تعرّض رحمه الله لكون العوض فى المبادله من الحقوق، وذكر أنها على أقسام ثلاثه:

قسم منها لا يقبل الإسقاط مطلقا، بلا عوض أو مع العوض، كحقّى الولاية والحضانه، وهذا هو المراد من قوله: لا يقبل المعاوضه بالمال.

وقسم منها قابل للإسقاط مجانا أو مع العوض، ولكن لا يمكن تمليكه للآخر بحيث يكون ملكا للمنقول إليه، كالخيار والشفعه، وفى هذين القسمين لا يصح جعل الحق عوضا فى البيع، فإن قوام البيع بتملك صاحب المعوّض العوض بإزاء ما يخرج من ملكه والمفروض فى مورد الكلام أنه غير قابل لتملك صاحب المعوّض.

والوجه فى عدم كونه قابلاً لتملكه فى القسم الأول ظاهر، وأما فى القسم الثانى فلأنّ الحقّ فيه إضافه خاصه وسلطنه مخصوصه قائمه بذى الحق ومن عليه الحق، فذو الحق يكون مسلّطاً على من عليه ذلك الحق فبتمليكه للآخر يكون ذلك الآخر مسلّطاً على نفسه وتسلّط الإنسان على نفسه غير معقول.

وعن صاحب «الجواهر (١)» رحمه الله قياس بيع الحق ممّن عليه ببيع الدين ممّن عليه، وهذا القياس فاسد فإنّ بيع الحق يفترق عن بيع الدين بتملك الإنسان ما فى ذمته فتصبح نتيجة التملك سقوطه، حيث إنّ الملكيه إضافه خاصه بين المالك والمال،

ص: ٣٠٦

فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل التّقل؛ كحقّ الشّفعة وحقّ الخيار، لأنّ البيع تملكه الغير. ولا ينتقض بيع الدّين على من هو عليه، لأنّه لا مانع من كونه تملكاً فيسقط، ولذا جعل الشّهد في قواعده «الإبراء» مردّداً بين الإسقاط والتّملك.

الشرح:

ومن عليه المال لا- يكون طرف الإضافه بأن يكون دخيلاً- في تحقّق الملكيه ليكون تملكه الدين موجبا لاتحاد طرفي الإضافه، والشاهد لإمكان تملك الإنسان ما على ذمته، ما عن الشّهد رحمه الله في قواعده من جعل الإبراء مردّداً بين إسقاط الدين عن ذمه المديون ابتداءً أو تملكه إياه ونتيجته التملك السقوط، وهذا بخلاف الحق كما مرّ، فإنها إضافه مخصوصه يكون طرفها ذا الحق ومن عليه الحق، فيكون تملكه ممّن عليه موجبا لاتحاد طرفي الإضافه.

وذكر رحمه الله القسم الثالث من الحق وهو ما يكون قابلاً لنقله إلى الغير، بأن يملكه الغير كحقّي التحجير والسبق، فإنّ الحق في هذا القسم يكون سلطنه خاصه قائمه بين العين والشخص، ولا يكون المنقول إليه طرف الإضافه كما في القسم السابق، إلا أنّ في وقوع هذا القسم من الحق عوضاً في البيع إشكالاً باعتبار أنّ الحق لا يكون مالاً، ويعتبر في صدق البيع على المعامله كون العوض مالاً، كما هو ظاهر تعريف المصباح وظاهر كلمات الفقهاء عند تعرّضهم لشرايط العوضين في البيع وتعرّضهم لشرايط الأجره في الإجاره.

أقول ما ذكر رحمه الله في القسم الثاني كحقّي الخيار والشّفعة يرد عليه أنّ الخيار أو الشّفعة لا يتعلق بالمال ولا بالمالك، بل يكون متعلقهما نفس العقد على ما ذكر توضيحه في بحث الخيارات، وعليه فلا يلزم من نقلهما إلى الغير اتحاد طرفي الإضافه، وكيف لا- يكون الخيار أو الشّفعة قابلاً- للانتقال إلى الغير مع أنّهما عنده يورثان كما ذكر رحمه الله في أحكام الخيارات، ولو سلم كون مثلهما حقاً كما ذكر فلازمه عدم جواز تملكه لمن عليه

ص: ٣٠٧

والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكا لِمَا في ذمته فيؤثر تملكه السقوط ولا يعقل أن يتسلط على نفسه والسر: أن هذا الحق سلطنه فعليته لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك، ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم.

الشرح:

الحق ولا من الغير الأجنبي لعدم محذور اتحاد طرفي الإضافة في الثانى.

وأما ما ذكره في القسم الثالث من وقوعه عوضا عن البيع مشكلاً لعدم كونه مالاً.

ففيه: أولاً: أنه لا-شهاده في تعريف المصباح على اعتبار المالىه فى العوض، فإنه من التعريف اللغوى، ولا-اعتبار أيضا بظاهر كلمات الفقهاء مع فرض صدق البيع عرفا فى مورد جعل الحق عوضا، فإن ظاهر كلماتهم فى المقام لا يزيد على ظواهرهم فى عدم كون المعاطاه بيعا، حيث إن احتمال وجه الاتفاق أو إحرازه أو عدم تماميته لا يرفع اليد عن أدله جواز البيع ولزومه.

وثانيا: الحق فى هذا القسم مال، حيث يبذل بإزائه المال كسائر الأعيان والمنافع التى يكون اعتبار المالىه فيها يبذل العوض فى مقابلها عند المعامله، وأما القسم الأول المذكور فى كلامه فالصحيح أنه نفس الحكم الشرعى وليس من الحق فى شىء، فإن الحق يطلق على سلطنه الشخص باعتبار أن سقوطها وثبوتها بيده وإذا لم يكن السقوط والثبوت بيده تكون كسائر الأحكام المجعوله لآحاد المكلفين فى ثبوتها لموضوعاتها ما دام الموضوع باقياً، فلا فرق بين ولايه الأب أو الجد على الطفل وماله وبين جواز تصرفهما فى مال نفسهما فى كون كل منهما حكما مجعولاً من قبل الشارع، وبما أن الحكم لا يتعدى عن موضوعه فلا يعقل جعله عوضا فى البيع ونحوه.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله (1) عدم جواز جعل الحق عوضا لا لما ذكره المصنف رحمه الله

ص: ٣٠٨

وأما الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير ونحوه فهي وإن قبلت التّقل وقوبلت بالمال في الصّلح، إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه وعرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين، ولما يصحّ أن يكون أجره في الإجاره في حصر الثمن في المال.

الشرح:

فإنّه غير تام كما مرّ، بل من جهة أنّ الحق على إطلاقه حكم شرعى غايه الأمر يكون قابلاً للإسقاط وبالإسقاط ينتهى أمره.

وبعبارة أخرى: لا- فرق بين جواز فسخ الهبه والرجوع فيها وبين جواز فسخ العقد بالخيار، وكذا لا- فرق بين جواز قتل الكافر الحربى وبين جواز قتل ولى المقتول القاتل، وأنّ الجواز فى هذه الموارد من سنخ واحد غايه الأمر فى موارد إطلاق الحق يكون قابلاً للإسقاط بخلاف عدم إطلاق مورده، وهذا لا يخرجّه عن كونه لازماً أو جائزاً شرعاً والحكم الشرعى بنفسه غير قابل لجعله عوضاً عن المبيع.

نعم يمكن جعل إسقاطه المفروض كونه عملاً- عوضاً فى البيع ونحوه ولكنه خارج عن الكلام فى المقام، فإن الكلام فى انتقال الحق إلى الغير وليس إسقاط من له الحق حقّه، كما أن مثل الأرض التى تكون مورداً لحق السبق أو التحجير لا- يكون جعلها عوضاً مورد الكلام بل مورده جعل نفس الحق، هذا مع أنّه لا- معنى لنقل مثل حق الشفعه إلى الغير فإنّه إن كان تمليكك حق الشفعه لمشتري الحصة فهو غير معقول فإنّه من اللغو لتملكه الحصة بالشراء، وإن كان تمليكه الأجنبى من قبيل تعديه الحكم من موضوعه إلى غيره، فإنّ موضوع حق الشفعه هو الشريك.

ثم لو قلنا بأنّ الحق مرتبه ضعيفه من السلطنه حيث إنّ الملكيه عموم السلطنه والحق خصوصها، فلا يمكن أيضاً جعله عوضاً فى البيع، فإنّ البيع هو المبادله فى

الشرح:

متعلق الملكيه اى المالين فلا يعمّ مبادله نفس الملكيه.

أقول: لم يذكر رحمه الله شاهداً على أنّ الحق عبارته عن الجواز أو اللزوم الشرعيين غايه الأمر يكونان قابليين للإسقاط، فإنّ ثبوت الحق فى موارد عدم ثبوت الجواز أو اللزوم آيه كون غيرهما، كما إذا باع داره ببيع الخيار، ثم عرض له السفه، فإنّ وليه يقوم مقامه، وكذا لو كان شريك الحصه المبيعه سفيها لا يصح له الأخذ بالشفعه فإنّ وليه يقوم مقامه، مع أن الخيار كان مجعولاً للبايع والشفعه مجعوله للمولى عليه، فهو للشريك لا- وليه. ومثل حق التحجير أو السبق أولويه معتبره للشخص بالإضافة إلى الأرض أو غيرها، وهذه الأولويه فى نفسها قابله للنقل بجعلها للآخر عوضاً أو مجاناً، لما هو مقتضى أدله حل البيع ونفوذ الصلح وغيرها، ولذا يورث حق التحجير وحق قصاص الأعضاء، كما إذا مات من له حق القصاص قبل الاستيفاء، ولا يكون هذا من التعدى من موضوع الحكم إلى غيره.

والحاصل: أنّ الحق فى جميع هذه الموارد أمر اعتبارى ونحو من الأولويه، ولا- منافاه بين كون الموضوع لحق الشفعه مثلاً هو الشريك وبين تمليكها للأجنبى، فإنّ ثبوتها للأجنبى بالمعامله نتيجته العمل بخطاب حق الشفعه وخطاب حل المعاملات من البيع وغيره، نظير الجبوه حيث إنها للولد الأكبر ولا ينافى تملك الغير إياها بالمعامله مع الولد الأكبر.

وثانياً: لا- بأس بتعلق البيع أو غيره بالحق حتى مع الالتزام بأنه جواز أو لزوم شرعى قابل للإسقاط، حيث لا يُيّد فى اعتبار العقلاء المالىه فى اللزوم أو الجواز الإضائى التأسيسى، وبذلك يصح وقوعهما مورد المعامله، والبيع كما تقدّم هو التمليك بعوض، ولو لم يكن الحق صالحاً للنقل والتمليك فلا ينبغى الريب فى صحه

ثم الظاهر أن لفظ «البيع» ليس له حقيقه شرعيه ولا متشرعيه بل هو باقٍ الشرح:

جعله عوضاً في التمليك، حيث يخرج به التمليك عن المجانيه.

وبتعبير آخر: يكون سقوطه في تمليك الشيء عوضاً.

وقد يقال: إنه عند الشك في قابليه الحق للنقل شرعاً لا يمكن التمسك بـ «أحلَّ الله البيع» (١) و«أوفوا بالعقود» (٢) و: «الصلح جائز بين المسلمين» (٣)، وإنما يصح التمسك بعد إحراز قابليه الشيء للنقل والشك في أسباب النقل، بأن يحتمل أن لنقله سبباً خاصاً لا يتحقق بتلك المعاملات، كما لا يصح التمسك بها عند الشك في حليته فعل وحرمة مما يقع مورداً للمعامله كالغناء في كلام صحيح، فإنه لا يمكن التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» وإثبات صحه المعامله واستكشاف حليتها بالملازمه.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإن الموضوع في العمومات والمطلقات في اعتبار العرف هو البيع والعقد والصلح وغيرها، وبعد إحراز قابليه الشيء للنقل في اعتبارهم وصدق عنوان البيع أو الصلح والعقد بحسب أنظارهم، يكون عدم شمول العمومات والمطلقات لاحتمال التخصيص أو التقييد، فيؤخذ بهما ما دام لم يحرز التخصيص أو التقييد، ولا يقاس بما إذا شك في حليه فعل في نفسه، حيث قد يقال: العمومات والمطلقات في المعاملات لم ترد لبيان الحكم التكليفي للأفعال بعناوينها الأولى، ولا يجوز التمسك بالعموم الوارد لبيان الحكم للفعل بعنوانه الثانوي لرفع الإجمال عن الخطاب الوارد في بيان حكم ذلك الفعل بعنوانه الأولى، فالصحيح جواز هذا التمسك في مثل المقام مما لا يؤخذ في موضوع الحكم بعنوانه الثانوي في ثبوت الحكم الأول.

ص: ٣١١

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٤٣، الباب ٣ من أبواب الصلح، الحديث ٢.

على معناه العرفي كما سنوضحه إن شاء الله. إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه [١]، ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها، «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي». وحيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال»، وحيث إن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ؛ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه «بنقل العين بالصيغة المخصوصة».

ويرد عليه مع أن النقل ليس مرادفاً للبيع، ولذا صرح في التذكرة: بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت» وجعله من الكنايات، وأن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة: أن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة.

الشرح:

[١] ثم إنه إذا لم يكن للفظ البيع حقيقته شرعيته ولا متشريعته يكون التعاريف الواردة في كلمات الفقهاء بيانا لمعناه العرفي الذي تعلق به الأحكام في الخطابات الشرعية.

وعن المبسوط (١) والتذكرة (٢) وغيرهما (٣) أن البيع انتقال عين من شخص إلى آخر بعوض مقدّر، ولكن المسامحة في هذا التعريف واضحة، لأن الانتقال أثر للبيع، لا أنه عينه، واعتبار التقدير في العوض لا وجه له، فإن تعيين الثمن من شروط صحة البيع شرعا، لا لصدقه عرفا.

وعن الجماعه (٤) أنه الإيجاب والقبول الدالّان على الانتقال.

وهذا أيضا غير صحيح، فإن البيع من الأمور الإنشائية التي تكون الدلالة عليه

ص: ٣١٢

١- (١) المبسوط ٢: ٧٦.

٢- (٢) التذكرة ١: ٧٦٢.

٣- (٣) أنظر القواعد ١: ١٢٣، والتحرير ١: ١٦٤.

٤- (٤) منهم: المحقق في المختصر النافع: ١١٨، والشهيد في الدروس ٣: ١٩١، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٤.

ولا يندفع هذا بأن المراد أن البيع نفس النقل العذى هو مدلول الصيغه، فجعله مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعت»: نقلت بالصيغه، لأنه إن أريد بالصيغه خصوص «بعت» لزم الدور، لأن المقصود معرفه مادّه بعت، وإن أريد بها ما يشمل «ملكّت» وجب الاقتصار على مجرّد التمليك والنقل.

الشرح:

بالإيجاب والقبول، وليس هو نفس الدال كما هو ظاهر التعريف، وإلا لم يمكن إنشاؤه باللفظ، فإن القابل له هو المعنى لا اللفظ.

وعن جامع المقاصد (1) تعريفه بنقل العين بالصيغه المخصوصه، وأورد المصنف رحمه الله على تعريفه أمورًا ثلاثه.

الأول: أن نقل العين لا- يكون مرادفا للفظ البيع حتى يصح تعريفه به، ولذا تكون إرادته البيع من لفظ النقل بطور الكنايه، كما صرح به في «التذكره».

أقول: هذا لو أريد من النقل، النقل الخارجى الذى يكون بتبديل مكان الشىء ورفع عن محله الأولى، فإنّ هذا كنايه عن البيع، وأمّا إذا كان المراد منه النقل الاعتبارى فهو عين البيع، اللهم إلا أن يقال: لا يصدق النقل الاعتبارى فى مثل بيع الكلى على الذمه أو تمليك عمل الحر، فإنّهما لا يكونان قبل المعامله ذات إضافه حتى يصدق النقل.

الثانى: أنّ المعاطاه عند جامع المقاصد بيع، ولكن لا يعمّها التعريف باعتبار عدم كون المعاطاه باللفظ.

الأمر الثالث: أنّ النقل بالصيغه غير قابل للإنشاء، بل القابل له نفس النقل.

لا يقال: لنقل العين سنخان: أحدهما اعتبارى وثانيهما خارجى، فليس ذكر قوله الصيغه لتقييد النقل بها؛ ليكون معنى لفظ البيع هو النقل بالصيغه، بل هو عنوان

ص: ٣١٣

فالأولى تعريفه [١] بأنه: «إن شاء تملكك عين بمال» ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

الشرح:

مشير وللإشارة إلى كون ذلك البيع سنخ اعتبار في نفسه، فتوجد الصيغة بوجوده.

فإنه يقال: يبقى في التعريف المزبور إشكال آخر، وهو أنه إن أريد بالصيغة خصوص صيغته بعت لزم الدور، فإنه مقتضى أخذ مادة البيع في تعريفه، وإن أريد الأعم بحيث يشمل ملكة أيضا، فلازمه الاقتصار في إنشاء البيع بلفظي نقلت وملكته.

أقول: إشكال الدور أو لزوم الاقتصار في إنشاء البيع بصيغتي «نقلت» و«ملكته» مندفع بإمكان كون المراد بالصيغة المخصوصه، اللفظ الصالح لإنشاء ذلك السنخ من النقل، ولم تؤخذ مادة البيع في التعريف حتى يلزم الدور، ولا خصوص الصيغتين حتى يلزم الاقتصار، ومع أخذ مادة البيع في التعريف كما إذا قيل بأن البيع نقل العين بلفظ بعت لا يوجب دورا، فإن المراد به في المعرف بالكسر لفظه وفي المعرف بالفتح معناه المرتكز عند الأذهان، والمطلوب بالتعريف معرفه حدود ذلك المعنى المرتكز من جهه سعته وضيقه، بأن يعلم أنه لا يعم نقل غير العين ولا نقلها المنشأ بغير ذلك اللفظ.

والحاصل: يمكن معرفه المعنى من جهه ضيقه وسعته بالتعريف المزبور بلا محذور.

[١] قد عرّف رحمه الله البيع بأنه: «إنشاء تملكك عين بمال»، ولكن يرد عليه أن البيع ليس إنشاء التملك المزبور، بل نفسه تملك ويكون الإنشاء إيجادا للبيع، وإلا فلو كان الإنشاء مأخوذا في معنى البيع لم يكن قابلاً للإنشاء، كما ورد في تعريف جامع المقاصد.

ثم إنه رحمه الله تعرّض لما يمكن الإيراد به على تعريفه الذي ذكره.

الأول: أنه إذا كانت حقيقه البيع تملكك العين بمال لصح إنشاؤه بصيغته

نعم، يبقى عليه أمور:

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملك» وإلا لم يكن مرادفاً له. ويردّه: أنه الحقّ كما سيجيء.

ومنها: أنه لا يشمل بيع الدّين على من هو عليه، لأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه.

وفيه مع ما عرفت وستعرف من تعقّل تملكك ما على نفسه ورجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملكك ما هو مساوٍ لما في ذمته، وسقوطه بالتهاتر: أنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع، إذ ليس للبيع لغه وعرفاً معنى غير المبادله والتقل والتملك وما يساويها من الألفاظ، ولذا قال فخر الدين: إن معنى «بع» في لغة العرب: ملكت غيري، فإذا لم يعقل ملكيه ما في ذمّه نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع.

الشرح:

«ملك»، كما هو مقتضى الترادف بين التملك والبيع، وأجاب بصحة الإنشاء.

الثاني: أنه يصح بيع الدين على من هو عليه، مع أنه لا يكون فيه تملك عين بعوض، فإنه لا يصح للإنسان تملك المال على نفسه. وأجاب رحمه الله بصحة كون الإنسان مالكا لما عليه، فتكون نتيجة ذلك سقوط الدين عنه، ولو لم يمكن كونه مالكا كذلك لم يصح بيع الدين منه، لأنه لا معنى للبيع إلا التملك.

الثالث: أن التعريف شامل للمعاطاه، مع أنهم ذكروا عدم كونه بيعا.

والجواب: أنها بيع عند الكل، ومراد النافين أنها ليست بيعا صحيحا، كما سيأتي.

الرابع: أن البيع فعل البائع على ما مرّ سابقا ولو يكون صدقه عليه مشروطا بقبول المشتري، ولكن التعريف المزبور يعمّ الشراء فإنّ المشتري أيضا يملك ماله بإزاء المبيع.

والجواب: أن البيع في نفسه تملك العين بمال، والشراء لا يكون كذلك، بل

ومنها: أنه يشمل التملك بالمعاطاه، مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً.

وفيه: ما سيجيء من كون المعاطاه بيعاً، وأن مراد الثافين نفى صحته.

ومنها: صدقه على الشراء، فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

وفيه: أن التملك فيه ضمنى، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملك»، تقدم على الإيجاب أو تأخر. وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث إن الاستئجار يتضمن تملك العين بمال، أعنى: المنفعه.

ومنها: انتقاض طرده بالصالح على العين بمال، وبالهبة المعوضه.

وفيه: أن حقيقه الصلح ولو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابله والمعاوضه، بل معناه الأصلي هو التسالم، ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال.

الشرح:

الشراء إنشاء تملك مال الغير بإزاء الثمن. نعم، يكون هذا الإنشاء متضمناً لتمليك الثمن بإزاء المبيع.

وبتعبير آخر: ما هو فعل البائع هو إنشاء ملكيه المبيع لصاحب الثمن بإزاء الثمن ويكون لازم ذلك تملك الثمن بإزاء المبيع، إلا أن هذا التملك لم ينشأ إلا تبعا، كما أن فعل المشتري ابتداءً تملك المبيع بإزاء الثمن ولازم إنشائه تملك الثمن لصاحب المبيع بإزاء المبيع، فيكون هذا التملك ضمئياً، يعنى لازماً للمدلول المطابقى لإنشائه، ولذا لا يصدق عنوان الشراء على قوله: «ملكتهك الثمن بمتاعك»، سواء تأخر عن الإيجاب أو تقدم، بخلاف قوله: «ملكتهك بمتاعك بهذا الثمن»، فإنه شراء كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى استئجار عين بعين، وأن قبول المستأجر لا يكون فى

نعم، هو متضمّن للتّملك إذا تعلّق بعين، لا أنّه نفسه. والذي يدلّك على هذا: أنّ الصّالح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعه، فيفيد التّملك. وقد يتعلّق بالانتفاع به، فيفيد فائده العاريه، وهو مجرّد التّسليم، وقد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، وقد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشّريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الرّبح لك والخسران عليك» فيفيد مجرّد التّقرير. فلو كانت حقيقه الصّالح هي عين كلّ من هذه المفادات الخمسه لزم كونه مشتركاً لفظياً، وهو واضح البطلان، فلم يبق إلاّ أن يكون مفهومه معنى آخر، وهو التّسالم، فيفيد في كلّ موضع فائده من الفوائد المذكوره بحسب ما يقتضيه متعلّقه. فالصّالح على العين بعوض: تسالم عليه، وهو يتضمّن التّملك، لا أنّ مفهوم الصّالح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو إنشاء التّملك، ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً، بخلاف طلب التّملك.

الشرح:

نفسه إنشاء تملك العين بإزاء المنفعه، بل قبوله إنشاء تملك المنفعه بإزاء العين.

الخامس: أنّ التعريف المزبور يعمّ الصّالح على عين بمال كما يعمّ الهبه المعوضه المتعلّقه بالعين.

والجواب: أنّ الصّالح على عين بمال، لا يكون تملك تلك العين بذلك المال، بل هذا التّملك نتيجة الصّالح المزبور، وبيان ذلك أنّ الصّالح من الأمور الاعتباريه، حيث إنّه عقد ومدلول ذلك العقد والمتحقّق به هو التّسالم، يعنى التّسالم الاعتبارى الذى يكون أمراً إنشائياً ويعبر عنه فى لغه الفرس ب(سازش)، وهذا التّسالم لا بد من كونه فى أمر وذلك الأمر يكون ملكيه العين، أو المنفعه أو الانتفاع بالعين، أو سقوط حق أو ثبوت قرار بين شخصين أو أكثر، كقرار الشريكين فى كون الخسران أو النفع فى المعامله على أحدهما وهكذا، فتكون نتيجة تماميه الصّالح فى الأول: تملك العين،

ص: ٣١٧

وأما الهبة المعوّضه والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض فليست إنشاء تملك بعوض على جهه المقابله، وإلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر، مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبه. بل غايه الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته.

فالظاهر أنّ التعويض المشترط في الهبه كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تملكاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقه المعاوضه والمقابله مقصوده في كلّ من العوضين، كما يتّضح ذلك بملاحظه التعويض الغير المشترط في ضمن الهبه الأولى.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقه تملك العين بالعوض ليست إلاّ البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا» كان بيعاً، ولا يصحّ صلحاً ولا هبه معوّضه وإن قصدتهما، إذ التملك على جهه المقابله الحقيقه ليس صلحاً، ولا هبه، فلا يقعان به.

الشرح:

وفي الثاني: تملك المنفعه، وفي الثالث: تملك الانتفاع، وفي الرابع: سقوط الحق، وفي الخامس: ثبوت القرار.

فهذه الأمور من متعلّقات الصلح، لا أن الصلح في نفسه عباره عن هذه الأمور وإلاّ لزم كون لفظ الصلح مشتركاً لفظياً، لعدم تحقّق التملك في جميع ما ذكر من موارد، فالصلح على العين بمال يتضمن تملكها بذلك المال فيكون التملك المزبور فائده له.

والوجه فيما ذكروا من أنّ طلب أحد الخصمين من الآخر الصلح على العين المتنازع في ملكها لا يكون إقراراً بالملكه، بخلاف طلب بيعها فإنّه اعتراف بملكه الآخر، ولو كان الصلح على عين بعوض بنفسه تملكها بعوض لما كان بين الصورتين فرق، وأما الهبه المعوّضه فالمراد الهبه التي يشترط التعويض فيها، وأما

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصّريحة توجّه تحقّقهما مع قصدهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصّالح والهبة المعوّضه، محلّ تأمل، بل منع، لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو أتى بلفظ «التمليك بالعوض» واحتمل إرادته غير حقيقته كان [مقتضى] الأصل اللفظي حملة على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكن الظاهر أنّ الأصل الشّرح:

الهبة التي عوض عنها من غير كون التعويض شرطاً فلا وجه لتوهم شمول تعريف البيع لها، ولذا ذكر المصنف رحمه الله والمراد بها هنا (يعنى في الاعتراض على تعريف البيع)، وحاصل دفعه الاعتراض أنّ الهبة ليست في حقيقتها المقابلة بين المالكين كالبيع، بل يكون تملك المال فيها مجاناً والعوض المشروط فيها عوض لنفس الهبة لا عن المال الموهوب، ولذا لا يملك الواهب ذلك العوض بمجرد هبه ماله للآخر.

وبتعبير آخر: التعويض في الهبة المشروطة كالتعويض في غير المشروطة في كون تملك المال من الآخر بتمليك جديد، وهذا التملك الجديد يذكر شرطاً في الهبة المشروطة. ثم قال رحمه الله: غايه الأمر أنه لو لم يعمل الآخر بالشرط لكان للواهب الرجوع في هبته.

أقول: ظاهر الشرطية اختصاص جواز رجوع الواهب في هبته بصورة عدم وفاء الآخر بالشرط، ولكن ليس الأمر كذلك، فإنّه يجوز للواهب الرجوع في هبته ما لم يتحقق التعويض، سواء اشترط التعويض أو لا، ومع التعويض يسقط جواز الرجوع اشترط أو لا، على ما يستفاد ذلك من مثل صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع» (1).

ص: ٣١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٤٢، الباب ٩ من أبواب كتاب الهبات، الحديث الأول.

بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء توضيحه في مسأله المعاطاه فى غير البيع إن شاء الله. بقى القرض داخلاً [١] فى ظاهر الحدّ ويمكن إخراجہ بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضه بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو قيمه، لا معاوضه للعين بهما، ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضه، ولا الغرر المنفى فيها، ولا ذكر العوض ولا العلم به فتأمل.

الشرح:

[١] هذا هو الاعتراض الأخير فى كلامه على التعريف المزبور، وحاصله: أنّ تملك عين بعوض صادق على القرض أيضا فلا يكون تعريف البيع به مانعا.

وأجاب رحمه الله عن الاعتراض: بأنّ القرض فى حقيقته، تملك عين على وجه الضمان.

وذكر الإيروانى رحمه الله فى تعليقه ما حاصله: أنّ الاعتراض لا يدفع بالجواب المزبور، فإنّ إن كانت للعين المفروضه فى مورد القرض بدل من المثل أو قيمه فىكون تملكها بالبدل أو العوض، وهذا داخل فى البيع على ظاهر التعريف، وإن لم يكن للعين بدل أو عوض بأن يكون تملكها مجانا فتكون هبه، فأين تملك العين الذى لا يكون بيعا أو هبه.

أقول: الصحيح ما ذكره المصنف رحمه الله فإنّ تملك العين وتضمينها أمران مختلفان، وربما يكون تملك العين من دون تضمين، كما فى الهبه بلا عوض، وقد يكون تضمين بلا تملك، كما فى شرط ضمان العين فى إجارتها وإعارتها، بل قد يحصل التضمين بالفعل كما فى وضع اليد على مال الغير، والقرض فى حقيقته جمع بين تملك العين وتضمينها، ولذا ذكرنا أنّه تملك العين مع التضمين.

وإن أراد الإيروانى رحمه الله من العوض أو البدل العوض المعامل على الحاصل بإنشائه عوضا، فلا عوض كذلك فى موارد القرض، بل يختصّ هذا بمورد البيع، وإن أراد

ثم إنَّ ما ذكرنا، تعريفُ للبيع المأخوذ في صيغته «بعت» وغيره من المشتقات، ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله [١] في معانٍ آخر غير ما ذكر:

الشرح:

العوض الواقعي في مورد الضمان فهذا القسم من البدل موجود في مورد القرض ولكنه لم يكن بإنشاء المعاوضه.

[١] تعرّض قدس سره لما يقال من استعمال لفظ البيع في معانٍ آخر غير تملك العين بعوض.

منها: تملك عين بعوض بشرط تملك المشتري، وهو المعنى العرفي للبيع عند بعض المشايخ ولا معنى آخر له، فإنَّ البيع عند العرف ليس إلا تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري، والشاهد لذلك تبادره في الاستعمالات وصحة سلب معناه العرفي عن التملك الذي لا يترتب عليه قبول من المشتري.

ومنها: الانتقال الحاصل بإنشاء البيع ايجابا وقبولاً.

ومنها: العقد المركب من الإيجاب والقبول، كما هو ظاهر كل من يذكر العقد في تعريف البيع، بل ظاهر الفقهاء هو استعمال عناوين المعاملات في أبواب الفقه في هذا المعنى، فمرادهم من البيع في قولهم: كتاب البيع عقده، وكذا النكاح وحتى الإجاره وشبهها ممّا لا يكون في اللغة اسماً لأحد طرفي العقد، فإنَّ البيع في الأصل فعل البائع والنكاح فعل الزوج، بخلاف الإجاره فإنها بمعنى الجزاء والأجر وليست اسماً لفعل المؤجر، بل الموضوع لفعله لغه وعرفا هو الإجار، ولكن المصنف رحمه الله أنكر كون البيع عباره عن تملك العين بعوض بشرط تملك المشتري كما عليه بعض المشايخ، فضلاً عن كونه معنى آخر كما ذكره بعض من قارب عصره، بل البيع يستعمل دائماً في تملك العين بعوض كما هو معناه المصطلح، غايه الأمر أن لهذا التملك فردين: أحدهما: ما إذا تعقّب بتملك المشتري بقبوله البيع، وثانيهما: عدم ترتّب ذلك

أحدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: «بعت مالي»، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال، كما يظهر من المبسوط وغيره.

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وإليه ينظر من عرف البيع بالعقد. قال: بل الظاهر اتفاقهم على إرادته هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجاره وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد.

الشرح:

لعدم قبوله. وبما أن الفرد الثاني وجوده كعدمه في عدم ترتب أثر عليه، فمثل قول القائل: بعت دارى بقريته كونه في مقام الإخبار عن الإيجاب المثمر يكون ظاهراً في الإيجاب المتعقب للقبول، بل في الجامع لجميع الشروط المعتره في ترتب الأثر عليه.

والحاصل: أن قيد كون الإيجاب مثمراً مستفاد من الخارج ولم يؤخذ في المستعمل فيه، ويقرب ذلك تبادر هذا القيد حتى من مثل قول القائل: «نقلت دارى إلى زيد أو ملكتها إياه أو أبدلتها بكذا»، مع أن التملك والإبدال والنقل هو مجرد الإيجاب قطعاً، ولم يلتزم أحد بدخاله قبول الآخر في صدقها على الإيجاب.

وإن شئت قلت: الأثر الحاصل بالإيجاب وهو ملكه المبيع مثلاً للمشتري

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل، وإنّما هو فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينه على إرادته الإيجاب المثمر، إذ لا- ثمره في الإيجاب المجرد، فقول المخبر: «بعت»، إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول، وكذلك لفظ «النقل» و«الإبدال» و«التّمليك» وشبهها، مع أنّه لم يقل أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها.

الشرح:

بإزاء الثمن يكون بنظر الموجب واعتباره، كما يكون في اعتبار العقلاء والشرع، ما يتوقف على قبول المشتري هي الملكيه في نظر العقلاء والشرع لا في اعتبار الموجب، فإنّه يعتبرها وينشئها بمجرد الإيجاب، فملكه العين بعوض في اعتبار العقلاء والشرع بالإضافة إلى إيجاب البايع من قبيل الوجوب والإيجاب لا من الكسر والانكسار، فإنه يمتنع تحقق الكسر بلا تحقق الانكسار، ولكن لا يمتنع تحقق الإيجاب من الأمر مع عدم تحقق وجوب الفعل في اعتبار العقلاء.

أقول: ما ذهب إليه بعض المشايخ من كون المعنى المصطلح للبيع عرفاً هو تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري هو الصحيح، وذلك فإنّ الموجب لا ينشأ ملكه العين لصاحب الثمن مطلقاً ولو على تقدير عدم قبوله للإيجاب، بل الملكيه معلّقه ومقيّده بالقبول في ظرفه وإذا تحقّق في ذلك الظرف تكون الملكيه المنشأه بيعة وإلا فلا، وكذا الأمر في الشراء فإنّه لا ينطبق على إنشاء التملك إلاّ- على تقدير تحقق الإيجاب في موطنه، ولا- يحصل مع عدم قبول المشتري ملكه العين له، لا- في نظر الموجب ولا في اعتبار العقلاء.

ويشهد لما ذكرنا صحه سلب البيع حقيقه عن التملك الذي لا يتحقق في مورده قبول المشتري، ولو كان البيع حقيقه في الجامع لما صحّ سلبه عن التملك

ص: ٣٢٣

نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا- في نظر الناقل، إذ لا- ينفكّ التأثير عن الأثر، فالبيع وما يساويه معني من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار كما تخيّل بعض فتاوى. ومنه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها.

الشرح:

المزبور إلّا- ادّعاء، هذا مع أنّ اشتراط القبول مقتضى كون البيع من العقود لا من الإيقاعات حتى في اعتبار الموجب فضلاً عن العقل والشرع، بل يمكن دعوى ذلك في مثل لفظ النقل المراد به النقل المعامل كما لا يخفى.

وكذا أنكر رحمه الله المعنى الثاني وأنه لم يستعمل لفظ البيع لا لغه ولا عرفاً في الانتقال الذي هو من قبيل الحكم المترتب على البيع، بل ذكره جماعه في تعريف البيع تبعاً للمبسوط الذي عرف به البيع.

وقد يوجّه التعريف بأنّ البيع الواقع في تعريفه انتقال العين هو العنوان الانتزاعي للمبيع يعنى المبيعه، حيث إنّها عباره أخرى عن انتقال الشيء إلى الآخر بالعوض وتعرض للمعنى الثالث، ونسب إلى الشهيد الثاني أنّ إطلاق البيع واستعمال لفظه في العقد مجاز، بعلاقه السببيه والمسببيه، وقال: فليكن مراد الشهيد رحمه الله من المسبب هو المعنى الاسم المصدرى المتحقق بالإيجاب والقبول معاً، وأمّا المسبب عند الموجب فهو يتحقّق بالإيجاب فقط، كما مر.

وقوله رحمه الله: «وإلى هذا نظر جميع ما ورد» إشارة إلى المعنى الاسم المصدرى وأنّ جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من لزوم البيع ووجوبه، أو أنه لا بيع بينهما أو أقال البيع ونحو ذلك، يستعمل لفظ البيع فيها في المعنى الاسم المصدرى المتحقق في نظر العرف والشرع بالإيجاب والقبول معاً، وإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيه بل بمعنى اللام، ضروره أن المعنى الاسم المصدرى لا يكون

ص: ٣٢٤

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال، فلم يوجد في اللغة ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعه تبعاً للمبسوط.

وقد يوجه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول، أعني: المبيعيه، وهو تكلف حسن.

الشرح:

عين الإيجاب والقبول، ولذا يصح أن يقال انعقد البيع أو لم ينعقد، ولا يصح أن يقال انعقد الإيجاب والقبول أو لم ينعقد.

أقول: مقتضى مجموع كلامه أن البيع يستعمل في معنيين آخرين غير معناه المصطلح من قبيل المصدر: أحدهما: العقد، يعنى مجموع الإيجاب والقبول، والثاني: المعنى الاسم المصدرى الحاصل بالعقد وأن استعماله في المعنى الأول مجاز، بعلاقه السببيه والمسببيه، وكذا استعماله في المعنى الثاني يعنى المعنى الاسم المصدرى، غايه الأمر استعماله في الاسم المصدرى مجاز عن الحقيقيه واستعماله في العقد يعنى الإيجاب والقبول معاً، من قبيل سبك المجاز عن المجاز؛ لأن المسبب وهو المعنى الاسم المصدرى لم يوضع له لفظ البيع.

إن قلت: ما الفرق بين المعنى الثاني من المعاني الثلاثة المتقدمه الذى ذكر رحمه الله أن استعمال لفظ البيع لم يوجد فيه، لا في اللغة ولا في العرف، بل وقع تعريف البيع به في كلام جماعه تبعاً للمبسوط وبين المسبب عن العقد الذى ذكر رحمه الله وقوع استعمال لفظه في النصوص والفتاوى.

قلت: المراد بالأثر في المعنى الثاني هو الانتقال الذى يكون أثراً لتمام البيع شرعاً وحكماً له، ومقتضى مغايره الموضوع وحكمه أن يكون البيع غير الانتقال وتعريف البيع بالانتقال كتعريف أى موضوع بحكمه غير صحيح، ومراده بالمسبب في المعنى الثالث هو البيع بمعناه الاسم المصدرى يعنى ما يحصل بالإيجاب

ص: ٣٢٥

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله : بأن إطلاقه عليه مجاز، لعلاقته السببية. والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع، لأنه المسبب عن العقد، لا- النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصِر واجباً في الخارج في نظر غيره. وإلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا يبيع بينهما»، أو «أقاله في البيع»، ونحو ذلك.

والحاصل: أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه في نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب والقبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، ولذا يقال: «انعقد البيع»، و«لا ينعقد البيع».

الشرح:

والقبول معاً، والذي يترتب عليه حكم الشارع بانتقال المالكين.

هذا ولكن لا يمكن مساعدته على ما ذكر من استعمال لفظ البيع في عقده يعني في صيغتي الإيجاب والقبول، فإنه لم يحرز هذا الاستعمال حتى في كلمات الأصحاب في عناوين المعاملات، ألا- ترى أنه لا- يصح أن يقال: مرادهم بكتاب البيع مثلاً كتاب صيغتي الإيجاب والقبول، وأما المعنى الاسم المصدرى فهو صحيح يقع استعمال لفظ البيع فيه كثيراً في كلمات الأصحاب والروايات، إلا أن اسم المصدر لا يختلف عن المصدر بحسب الخارج، بل ما تحقق خارجاً بلحاظ جهه الصدور مصدر وبلحاظ نفسه وكونه معاملة في حيال سائر المعاملات معنى اسم المصدر والبحث في كون استعمال لفظ المصدر في المعنى الاسم المصدرى مجازاً أو حقيقه غير مهم.

ص: ٣٢٤

ثم إن الشهيد الثاني نصّ في «كتاب اليمين» من المسالك على أنّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقه في الصّحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواصّ الحقيقه والمجاز، كالتبادر وصحّه السّلب. قال: ومن ثمّ حمل الإقرار به [١] عليه حتّى لو ادّعى إرادته الفاسد لم يسمع إجماعاً، ولو كان مشتركاً بين الصّحيح والفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، وانقسامه إلى الصّحيح والفاسد أعمّ من الحقيقه، انتهى.

وقال الشهيد الأول [٢] في قواعده: الماهيات الجعليه كالصّلاه والصّوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلاّ الحجّ لوجوب المضى فيه، انتهى. وظاهره إرادته الإطلاق الحقيقى.

الشرح:

وكيف كان: فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ تحقّق البيع بمعناه المصطلح لا يكون بمجرد الإيجاب، بل لابد من تحقق القبول في موطنه وأنّ المتحقق خارجاً بلحاظ نفسه وكونها معامله حيال سائر المعاملات هو المعنى الاسم المصدري، ويتعلق به إمضاء الشارع وحكمه باللزوم أو الجواز أو غير ذلك من الأحكام المناسبه للمعنى المزبور.

[١] لا يخفى أنّ حمل الإقرار بالبيع مثلاً على الصّحيح لا يدلّ عدم وضعه للقدر المشترك بين الصّحيح والفاسد، فإنّ في عدم سماع التفسير بالفاسد مقتضى حمل المعامله الثابته بالإقرار بها على الصّحيحه، كما هو الحال في أصاله الصّحه الجاريه في عمل الغير عقداً كان أو إيقاعاً.

[٢] مراده رحمه الله (١) أنّ أسامى الماهيات الجعليه كالصّلاه والصّوم، وأسامى سائر العقود لا يطلق حقيقه على الفاسد إلاّ الحجّ؛ لوجوب المضى فيه، ويرد عليه أنه لا وجه لاستثناء الحجّ، فإنّ وجوب المضى فيه بعد فساده لا يدلّ على أنّ إطلاق لفظ

ص: ٣٢٧

ويشكل ما ذكرناه [١] بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق الشرح:

الحج على الفاسد حقيقته كما فى الصوم، فإنه يجب مع إفساده بالإفطار الإمساك بقيه النهار مع أن ذلك لا يوجب إطلاق الصيام عليه حقيقته.

وأضيف إليه أن فساد الحج بالجماع بعد الإحرام غير ظاهر، بل الأظهر عدم فساده غايه الأمر يجب على المكلف إعادته حجه فى السنه القادمه عقوبه على عمله، ولكن الواجب يعنى حجه الإسلام هو الأول وتفصيل ذلك موكول إلى كتاب الحج.

[١] فى المقام إشكالان على القول بأن أسامى المعاملات موضوعه للصحيحه، فعلى من يلتزم بأنها موضوعه للصحيحه كالشهادين وغيرهما والجواب عنهما :

الأول: أن عدم شمول المعنى الموضوع له للأفراد الفاسده يتوقف على أخذ قيد الصحه الشرعيه أو ما يرادفها فى معنى المعاملات، وهذا التزام بالحقيقه الشرعيه وكون معانيها مخترعات للشارع كالعبادات مع أنه غير ممكن.

والثانى: أن لازم كون ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحه عدم جواز التمسك بخطاب المعاملات فى دفع احتمال اعتبار شىء شرعا فى المعامله، فإن لازم القول بكونها أسامى للصحيحه هو إجمالها.

وتعرض المصنف رحمه الله للإشكال الثانى صراحه وللإشكال الأول فى ضمن الجواب بقوله: «نعم يمكن أن يقال». وتوضيح الجواب عن الأول: أن العناوين يكون انطباقها على مصاديقها بالقصد والاعتبار تارة كعنوان أداء الدين فإنه لا ينطبق على مجرد إعطاء المال للدين، بل لابد من قصد كون الإعطاء بعنوان الوفاء بدينه، وكذا عنوان التعظيم فإنه لا ينطبق على مجرد القيام أو غيره من الأفعال، بل لابد من كونها برعايه عظمه الغير وقصد احترامه، وهذا بخلاف العناوين الحقيقه التى يكون انطباقها على

نحو «أحلَّ الله البيع» وإطلاقات أدلّه سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيء فيها مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

نعم يمكن أن يقال: إنّ البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقه إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل.

الشرح:

مصاديقها قهريا كعنوان القتل فإنّه ينطبق على إنهاء حياه إنسان قصدا أو بلا قصد.

ثمّ إنّ في القسم الأول يعنى العناوين الاعتباريه يمكن أن يكون شيء منها مصداقا لعنوان في اعتبار شخص ولا يكون مصداقا لذلك العنوان في اعتبار شخص آخر من غير كون أحدهما مصيبا والآخر مخطئا، مثلاً كشف الإنسان رأسه عند ملاقاته للغير يكون تعظيما لذلك الغير عند قوم، ولا يعتبر تعظيما عند قومٍ آخرون.

والسر في هذا الاختلاف بعد كون انطباق التعظيم على عمل موقوفا على القصد والاعتبار واضح، حيث لا يعتبر الانطباق عند قوم ويعتبره آخرون وذلك لا يوجب تعدد المفهوم، بل يوجب تعدد المصداق، وعلى ذلك فالبيع ولو بمعناه المصدرى من العناوين القصديه، فيمكن أن يكون المستعمل فيه أمرا واحدا عند الشرع والعرف وهو ما يترتب على الأثر المترتب، فإن الأثر المترتب في البيع انتقال المالكين، فيكون المستعمل فيه اعتبار الملكيه التي يترتب عليها انتقال المالكين، فالمعنى مبهم من حيث الذات والقيود ومبين من حيث الأثر، وإذا كانت المعاطاه مثلاً أمرا يترتب عليه انتقال المالكين في اعتبار العرف والشرع تكون بيعا عندهما، ولو لم يترتب عليها الانتقال شرعا فهي لا تكون بيعا عند الشارع.

وبالجملة: يمكن أن لا يكون خلاف بين الشرع والعرف في المعنى المصدرى أو الاسم المصدرى، ويصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحه فلا تطلق على الفاسده إلا بنحو المجاز.

ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده وإلا كان صورته بيع، نظير بيع الهازل عند العرف. فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف والشرع حقيقته في الصحيح المفيد للأثر ومجاز في غيره، إلا أن الإفاده وثبوت الفائده مختلف في نظر العرف والشرع. وأمياً وجه تمسك العلماء [١] بإطلاق أدله البيع، ونحوه فلأن الخطابات لتي وردت على طبق العرف حمل لفظ «البيع»، وشبهه في الخطابات الشرعيه على ما هو الصيحيح المؤثر عند العرف أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت» فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً فتأمل. فإن للكلام محلاً آخر.

الكلام في المعاطاه:

إعلم أن المعاطاه على ما فسرته جماعه: أن يعطى كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر، وهو يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك، وربما يذكر وجهان آخران:

الشرح:

[١] وهذا دفع للإشكال الثاني من الإشكاليين المتقدمين، وحاصل الدفع أن البيع في مثل قوله سبحانه: «أَحْرَلَ اللَّهُ الْأَمْبِيعَ» (١) مستعمل إمّا في معناه المصدرى كما إذا أريد منه الحليه التكليفيه، أو الاسم المصدرى كما إذا أريد منه الحليه وضعا، وعلى كل تقدير فيحمل إطلاق الخطاب على إمضاء المصاديق العرفيه، فإن بيان جعل الحكم التكليفي أو الوضعي على المصاديق التي عند الشارع لغو واضح.

وبتعبير آخر: مثل هذا الخطاب انحلالى فيعم الحكم جميع المصاديق العرفيه،

ص: ٣٣٠

أحدهما: أن يقع الثقل من غير قصد البيع [١]، ولا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق [٢] دون خصوص البيع.

الشرح:

لأن الخطاب مع حمله على المصاديق الشرعية يصبح لغوا، خصوصا فيما إذا كان المراد بالحليه، الحليه الوضعيه كما هو ظاهر الآيه.

[١] المراد بالنقل، النقل الخارجى والإعطاء لا النقل الاعتبارى الذى هو عبارته عن التمليك.

والحاصل: المال الذى يصل إلى الآخر ولا يقصد صاحبه خصوص تمليكه ولا إباحته له، هذا الوجه أبطله رحمه الله بقوله: بامتناع خلو الدافع، يعنى أن العاقل فى مقام المعامله مع التفاته إلى خصوصيتها التى لا تتحقق المعامله إلا بإحداها يختار أحدها لا محاله.

[٢] المراد بالمطلق عدم قصد خصوص عنوان البيع، بل يجعل ماله ملكا للطرف بازاء ما يملكه من الآخر، وهذا الوجه يرد بما تقدم فى تعريف البيع من أن التمليك بعوض على وجه المبادله هو البيع لا غير، ولكن يظهر من بعض العلماء فى مسأله تمليك ابن الشاه مده بعوض معين أن ذلك تمليك عين وليس بيعا وأن التمليك بالعوض أعم من البيع.

ثم إنه يظهر ملاحظه كلمات الأصحاب أن النزاع بينهم فى صورته قصد المتعاطيين التمليك، وأنه فى هذه الصوره لا يحصل الملك لهما عند المشهور ولكن يباح لكل منهما التصرف فى مال الآخر، وحمل الإباحه فى كلامهم على الملك المترزل كما عن المحقق الثانى (١)، أو الالتزام بأن محل الخلاف بينهم صورته قصد

ص: ٣٣١

ويردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدّافع عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحه، أو العاربه، أو الوديعه، أو القرض، أو غير ذلك من العنونات الخاصّه.

والثّانى: بما تقدّم فى تعريف البيع: من أنّ التّمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشّاه مدّه، وغير ذلك: كون التّمليك المطلق أعمّ من البيع.

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا فى حكمها: أنّها مفيدّه لإباحه التصرّف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين.

وعن المفيد وبعض العامّه: القول بكونها لازمه كالبيع.

الشرح:

المتعاطيين الإباحه كما عن صاحب «الجواهر(١)» رحمه الله خلاف ظاهرهم.

ثم لا يخفى أنّ المعنى الأوّل من المعانى الأربعة وهى الإباحه، لا تكون أمراً إنشائياً، حيث إنّ المراد منها الإباحه المالكه فى مقابل الإباحه الحكميه، فإنّ التى تحصل بقصد المالك ورضاه الإباحه المالكه، وأما الحكميه فهى تابعه لحكم الشارع وتجويزه التصرّف فى مال الغير كإباحته للمارّ أكل الثمره من طريقه، والإباحه المالكه لا تحتاج إلى غير رضا المالك بتصرف الآخر فى ماله ولذا يجوز للآخر التصرف مع علمه برضاه ولو كان العلم بشاهد الحال.

والحاصل: يخرج التصرّف مع العلم برضا المالك عن عنوان التعدى وموضوع عدم حل مال الغير إلا بطيب نفسه.

وأما المعنى الثانى للمعاطاه، وهو إعطاء المال بقصد تملكه للآخر بعوض فهى عباره أخرى عن إنشاء البيع بالفعل نظير إنشائه بالقول.

ص: ٣٣٢

وعن العلامة رحمه الله في النهاية: احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحه التصرف.

ولا- بدّ أولاً من ملاحظه أنّ النزاع في المعاطاه المقصود بها الإباحه، أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصه والعامه هو المعنى الثاني.

وحيث إنّ الحكم بالإباحه بدون الملك قبل التلف وحصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطين، نزل المحقق الكركي الإباحه في كلامهم على الملك الجائر المترلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين، وحقّق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، ورجّح بقاء الإباحه في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحه على هذا الوجه، وطعن على من جعل محلّ النزاع في المعاطاه بقصد التملك، قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

الشرح:

وتوضيح ذلك: أنّ البيع من العناوين التي لا يتحقق بمجرد اعتبار ملكيه المال للآخر بعوض، بل لابد من إبراز هذا الاعتبار قولاً أو فعلاً، كما لا يكون عنوان الإذن للغير في بيع ماله بمجرد علم الغير برضاه بالبيع، بل اللازم أن يبرز المالك رضاه ببيعه قولاً أو فعلاً حتى يحصل عنوان الإذن.

والحاصل: البيع وغيره من عناوين المعاملات يحصل بالإبراز؛ ولذا يصح للبايع أن يقصد بقوله: بعث مالي بكذا، إيجاد البيع بالتلفظ المزبور، ولا- يرد على ذلك ما تكرر في كلمات السيد الخوئي رحمه الله من أنه لا- معنى للإيجاد باللفظ، حيث إن الملكيه التي يعتبرها الموجب لا تحتاج إلى غير اعتبار النفس والملكيه التي في

والإنصاف: أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المترزل، بعيد في الغايه عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في المبسوط، والخلاف، والحلى في السرائر، وابن زهره في الغنيه، والحلبى فى الكافى، والعلامه فى التذكره وغيرها، بل كلمات بعضهم صريحه فى عدم الملك كما ستعرف إلا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى. ولننقل أولاً كلمات جماعه ممن ظفرنا على كلماتهم، ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحه على الملك المترزل كما صنعه المحقق الكركى وأبعديه جعل محلّ الكلام فى كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحه التصرفات دون التملك، فنقول وبالله التوفيق:

قال فى الخلاف: إذا دفع قطعه إلى البقلى أو الشارب، فقال: أعطنى بها بقلأً أو ماءً، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً وكذلك سائر المحققات وإنما يكون إباحه له، فيتصرف كلُّ منهما فى ما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه.

الشرح:

حقيقتها إمضاء للبيع من العقلاء فعل للعقلاء لا الموجب، وكذا الحال فى الملكيه الشرعيه فإنها حكم الشارع لا فعل الموجب، فأين الإيجاد؟

والحاصل: لا يكون الإنشاء إيجادا بل إبراز للاعتبار القائم بالنفس.

وفيه: أنه إذا كان الإبراز فى مثل هذه الموارد مقوماً للعناوين كما هو الفرض يكون الموجود بالألفاظ تلك العناوين فيكون قصد البايع من قوله: بعته مالى بكذا، إيجاد البيع بهذا اللفظ صحيحاً، فالذى يحصل بالتلفظ ليست الملكيه التى اعتبرها العاقد، ليقال: إنها لا تحتاج إلى غير اعتبار النفس، ولا الملكيه التى يعتبرها العقلاء أو الشرع، ليقال: إنها لا تكون من فعل العاقد بل الحاصل هو عنوان البيع.

ص: ٣٣٤

وفائده ذلك: أنّ البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الإيجاب والقبول. وقال ذلك فى المحققات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعى، ولا- دلالة فى الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت. وأمّا الإباحه بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها، انتهى.

ولا- يخفى صراحه هذا الكلام فى عدم حصول الملك، وفى أنّ محلّ الخلاف بينه وبين أبى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحه المجزّده، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية^[١] حيث إنّه بعد تفسير البيع ب «مبادله مال بمال» قال: وينعقد بالإيجاب والقبول، وبالتعاطى، وأيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعى، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعه، وإلا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به، إذ مع انتفاء حقيقه البيع لغه وعرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفیه الأسباب الشرعيه، كما لا يخفى.

وقال فى السیرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول واعتبار تقدّم الأوّل على الثانى ما لفظه: فإذا دفع قطعه إلى البقلى أو إلى الشّارب، فقال: «أعطني»، فإنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً، لأنّ الإيجاب والقبول ما حصل.

الشرح:

ثم إنّ هذا العنوان كما يحصل بإبراز الملكيه باللفظ كذلك يحصل بإبرازها بالفعل أى بإعطاء المالك العين للآخر، فالإعطاء والأخذ فى هذه الصوره بيع حقيقه ويقع الكلام فى حكمه الشرعى.

[١] يعنى: يظهر كون محلّ الكلام صورته قصد المتعاطيين التملك من بعض كتب الحنفية، حيث جعل فيها التعاطى نظير الإيجاب والقبول من أسباب البيع.

وكذلك سائر المحققات، وسائر الأشياء محقراً كان أو غير محقّر، من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنّما يكون إباحه له، فيتصرّف كلّ منهما في ما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه [١] ولكلّ منهما أن يرجع فيما بذله، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وليس ذلك من العقود الفاسده، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحد منهما، وإنّما ذلك على جهه الإباحه، انتهى.

فإنّ تعليله عدم الملك بعدم حصول الإيجاب والقبول يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك مع أنّ ذكره في حيز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا. ولا ينافي ذلك [٢] قوله: «وليس هذا من العقود الفاسده الخ»، كما لا يخفى.

الشرح:

[١] ولعل مراده بالمعطوف عدم كون المال ملكاً للآخر زمان الإعطاء نظير زمان الإقباض في البيع المنشأ بالإيجاب والقبول، ومراده بالمعطوف عدم دخوله في ملك ذلك الآخر بعد أخذه.

[٢] إشاره إلى دفع الوهم في كلام السرائر، وحاصل الوهم أنّ حمل كلام السرائر على صورته قصد المتعاطين الملك ينافي قوله: «وليس هذا من العقود الفاسده»، بل قوله هذا يناسب ما إذا كان الإعطاء بقصد الإباحه، لأنّ قصد التملك بالإعطاء مع عدم حصول الملك يوجب كون الإعطاء من البيع الفاسد حيث لا - معنى لفساد البيع إلا - عدم ترتب أثر الملك عليه، وظاهر قوله: «وليس هذا من العقود الفاسده» أنّ الإعطاء صحيح وليس من البيع الفاسد ولا يمكن اتصافه بالصحة إلا إذا كان بقصد الإباحه، إذ حصول الإباحه خارجاً يوجب اتصافه بالصحة التي هي في المعاملات بمعنى ترتب الأثر.

وأما الدفع فإنّ مراد السرائر من العقد الفاسد هو الذي لا يترتب عليه الملك ولا يحصل به حتى جواز التصرف، وحكمه في المعاطاه بعدم حصول الملك وترتب

وقال فى الغنىه بعد ذكر الإيجاب والقبول فى عداد شروط صحّه انعقاد البيع كالتراضى ومعلوميّه العوضين، وبعد بيان الاحتراز بكلّ من الشّروط عن المعامله الفاقده له ما هذا لفظه: واعتبرنا حصول الإيجاب والقبول تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف» فيقول: «بعتك بألف» فإنّه لا ينعقد بذلك بل لا بدّ أن يقول المشتري، بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتّى ينعقد، واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاه نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه ويقول: «أعطني بقلاً» فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع، وإنّما هو إباحه للتصرّف. يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه، وأيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّه العقد به، وليس على صحّته بما عداه دليل.

ولما ذكرنا نهى صلى الله عليه وآله عن بيع «المنابذه» و«الملامسه» وعن بيع «الحصاه» على التأويل الآخر [١] ومعنى ذلك: أن يجعل اللّمس بشىء والنبد له، وإلقاء الحصاه بيعاً موجّباً، انتهى.

الشرح:

إباحه التصرف مقتضاه أن لا تكون المعاطاه من ذلك العقد الفاسد، وعلى ذلك فلا ينافى قوله رحمه الله: «وليس هذا من العقود الفاسده»، لظاهر صدر كلامه من فرضه إعطاء القطعه إلى البقلى أو الشارب بقصد التملك. وإن شئت قلت: إنّ الإعطاء المزبور لا يكون عند السرائر عقداً أصلاً لا أنه عقد صحيح.

[١] ومراده بالتأويل الآخر ما ذكره بقوله: «ومعنى ذلك»، أى التأويل الآخر، أن يجعل اللّمس بشىء والنبد له وإلقاء الحصاه بيعاً موجّباً، أى بمنزله إيجاب البيع، ومراده بالتأويل الأول فى كلامه أن يجعل اللّمس بشىء أو النبد له أو رمى الحصاه تعييناً للبيع بأن يقع البيع على شىء بضمن مهملاً ثم يعين ذلك الشىء باللمس أو النبد أو الرمي، وهذا من أوضح أنحاء بيع الغرر بل أشبهه بالقمار.

فإنّ دلاله هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التملك من وجوه متعدّده:

منها: ظهور أدلته الثلاثة في ذلك. [١]

ومنها: احترازه عن المعاطاه والمعامله بالاستدعاء بنحو واحد. وقال في الكافي بعد ذكر أنّه يشترط في صحّحه البيع أمور ثمانية ما لفظه: واشترط الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع إلى أن قال: فإنّ اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحقّ التسليم وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها؛ للتراضي دون عقد البيع، ويصحّ معه الرجوع انتهى.

وهو في الظهور قريب من عبارته الغنيه.

وقال المحقق رحمه الله في الشرائع: ولا يكفي التقابض من غير لفظٍ وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادته البيع، انتهى.

وذكر كلمه الوصل ليس لتعميم المعاطاه لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنّه لا عبره بقصد البيع من الفعل.

وقال في التذكرة في حكم الصيغه: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل «أعطني بهذا الدينار ثوباً» فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. وبه قال الشافعي مطلقاً، لأصالة بقاء الملك وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد، وعن بعض الحنفية وابن شريح في الجليل، وقال أحمد: ينعقد مطلقاً ونحوه قال مالك، فإنّه قال: ينعقد بما يعتقده الشرح:

[١] المراد بالأدله الثلاثة الإجماع والقدر المتيقن والنهي الوارد عن بيع الملامسه والمنازده والحصاه(١)، ووجه ظهورها في كون المفروض في المعاطاه صورته

ص: ٣٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٨، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٣.

الناس بيعاً، انتهى.

ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه أدونها: جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً.

وقال الشهيد في قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي وذكر أمثله لذلك ما لفظه: وأما المعاطاه في المبيعات فهي تفيد الإباحه لا الملك وإن كان في الحقير عندنا انتهى، ودلالته على قصد المتعاطين للملك ممّا لا يخفى. هذا كلّه، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاه بقصد التملك [١]، ويبعد فرض الفقهاء من العامه والخاصه الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادته المعامله المتعارفه بين الناس.

ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمه في عدم حصول الملك. بل صراحه بعضها، كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد. ومع ذلك كلّه فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: إنهم أرادوا بالإباحه الملك المترزّل، فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاه بيعٌ وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، الشرح:

قصد الملك هو أنّ الأدله المزبوره ذكرت لاعتبار الإيجاب والقبول في البيع ولعدم انعقاده بالاستدعاء والإيجاب أو المعاطاه، فلو تمّت هذه الأدله كان مقتضاها اعتبار الإيجاب والقبول في صورته قصد تملك العين بعوض.

[١] وهذا يوجب كون حمل كلام الأصحاب على صورته قصد الإباحه كما عن الجواهر رحمه الله أبعد، فإنه يبعد جدا بل لا يحتمل عادة أنّ الأصحاب قد تركوا التعرض لما يبتلى به عامه الناس وما هو الدارج بينهم من صورته التعاطي بقصد التملك، وتعرضوا لمعامله لم تقع في الخارج إلى الآن وهي المعاطاه بقصد إباحه كل منهما ماله للآخر.

خلافاً لظاهر عبارته المفيد، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنّف في النّهاية، وقد رجع عنه في كتبه المتأخّره عنها. وقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» [١] عامٌ إلا ما أخرجه الدليل.

وما يوجد في عبارته جمع من متأخري الأصحاب: من أنّها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر وبالذهاب يتحقّق اللزوم لا-متناع إرادته الإباحة المجزّده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعايطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً، ولم يجز التصرف، وكافه الأصحاب على خلافه.

وأيضاً فإنّ الإباحة المحضه لا تقتضى الملك أصلاً ورأساً فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصّراحه كالقول لأنّها تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز الترادّ ما دام ممكناً ومع تلف إحدى العينين يمتنع الترادّ فيتحقّق اللزوم ويكفى تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع الترادّ في الباقي إذ هو موجب لتبعّض الصّفقه والصّرر، انتهى.

ونحوه المحكى عنه في تعليقه على الإرشاد وزاد فيه: أنّ مقصود المتعايطين إباحة مترتبه على ملك الرّقبه كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعيّن الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع الشرح:

[١] يعنى أنّ قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (١) يتناول المعاطاه.

ص: ٣٤٠

فلو وقع غيره لوقع بغير قصد؛ وهو باطل. وعليه يتفرع النماء، وجواز وطء الجارية [١] ومن منع فقد أغرب، انتهى.

والذى يقوى فى النفس [٢]: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم الشرح:

[١] يعنى على ملك الرقبه يتفرع ملك النماء فىكون النماء ملكا لمن تملك العين وكذا جواز وطى الجارية المأخوذه بالمعاطاه فإنه مترتب على تملكها، ومن منع حصول ملك العين بالمعاطاه فقد أغرب.

[٢] وحاصله أنه يؤخذ بظاهر كلمات الأصحاب فى كون المفروض فى المعاطاه صورته قصد التمليك وأنها تفيد الإباحه لا الملك ولا يرد عليهم غير ما ذكره المحقق الثانى رحمه الله وحاصل الإيراد أنه إذا كان مقصود المتعاطيين الملك فلا وجه لعدم حصوله وحصول الإباحه، فإن الإباحه المالكيه لا يمكن تحققها، إذ رضا كل من المالكيين على تقدير كون ماله ملكا لصاحبه كما فى سائر البيوع والمفروض عدم حصول الملك. وأما الإباحه الشرعيه فليس عليها دليل كما أنه ليس فى كلمات الأصحاب إشعار إلى اعتمادهم فيها إلى النص مع أن الإباحه الشرعيه فى نفسها بعيدة، فإنه يبعد إلغاء الشارع ما عليه سيره العقلاء وبنائهم من ترتب الملك على المعاطاه والحكم تعبدا بجواز تصرف كل منهما فى مال صاحبه.

ويؤيد كون مرادهم بالإباحه هو الملك أن مقتضى ظاهر كلماتهم جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما يصل إليه حتى التصرفات الموقوفه على الملك واحتمال التزامهم بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنأما، كما ذكروا فى تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه أو تصرف الواهب فى العين الموهوبه قبل تلفها بعيد جدا، بل عن بعض الأساطين أن الالتزام بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنأما مستلزم لتأسيس قواعد جديده فى الفقه.

يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطة مع فرض قصد المتعاطين التملك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك من استلزام إعطاء كل منهما سلطاً عليها الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمه.

وحاصله: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف، إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك، وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل، ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك، مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود وترتيب غيره بعيد جداً، مع أن التأمل في كلامهم يعطى إرادته الإباحة المالكية لا الشرعية.

ويؤيد إرادته الملك: أن ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرف» شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك، كالوطء والعتق والبيع لنفسه. والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار، أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد.

الشرح:

هذا ولكن القول بالتزامهم حدوث الملك آنما ما قبل التصرف أهون من حمل الإباحة في كلماتهم على الملك المترزل، والشاهد على كون مرادهم هي الإباحة المجردة عن الملك هو تصريح الشيخ رحمه الله في مبسوطه (١) والحلى في سرائره (٢) بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب والقبول، مع كون الإهداء كذلك موجبا لجواز التصرف.

ويظهر ذلك أيضا من العلامة في قواعد (٣)، ووجه الشهادة أنه لا يمكن حمل

ص: ٣٤٢

١- (١) المبسوط ٣: ٣١٥.

٢- (٢) السرائر ٣: ١٧٧.

٣- (٣) القواعد ١: ٢٧٤.

وسيجيء ما ذكره بعض الأساطين: من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيه، ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّه التصرفات المذكوره.

مع أنّ المحكى عن حواشى الشّهد على القواعد: المنع عمّا يتوقّف على الملك، كماخراجه في خمس، أو زكاه، وكوطء الجاربه. ومما يشهد على نفي البعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحه المجرّده مع قصد المتعاطين التّمليك: أنّه قد صرح الشّيح في المبسوط، والحلى في السّرائر، كظاهر العلامه في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهديه بدون الإيجاب والقبول ولو من الرّسول. نعم يفيد ذلك إباحه التصرف، لكنّ الشّيح استثنى وطء الجاربه.

ثمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين [١]: أنّ من قال بالاباحه المجرّده في المعاطاه قال: بأنّها ليست بيعاً حقيقه كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمه ومعقد إجماع الغنيه، وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقّق الثّاني من إرادته نفي اللزوم وكلاهما خلاف الظّاهر.

ويدفع الثّاني: تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكل بيع عنده لازم من غير جهه الخيارات، وتصريح غير واحد بأنّ الشّرح:

الإباحه في هذا الكلام على الملك الجازم فإنّ الهبه مع الإيجاب والقبول هبه مجانيه لا تفيد إلاّ الملك الجازم، فعدم ثبوته فيها مع عدم الإيجاب والقبول وثبوت الإباحه فقط صريح في عدم إرادته الملك من الإباحه في المعاطاه.

[١] المعروف بين المتأخّرين أنّ المعاطاه على مسلك القائلين بإفادتها الإباحه ليست بيعاً، وهذا الحمل مع حمل كلمات هؤلاء القائلين على الملك غير اللازم في

الإيجاب والقبول من شرائط صحه انعقاد البيع بالصيغه.

وأما الأول [١] فإن قلنا بأن البيع عند المتشرع حقيقه فى الصيحيح ولو بناءً على ما قدّمناه فى آخر تعريف البيع: من أن البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل، فإن كان فى نظر الشارع أو المتشرع من حيث إنهم متشرع وتمدّيون بالشرع، صحيحاً مؤثراً فى الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان صورياً نظير بيع الهاذل فى نظر العرف فيصحّ على ذلك نفع البيعه على وجه الحقيقه فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغه، أو فسّره بالعقد؛ لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا فالأقوال فى المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّه:

اللزوم مطلقاً [٢] كما عن ظاهر المفيد، ويكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصيغه.

الشرح:

طرفى الإفراط والتفريط ويدفع حمل المحقق ويزيفه أمران:

الأول: ما عن بعض القائلين فى المعاطاه بالإباحه من أن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار، بمعنى أن كل بيع لم يكن فيه خيار يكون بيعاً لازماً ومقتضى هذا الكلام أن لا تكون المعاطاه بيعاً، لأنه ليس فيها لزوم ولا خيار وتزلزل الملك فيها على تقديره ليس من قبيل الخيار كما مرّ.

والثانى: تصريح غير واحد بأن الإيجاب والقبول من شرائط انعقاد البيع، فإنه لو كانت المعاطاه بيعاً مفيداً للملك المترزل لزم أن يذكروا الإيجاب والقبول من شرائط لزوم البيع لا من شرط انعقاده.

[١] المراد الحمل الأول، وهو عدم كون المعاطاه على القول بالإباحه بيعاً أصلاً.

[٢] أى سواء كانت القرينه على إرادته البيع وتراضى المتعاطيين لفظاً أو غيره،

واللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعامله لفظاً، حكى عن بعض معاصري الشّهد الثّاني وبعض متأخري المحدثين، لكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاه تأمل.

والملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقّق الثّاني ونسبه إلى كلّ من قال بالإباحه. وفي النّسبه ما عرفت.

وعدم الملك مع إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقّفه على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر في المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحه يسوّغ جميع التصرفات.

وإباحه ما لا يتوقّف على الملك، وهو الظاهر من الكلام المتقدّم عن حواشى الشّهد على القواعد، وهو المناسب لما حكيناه عن الشّيخ في إهداء الجاريه من دون إيجاب وقبول.

والقول بعدم إباحه التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر النّهايه، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها.

والمشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاه وإن قصد المتعاطيان بها التملك بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقّق الثّاني الذي قال به، ولم يقتصر على ذلك حتّى نسبه إلى الأصحاب. نعم ربّما يوهمه ظاهر عباره التحرير [١]، الشرح:

ويكفي في وجود القائل به قول العلامة في «التذكره» (١): الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغه فإنه لا يعبر باسم التفضيل في المسأله إلا مع الخلاف المعتد به فيها.

[١] يعنى يوهم عباره التحرير الملك المتزلزل، حيث قال فيه: الأقوى أن المعاطاه غير لازمه، بل لكل منهما فسخ المعاضه ما دامت العين باقيه فإن تلفت

ص: ٣٤٥

١- (١) التذكره ١ : ٤٦٢ .

حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه، بل لكل منهما فسخ المعاوضه ما دامت العين باقيه، فإن تلفت لزمت، انتهى. ولذا نسب ذلك إليه في المسالك، لكنّ قوله بعد ذلك «ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد» ظاهر في أنّ مراده مجرد الانتفاع، إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. وأمّا قوله «والأقوى» إلى آخره فهو إشاره إلى خلاف المفيد رحمه الله والعامه القائلين باللزوم، وإطلاق «المعاوضه» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، وإطلاق «الفسخ» على الردّ بهذا الاعتبار أيضاً، وكذا اللزوم. ويؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه: أنّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبه توقّفها على الإيجاب والقبول، ثمّ قال: وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هديه الأطمعه؟ الأقرب عدمه. نعم، يباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. وصرّح بذلك أيضاً في الهديه، فإذا لم يقل في الهبه بصحّ المعاطاه فكيف يقول بها في البيع؟

الشرح:

لزمت (1)، وظاهر المعاوضه حصول الملك بالمعاطاه؛ ولذا نسب في المسالك (2) القول بالملك في المعاطاه إلى التحرير ولكن ذكر فيه بعد العبارة: ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد.

وهذه قرينه على أنّ مراده بتلك العبارة حصول مجرد الإباحه، إذ لا معنى لذكر ذلك بعد فرض حصول الملك فيكون إطلاق «المعاوضه» على المعاطاه المفروض فيها حصول مجرد الإباحه باعتبار أن «المعاوضه» من قصد المتعاطيين، وكذا إطلاق «الفسخ» على الردّ واللزوم مع التلف.

ص: ٣٤٦

١- (١) التحرير ١: ١٦٤.

٢- (٢) المسالك ٣: ١٤٨.

وذهب جماعه تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك ولا يخلو عن قوه [١] للسيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق والبيع والوطء والإيضاء وتوريثه؛ وغير ذلك من آثار الملك.

الشرح:

[١] لا يخفى أن الأصل، يعنى مقتضى الاستصحاب فى المعاطاه على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها هو الفساد وعدم ترتب الأثر عليها لا الملك ولا إباحه التصرف، وأما الإباحه المالكه فهى تابعه لرضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله مع الإغماض عن المعامله المعاطاتيه وفرض بقاء المال فى ملكه فإن هذا يكون موجبا لجواز تصرف الآخر فيما وصل إلى يده تصرفا لا يتوقف جوازه على الملك، ولكن يدل على حكمها وعدم الفرق بينها وبين سائر البيوع فى كون الحاصل منها الملك اللازم قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، فإن ظاهره صحه البيع ونفوذه، وذلك فإن الحليه ولو تكون ظاهره فى الإباحه تكليفا إلا أن هذا فيما إذا تعلقت بالفعل الخارجى، وأما مع تعلقها بالاعتبارى عقدا أو إيقاعا فظاهرها النفوذ والصحه.

وهذا مراد من يذكر أن الآيه داله على صحه البيع ونفوذه بالدلاله المطابقه.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من تقدير الأفعال الخارجيه المرتبه على الملك والالتزام بتعلق الحليه بها وجواز تلك الأفعال تكليفا يلزم صحه البيع ونفوذه فتكون الآيه داله على الصحه والنفوذ بالدلاله الالتزاميه، لا يمكن المساعده عليه، فإن الداعى له رحمه الله إلى تقدير الأفعال والالتزام بتعلق الحليه بها هو عدم احتمال تعلق الحليه تكليفا بالبيع بمعناه المصدرى من غير دلاله على صحته ونفوذه.

وقد ذكرنا أن ظاهر تعلق الحليه بالأمر الاعتبارى هو النفوذ والإمضاء ولو كان الموجب لالتزامه عدم قابليه الملكيه للجعل استقلالا؛ لأنها من الحكم الوضعى

ص: ٣٤٧

ويدلّ عليه أيضاً عموم قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» حيث إنّهُ يدلّ على حليّة جميع التصرفات المترتبه على البيع، بل قد يقال: بأنّ الآيه داله عرفاً بالمطابقه على صحّه البيع لا مجرد الحكم التّكليفي لكنّه محلّ تأمل.

الشرح:

المنتزع عن التّكليف، فقد ذكرنا في محله أنّ مثل هذه الملكيه قابله للجعل بنفسها من غير حاجه إلى جعل التّكليف، بل قد لا يثبت في موردها تكليف حتى يتوهم انتزاعه منه، ولكن قد يقال: إنه لا- إطلاق في الآيه حتى يتمسك بها لصحه بيع المعاطاه ونفوذها، ولأن الظاهر من صدر الآيه وذيلها أنها وارده في مقام بيان حكم آخر وهو نفى التسويه بين الربا والبيع.

هذا مع أن الحكم بحلّ البيع وحرمة الربا قد ثبت في الشرع من قبل واعترض عليه بأنه لا فرق بينهما وأن البيع مثل الربا، فهذه الآيه (١) في مقام نفى التسويه وإثبات الفرق بينهما بأن الله أحلّ أحدهما وحرّم الآخر، فلا بد من ملاحظه الإطلاق والتقييد في ذلك التحليل أو التحريم الصادرين من قبل ولو بقول رسول الله صلى الله عليه وآله .

ثم وجه هذا القائل الجليل التمسك بالإطلاق بدعوى أن الاعتراض كان بنحو العموم، يعنى مماثله مطلق البيع لمطلق الربا، حيث لو كان الاعتراض بأن بعض البيوع أو البيع بقيد خاص مثل الربا لكان اللزوم الحكايه بمثل ما قالوا لتخرج الحكايه عن الكذب، و إذا مقتضى الحكايه هي دعواهم مماثله البيوع فيبيان الفرق بذكر الحل للبيع له، والحرمة للربا بمنزله إثبات الحكم لجميع أفرادهما.

أقول: لو كانت الآيه وارده لنفى التسويه على ما ذكر وسلّم أن الاعتراض كان بنحو العموم، بمعنى مماثله جميع البيوع لجميع الربا، لكان اللزوم أن يكون هذا الإطلاق مراداً من قوله: «قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا» (٢) لا من قوله: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»

ص: ٣٤٨

وأما منع صدق البيع، عليه عرفاً فمكابره.

وأما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً كابن زهره فى الغنيه فمرادهم بالبيع: المعامله اللازمه التى هى إحدى العقود، ولذا صرح فى الغنيه بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحه البيع.

الشرح:

وَحَرَّمَ الرَّبَا»(١)(٢) سورة النساء: الآيه ٢٩. (٢)، بالإضافة إلى حكم الحل فإنه لو كانت الحليه ثابتة للبيع بقاء لما كان أيضاً بين البيع والربا تسويه، والمفروض أن الآيه ليست فى مقام البيان من جهتها ولكن أصل المناقشه ضعيفه، فإنه لا دلالة فى الآيه على صدور خطاب التحريم أو التحليل من قبل، كما لا دلالة فيها على ورودها للتعرض للتسويه الموهومه بعد صدور خطاب تحليل البيع وتحريم الربا، فإن نقل قولهم: «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرَّبَا» حكاية عن معتقدتهم والداعى إلى ارتكابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلك الخطاب، والأصل فى قوله: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرَّبَا» كما هو ظاهر كل خطاب متضمن للحكم وموضوعه ووروده فى بيان الحليه وموضوعها، غاية الأمر يستفاد منه أيضاً فساد اعتقادهم.

وقوله سبحانه: «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا . . .»(٢) حكاية عن الجزاء على آكل الربا بعد تمام الحججه عليه حتى لو كان إتمامها بوصول هذه الآيه المباركه وأكله لزعم التسويه أو عدم زعمها، وليست إخباراً عن الجزاء على من كان آكلًا قبل نزولها كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى التمسك لصحه المعاطاه ونفوذها كسائر البيوع اللازمه بقوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»(٣) فإنّ التجاره هو البيع والشراء بقصد تحصيل الربح، فتعم المعاطاه فتكون جائزه وضعاً؛ لأنّ الاستثناء عن النهى

ص: ٣٤٩

١- (١) و

٢- سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها. ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ».

الشرح:

عن أكل المال بالباطل ولو يكون بنحو الانقطاع ضروره عدم دخولها في المستثنى منه، إلا أن النهي في ناحيه المستثنى منه قرينه على أن الترخيص في ناحيه المستثنى وضعي؛ لأن الأكل في الآيه بمعنى التملك والاستيلاء، حيث إن التعبير عنهما بالأكل متعارف، بل هذا ظاهر الأكل المضاف إلى المال كما تقدم.

ويمكن الاستدلال على حكم المعاطاه وكونها كسائر البيوع اللازمه بقوله عز من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فإنه وإن يناقش في شمول العقد لها، إلا أنه لا مجال للمناقشه بعد ورود النص الصحيح على كون المراد بها العهود^(٢)، حيث إن العهد يعم المعاطاه جزماً سواء قيل بأن العقد مطلق العهد أو العهد بين الاثنين والمشدود، كما أن المراد بالوفاء هو إتمام العهد وعدم نقضه بعدم العمل له ابتداءً واستدامه والرجوع نقض للعهد بقاءً كما لا يخفى.

وعلى ذلك ففي الآيه كفايه ولو قيل بأن الآيتين المتقدمتين لا دلالة لهما على لزوم الملك، بل مدلولهما مجرد الصحة والإمضاء بدعوى أن آيه الحل مدلولها إمضاء نفس البيع، لا إمضائه بما له من الأحكام عند العقلاء ولزومه وعدم انفساخه برجوع أحد المتبايعين من أحكام البيع عندهم لا من مقومات صدقه.

وإن شئت قلت كما أن في مثل قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٣)، يراد بالبيع نفس البيع مع الإغماض عن حكمه عند العقلاء، كذلك في قوله سبحانه:

ص: ٣٥٠

١- (١) سورة المائدة: الآيه ١ .

٢- (٢) تفسير البرهان: سورة المائدة، الحديث ٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٦، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣.

وأما قوله صلى الله عليه وآله : «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» [١] فلا دلالة فيه على المدعى، الشرح:

«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، والآية الثانية مدلولها الترخيص في التمليك بالتجاره واما كون التملك جازيا أو لازما فلا دلالة لها على ذلك.

هذا؛ ولكن يمكن الاستدلال بالآية الثانية على اللزوم، حيث إن إطلاق الترخيص في التمليك بالتجاره يعم ما إذا ندم أحد المتعاملين ورجع عن معاملته، بل ويمكن الاستدلال بالآية الأولى أيضا باعتبار أن إطلاق الحل والإمضاء يعم ما إذا رجع أحدهما عن البيع، فتأمل.

[١] هذه المرسله (٢) لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها ولم تذكر إلا في كتب المتأخرين، وقيل إنها مرويه في «البحار» أيضا، ووجه الاستدلال بها دلالتها على ثبوت الولاية للمالك بالإضافة إلى جميع التصرفات المتعلقة بماله؛ لأن السلطنة على المال يراد بها السلطنة على التصرف فيه، وحيث لم يذكر تصرف خاص فيكون المراد جميعها وتدخل فيها المعاطاه حتى بناء على عدم كونها بيعا بل تصرفا مستقلا.

والمصنّف رحمه الله لم يرض بهذا الاستدلال، وذلك فإنّ السلطه على المال وإن يراد بها السلطنة على التصرف فيه، إلا أنّ التعبير بالسلطه فيه دلالة على كون المراد بالتصرف هو الإنشائي والتصرفات الاعتبارية على ما تقدم بنفسها أنواع، كالبيع والهبة والصلح والقرض إلى غير ذلك وبما أنّ هذه كلّها أمور إنشائية تحتاج في إنشائها إلى قول أو فعل من كتابه أو إشاره أو غيرها، فإن حصل الشك في النوع بأن لم يعلم أنّ نوع المعامله المتعلقة بالمال ممضاه شرعا أو لا، فيمكن التمسك بالحديث في إثبات صحتها وسلطان المالك على إنشائها، وأما إذا شك في فرد ذلك النوع،

ص: ٣٥١

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) عوالى اللثالى ١ : ٢٢٢ ، الحديث ٩٩ و ٤٥٧ ، الحديث ١٩٨ .

لأنَّ عمومته باعتبار أنواع السِّلطنة، فهو إنَّما يجدى فيما إذا شكَّ فى أنَّ هذا النوع من السِّلطنة ثابتة للمالك، وماضيه شرعاً فى حقِّه أم لا؟

أمَّا إذا قطعنا بأنَّ سلطنه خاصّه كتمليك ماله للغير نافذه فى حقِّه ماضيه شرعاً لكن شكَّ فى أنَّ هذا التَّمليك الخاصَّ هل يحصل بمجرد التَّعاطى مع القصد، أم لا بدَّ من القول الدالَّ عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببِيه المعاطاه فى الشَّريعه للتَّمليك بعموم تسلُّط النَّاس على أموالهم. ومنه يظهر أيضاً: عدم جواز التَّمسك الشَّرح:

بمعنى أنَّ النوع الفلانى من المعامله يحصل بإنشائه كذلك أو لا يحصل به، مثلاً تمليك العين بالعوض يحصل بالمعاطاه أو لا، فلا يمكن التَّمسك بها لعدم نظرها إلى أفراد المعامله وأسبابها، ومن هنا لا يمكن التَّمسك بها فى اعتبار بعض الأمور المحتمل دخلها فى صيغتي الإيجاب والقبول من البيع وغيره.

أقول: الصحيح عدم نظرها لا إلى أنواع التصرفات ولا إلى أفرادها وأسبابها وإلَّا لكان التفصيل بين الأنواع والأشخاص مجرد دعوى، بل هى ناظره إلى ولايه المالك على التصرفات الماليه التى أمضاها الشرع بأنواعها وأسبابها، وأن تلك التصرفات لا تكون نافذه فيما إذا لم تصدر عن المالك، وعلى ذلك فلو شكَّ فى ولايه المالك على التصرف الجائز كما إذا شكَّ فى أن المرأه محجوره عن التصرف فى مالها بالتصدق به بلا- رضا زوجها، فيمكن الأخذ بالحديث فى إثبات سلطنتها وعدم كونها محجوره.

فقد تحضَّل إلى هنا دلالة الإطلاق والعموم من الكتاب العزيز على صحه المعاطاه ونفوذها، أضف إلى ذلك السيره الجاربه من العقلاء المتدينين منهم وغيرهم فى المعاطاه ومعاملتهم معها معامله اللازم، وما ذكر المصنّف رحمه الله من أن مثل هذه السيره كسائر سيرهم الناشئه عن التسامح فى الدّين وقله مبالاتهم به كما ترى، فإنه ليس المراد التَّمسك بسيره معظم المشرعه التى نراها الآن من المعامله مع

به لما سيجىء من شروط الصيغه.

وكيف كان ففي الآيتين مع السيره كفايه، اللهم إلا- أن يقال [١]: إنهما لا- تدلان على الملك وإنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، كالباع والوطء والعق والإيضاء، وإباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمه الشرعيه الحاصله فى سائر المقامات من الإجماع وعدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحه التصرفات.

الشرح:

المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك، إذ لا يمكن لنا إحراز استمرارها إلى زمان المعصومين عليهم السلام مع فتوى كبار العلماء من قديم الزمان بعدم إفادتها الملك وتقليد الناس منهم، بل المراد الأخذ بسيره العقلاء كاه المتدينين منهم وغيرهم، نظير السيره الجاريه على الاعتناء بأخبار الثقات المذكوره فى الأصول أن الردع من مثلها يحتاج إلى دليل خاص ولا يكفى وجود العمومات على خلافها، فضلاً عما وافقها من العمومات كما فى المقام، فلا وجه للقول بأن توريث المأخوذ بالمعاطاه قبل التصرف الموجب لصيرورته ملكاً ناش عن قله المبالاه بالدين.

[١] وهذا منع منه رحمه الله لدلاله الآيتين على حصول الملك بمجرد المعاطاه، وتقريره أن دلاله الآيتين على حصول الملك إنما هى بالدلاله الالتزاميه الناشئه عن الملازمه بين إباحه جميع التصرفات وبين حصوله، وهذه الملازمه ثابتة فى غير المعاطاه بالإجماع، وإلا- فالملازمه حقيقه إنما هى بين تحقق وطئ الأمه حلالاً- وبين ملكيتها، لا- بين مجرد الحكم بإباحه الوطئ وبين ملكيتها فإن هذه الإباحه لا تلازم ملكيتها إلا بالإجماع الثابت فى غير المعاطاه، وأما فيها فيلتزم بحصول الملك آناً ما قبل الوطئ جمعاً بين دليل جوازه ودليل توقّف جوازه على الملك وبين عدم

ص: ٣٥٣

وصرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاه سوغ جميع التصرفات غايه الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً ما فإن الجمع بين إباحه هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار. ولا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر ليقال: إن مرجع هذه الإباحه أيضاً إلى التمليك.

وأما ثبوت السيره واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه وقله المبالاه في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى.

ودعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحه [١] جواز مثل هذه التصرفات المتوقفه الشرح:

حصول الملك من الأول ولو بمقتضى الأصل.

أقول: التزامه رحمه الله بأن إباحه جميع التصرفات لا تلازم بنفسها الملكيه وإن كانت صحيحه إلا أنها تنافي ما بنى عليه رحمه الله من انتزاع الحكم الوضعي كالملكيه من الحكم التكليفي، حيث إن نفي الملازمه بين إباحه جميع التصرفات وبين الملكيه معناه عدم انتزاع الثاني من الأول كما لا يخفى.

[١] هذه الدعوى تقرب لإمكان التمسك بالآيتين في إثبات الملك بالمعاطاه، وبيانه أن القائل بإباحه التصرف بالمعاطاه لم يظهر منه إباحه جميع التصرفات المتوقفه على الملك، فإنه يحكى (١) عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه لا يجوز إخراج زكاه ماله أو خمسه بأداء مال آخر مأخوذ بالمعاطاه، وكذا لا يجوز أداء ثمن الهدى الواجب عليه في حجه من مال مأخوذ بها، فإن إخراج الزكاه أو الخمس من مال آخر موقوف على كون المؤدى مالكا لذلك المال وكذا في أداء ثمن الهدى أو

ص: ٣٥٤

١- (١) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ١٥٨ .

على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس والزكاه وثنم الهدى وعدم جواز وطء الجارىه المأخوذ به، وقد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير فى معاطاه الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآيه على جوازها فيثبت الملك. مدفوعه: بأنه وإن لم يثبت ذلك إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحه جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحه جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر.

فالأولى حينئذ: التمسك فى المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حل البيع» صحته شرعاً. هذا مع إمكان إثبات صحه المعاطاه فى الهبه والإجاره [١] ببعض الشرح:

وطئ الجارىه فإنها لا يجوز بغير ملك، وإذا أخذ بظهور الآيتين فى إباحه جميع هذه التصرفات بحصول المعاطاه فيثبت الملك بالملازمه بين إباحتها وثبوتها.

ولكن ناقش رحمه الله فى الدعوى بأن الملازمه بين إباحتها وحصول الملك غير ثابتة فى المعاطاه، بمعنى أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحه جميع التصرفات قال بالملك من الأول ليكون فى البين إجماع مركب.

[١] يمكن أن يريد رحمه الله وجود الروايه فى الهبه والإجاره، بحيث يكون مفادها ابتداءً الحكم الوضعى، يعنى انتقال المال، وإطلاقها يعم ما إذا كانت الإجاره بنحو المعاطاه، ففى صحيحه على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينه سنه أو أكثر من ذلك أو أقل قال: «الكراء لازم له إلى الوقت الذى تكارى إليه، والخيار فى أخذ الكراء إلى ربها إن شاء أخذ وإن شاء ترك» (١). فإن مفادها صحه الإجاره ولزومها كما أن إطلاقها يعنى عدم الاستفصال فى

ص: ٣٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٠، الباب ٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأول.

إطلاقاتهما؛ وتتميمه في البيع بالإجماع المركب. هذا مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه. ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد [١] في مقام الاستبعاد: أنّ الشرح: الجواب يعمّ المعاطاه.

ومن هذا القبيل صحيحه حفص البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس» (١). ولكن من قال بعدم لزوم المعاطاه كالمصنف رحمه الله لا يمكن له التثبت بهما، فإن ظاهرهما اللزوم وعدم جواز الفسخ كما لا يخفى.

وأما الهبه فلا يبعد أن يكون المراد بالوارد فيها صحيحه محمد بن مسلم قال أبو جعفر عليه السلام فيها: «ولا يرجع في الصدقه إذا ابتغى وجه الله وقال الهبه والنحله يرجع فيها إنشاء حيزت أو لم تحز، إلاّ لذي رحم فإنه لا يرجع فيه» (٢). فإن هذه بإطلاقها تعم الصدقه والهبه بالمعاطاه، والقائل بعدم الفرق بين أفرادهما في الحكم حتى فيما إذا كانتا بالمعاطاه يعتمد على مثلها.

[١] أراد بعض الأساطين (٣) أنّ حصول الإباحه بالمعاطاه دون الملك يلازم محاذير تكون ملازمتها كافيه للجزم ببطلان القول بها، والمحاذير أمور.

الأول: الالتزام بإمكان تخلف العقود وما يقوم مقامها عن قصد العاقد، فإن المفروض في المقام قصد المتعاطين الملك وهو غير حاصل، والحاصل هي الإباحه غير المقصوده فإنه قد مرّ أنّ رضا كلٍ منهما بتصرف صاحبه في المال منوط بحصول الملك، لا أنه يرضى بتصرفه مع عدم حصول الملك له.

ص: ٣٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٤٣، الباب ٣ من أحكام الصلح، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٣١، الباب ٣ من أحكام الهبات، الحديث ٢.

٣- (٣) شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقه ٥٠.

القول بالإباحه المجزّده، مع فرض قصد المتعاطين التمليك، والبيع، مستلزم الشرح:

وأجاب رحمه الله عن هذا المحذور أولاً: بأن تبعية العقود وما يقوم مقامها للقصد إنما هي مع صحتها، فإنه لا يعقل صحة العقد المفروض كونه أمراً إنشائياً ويكون قوامه بالقصد بلا حصول مدلوله ومقتضاه، والمعاطاه على القول بالإباحه ليست من العقود الصحيحه وما يقوم مقامها، بل الإباحه الحاصله حكم شرعى، وليست من الإباحه المالكيه التي لا يمكن تحققها بلا قصد.

أقول: الالتزام بالإباحه الحكميه منافٍ لما تقدم منه رحمه الله سابقاً من كون الإباحه مالكيه حاصله من تسليط المالك صاحبه بماله، مع أنّ الإباحه الحكميه تعبد يحتاج إلى الإثبات والتمسك لها بالسيره كما ترى، فإنّها من العقلاء جاريه على الملك اللازم ومن بعض المتشرّعه ناشئه عن فتوى جمله من كبار العلماء بالإباحه فلا اعتبار بها مع عدم إحراز استمرارها إلى زمان المعصوم عليه السلام .

وثانياً: أنه قد وقع تخلف العقد عن القصد في موارد وليكن المعاطاه منها، وتلك الموارد كما تلى.

الأول: ذكروا أنّ الفاسد من العقد تابع لصحيحه في الضمان، ولكن الضمان في صحيح البيع مثلاً بالثمن المسمّى وهذا مع فساد العقد غير حاصل، والحاصل وهو ضمانه بالمثل أو قيمه غير مقصود.

أقول: عدم إمكان تخلف العقد عن القصد معناه عدم إمكان حصول مدلول العقد ومفاده المفروض كونه إنشائياً بلا قصد أو تحققه مع قصد الخلاف والضمان بالعوض المسمّى عبارته عن تحقق ملكيه ماله للآخر بالعوض، وهذا أمر إنشائي جعلى إلا أن الضمان مع فساد العقد بالمثل أو قيمه ليس أمراً جعلياً للمتعاقدين، بل هو حكم شرعى إمضائى تابع لموضوعه وهو الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان،

الشرح:

وما فى كلام المصنف رحمه الله من أن الموجب للضمان هو إقدام المتعاقدين عليه على ما هو مفاد العقد، لا يمكن المساعده عليه كما سيأتى توضيحه عن قريب.

الثانى: ذكروا أنّ الشرط الفاسد غير مفسد، ومعنى ذلك أنّ مدلول العقد يتحقق مطلقاً من غير تقييد بالشرط المزبور مع أنّ المقصود تحقق مدلوله مقيداً به، فالمقيد المقصود غير موجود والإطلاق الموجود غير مقصود.

والجواب: أنّ الشرط فى المعاملات كما سيأتى فى محله إن شاء الله تعالى ليس من قبيل الشرط فى الجملة الشرطيه حتى يكون مفاد العقد معلقاً عليه، بل الشرط عبارته عن جعل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما ويكون إنشاء العقد معلقاً على التزام الآخر بذلك الحق، لا- على نفس الحق، فلا يكون حصول الحق كما هو معنى صحه الشرط أو عدمه كما هو معنى فساده دخيلاً فى إنشاء العقد أو عدمه، وتوضيح ذلك فى بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

الثالث: ذكروا أنّ بيع شىء قابل للملك وآخر غير قابل له بصفقه واحده صحيح عندنا بالإضافة إلى القابل له بحصه من الثمن، مع أنّ المقصود هى المعاوضه بين مجموعهما ومجموع الثمن، وهذا غير متحقق والمتحقق وهى المعاوضه بين خصوص القابل والحصه من الثمن غير مقصود.

والجواب: ما سيأتى إن شاء الله تعالى من انحلال البيع بالإضافة إلى كل من الأمرين المفروضين فى مقصود المتبايعين وإمضاء الشارع أحد البيعين دون الآخر لا يوجب إلا التفكيك فى الإمضاء ولا محذور فيه. نعم يكون فى البين خيار تبعض الصفقه؛ لأنه يرجح الجمع بين الشئيين فى عقد واحد إلى اشتراط الخيار على تقدير التبعض.

لتأسيس قواعد جديدته:

منها: أنّ العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد.

الشرح:

الرابع: قيل وعليه الكثير: إنّ بيع الغاصب مال الغير لنفسه يقع لذلك الغير مع إجازته، فالواقع وهو البيع للمالك مع إجازته غير مقصود للعائد والمقصود له وهو العقد لنفسه غير حاصل.

والجواب: أنّ المعاوضه على عين خارجيه وتمليكهها بعوض لا يتوقف على تعيين صاحبها فى القصد، لأن مقتضى كون الثمن عوضا عنها دخوله فى ملك من يخرج تلك العين عن ملكه، وقصد دخوله فى ملكه أو غيره لا دخل له فى تحقق البيع.

الخامس: ذكر جماعه أنّ ترك الأجل فى النكاح المقصود انقطاعه يجعله مطلقا يعنى دائما، وهذا من تخلف العقد عن القصد، فإنّ الزوجيه المطلقه أمر إنشائى فقد حصلت بلا قصد.

أقول: فى المسأله ثلاثه أقوال.

الأول: الانقلاب إلى الدوام مطلقا.

الثانى: البطلان انقطاعا ودواما.

الثالث: التفصيل بين إنشاء العقد بلفظ «أنكحت» و«زوجت» وبين إنشائه بلفظ «متع»، فالانقلاب فى الأولين لظهورهما فى الدوام والبطلان فى الأخير، ولكن الأصح هو القول بالبطلان مطلقا وذلك لأنّ كلاً من الانقطاع والدوام يحتاج إلى القصد كما يتوقف الانقطاع على ذكر الأجل أيضا، والزوجيه الدائمه المحققه إن كانت بالإنشاء فالمفروض عدمه، إذ الإنشاء لا يكون بلا قصد، وإن كانت من قبيل الحكم الشرعى على العقد المقصود به الانقطاع كالأباحه الحكميه المترتبه على المعاطاه فليس عليها دليل.

ص: ٣٥٩

ومنها: أن يكون إرادته التصرف من المملكات [١] فتملك العين أو المنفعة بإرادته التصرف بهما أو معه دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات، لأنه قاصد للنقل من حين الدفع وأنه لا سلطان له بعد ذلك؛ بخلاف من قال: اعتق عبدك عني وتصدق بمالي عنك.

الشرح:

نعم في موثقه ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إن سمي الأجل فهو متعه، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات» (١)، ولكنها في مقام بيان الفرق بين الدوام والانقطاع من جهة العقد، وأن الدوام لا يذكر فيه الأجل والانقطاع يذكر فيه الأجل، لا أن الدوام لا يحتاج إلى القصد وإلا كان مقتضاه تحقق الانقطاع بلا قصد، كما إذا ذكر الأجل اشتباها.

والحاصل: اشتراط عقد المتعه بذكر الأجل فيه كما هو ظاهر غير واحد من الروايات التي منها هذه الموثقه، مقتضاه الحكم ببطلانها في صورته نسيان ذكره فيه وأنه لا يترتب عليه لا المتعه ولا الدوام.

نعم في البين بعض الروايات التي يمكن استظهار الانقلاب إلى الدوام منها، ولكنها لضعف إسنادها لا يمكن الاعتماد عليها.

[١] وهذا هو المحذور الثاني في كلام بعض الأساطين، وحاصله كون إرادته تصرف غير المالك مملكا كما إذا حصل ملك المال بإرادته تصرفه فيه أو مع تصرفه، وهذا التصرف المملك في مال الغير يحتاج إلى الإذن من مالكة مع أنه لم يأذن فيه، بل وربما لا يخطر بباله التصرف المزبور ليأذن فيه، فإنه إنما يعطى المال بقصد تملكه وبقصد أنه يُنهى سلطانه على المال المزبور بإعطائه، فيفترق المقام عن قول للآخر: أعتق عبدك عني، فإنه توكيل في تملك عبده إياه أولاً ثم عتقه، كما أن قوله للآخر: تصدق بمالي عنك، إذن للغير في تملك ماله ثم التصرف فيه بالتصدق.

ص: ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٤٧، الباب ٢٠ من أبواب المتعه، الحديث الأول.

ومنها: أنّ الأُخماس والزّكوات [١] والاستطاعه والديون والنّفقات وحقّ الشّرح:

أقول: يمكن الالتزام بحصول إباحه التصرّف بالمعاطاه قبل وقوع التصرّف، وهذه الإباحه حكميه لا تحتاج إلى إذن المالك ورخصته، والتصرّف الموقوف على الملك دخيل شرعا في حصول الملكيه المنشأه بالمعاطاه نظير قبض الثمن في المجلس في بيع السلم فتتمّ الملكيه الشرعيه مقارنة للتصرف.

[١] وذكر بعض الأساطين على القول بالإباحه محذورا ثالثا وهو أنه يجب ترتيب الآثار المترتبه شرعا على الملك المأخوذ بالمعاطاه مع فرض عدم كونه ملكا، كوجوب الخمس في المأخوذ بالمعاطاه مع عدم صيرورته ملكا، كما إذا اشترى التاجر في أواخر سنه ربحه متاعا بألف دينار ثم زادت قيمته السوقيه فباعه قبل تمام سنه الربح بألفين بالمعاطاه ثم نزلت قيمه السوقيه إلى ألف، فيجب عليه خمس الألف مع عدم صيرورته ملكا له بتصرف أو تصرف المشتري في المتاع المزبور.

أقول: لا- بأس للقائل بالإباحه بالالتزام بعدم وجوب الخمس في الألف قبل صيرورته ملكا وبعد ذلك يكون من أرباح السنه الآتية، كما إذا تصرف فيه أو تصرف الآخر في المتاع، ومن تلك الآثار وجوب إخراج الزكاه من المال الزكوى كالذهب فيما إذا أخذه بالمعاطاه وحال عليه الحول من غير أن يتصرف فيه أو يتصرف الآخر في بدله.

أقول: يمكن للقائل المزبور بالالتزام بعدم وجوب زكاته على الأخذ قبل حولان الحول عليه في ملكه، بل يجب زكاته على بايعه، لفرض كونه مالكا قبل حصول الملك للآخر.

ومن تلك الآثار الاستطاعه، فإنه إذا فرض هبه مال له بالمعاطاه يكفي ذلك المال لمصارف حجه زائدا على مؤننه ومؤنه عياله ولم يتصرف في ذلك المال ليصير

المقاسمه والشفعه والمواريث والزبا والوصايا تتعلّق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله، وعدم التصرّف فيه أو عدم العلم به فينفى بالأصل، فتكون متعلّقه بغير الأملاك، وأنّ صفه الغنى والفقير تترتّب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

الشرح:

ملكا له، فلا بد من الالتزام بحصول الاستطاعه للحج بدون الملك.

وفيه: أنّه لا بأس بذلك الالتزام فإنّ الاستطاعه الموضوع لوجوب الحج غير موقوفه على ملك المال، بل يكفى فيه ملك التصرف؛ والبحث موكول إلى كتاب الحج، ونظيره وجوب أداء الدين على المديون أو وجوب الإنفاق على العيال، فإنّ الوجوب فى الموردين كما فى وجوب الحج غير موقوف على ملك المال وقد يؤدى معظم أهل العلم ديونهم من سهم الإمام عليه السلام مع عدم كون السهم المبارك ملكا لهم، كما ينفقون على عيالهم من ذلك السهم، وجواز أداء المديون دينه بمال الغير يلازم جواز إجباره عليه مع امتناعه.

ومن تلك الآثار تعلق حق الشفعه والمقاصه بالمأخوذ بالمعاطاه، فإنّه يجوز له المقاصه من ذلك المال ولو قبل صيرورته ملكا للجاحد، وهذا معنى تعلق المقاصه بما ليس ملك الجاحد، وكما إذا باع أحد الشريكين فى الأرض حصته المشاعه من ثالث بالمعاطاه، فيجوز للشريك الآخر استرداد الحصه المبيعه بأخذه بحق الشفعه، وهذا فرض لتعلقها بغير الملك.

أقول: للقائل بعدم الملك فى المعاطاه الالتزام بعدم جواز المقاصه من المأخوذ بالمعاطاه قبل صيرورته ملكا للجاحد، كما لا يجوز فى الحصه المباعه بها الأخذ بالشفعه قبل صيرورتها ملكا للمشتري لأنّ الموضوع لجواز المقاصه أو الأخذ بالشفعه كون المال ملكا للجاحد والحصه ملكا للمشتري، ومن تلك الآثار إرث المال

الشرح:

المأخوذ بالمعاطاه فيما إذا وقع الموت قبل التصرف فى ذلك المال.

والجواب: أنّ للقائل المزبور الالتزام بعدم دخوله فى الميراث، بل الداخلى فيه المال الآخر الموجود فى يد الطرف الآخر، ولكن يجوز للورثه التصرف فيما كان بيد مورثهم عوضاً عن تصرف الآخر فى مالهم كما هو مقتضى رضاها ببقاء المعاطاه، ومع حصول التصرف المملّك يحصل الملك للطرفين، وبهذا يظهر الحال فى الموهوب بالمعاطاه.

وهذا بناءً على عدم كون الموت من ملزمات المعاطاه، وأما بناءً عليه فالمأخوذ بها كسائر أموال الميت داخل فى تركته.

ومن تلك الآثار تعلق الربا بالمعاطاه بنحو المعاطاه، كما إذا بادل ألف كيلو من الارز العنبر بألفين من الارز العادى فلا يمكن الحكم بجواز هذه المعاطاه الربويه وصحتها، مع أنّ حرمة الربا وفساد المعاطاه لا يكونان إلاّ مع التملك.

أقول: قد مرّ أن المعاطاه بناءً على المشهور تملك ولكن الشارع لم يمضها إلاّ بعد وقوع التصرف المملّك وأنّ التصرف المزبور كالتقبض فى المجلس فى معامله الصرف شرط شرعى، وكل من حرمة الربا وفساد المعاطاه الربويه يعمّ ما إذا كان فى معامله شرط شرعى آخر، وقد مرّ أيضاً أن إباحه التصرف الثابته قبل الملك إباحه حكميه فلا ينافى ثبوتها مع كون المعاطاه معاوضه فى الملك، ومن تلك الآثار جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه حتى مع عدم التصرف فيها قبل الموت.

أقول: بناءً على أنّ موت أحد المتعاطيين من ملزمات المعاطاه فلا بأس بالوصيه.

ومن تلك الآثار أنّ الواهب لجميع أمواله للغير بالمعاطاه يجوز له أخذ الزكاه باعتبار فقره بعد الهبه المزبوره، مع أنّ تلك الأموال لا تخرج عن ملكه بالمعاطاه على

ومنها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر [١]، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

ومنها: جعل التلف السماوى من جانب [٢] مملكا للجانب الآخر، والتلف الشرح:

الفرض، وكذا يحكم بعدم جواز أخذ الزكاه للمتهدب بها باعتبار غناه مع عدم انتقال تلك الأموال إلى ملكه.

وفيه: أن وصف الغنى الموجب لعدم جواز أخذ الزكاه أو الفقر الموجب لجوازه غير موقوف على حصول الملك وعدمه، كما ذكر تفصيل ذلك فى البحث فى أوصاف المستحقين فى كتاب الزكاه.

[١] وهذا المحذور الرابع فى كلام بعض الأساطين كالإعاده للمحذور الثانى وقد تقدم مع جوابه.

[٢] قد أدرج فى هذا المحذور أمور أربعة:

الأول: الالتزام بأن تلف أحد المالىن فى يد أحدهما بأمر غير اختيارى موجب لتملك الآخر ما بيده من المال.

الثانى: الالتزام بأن تلف كلا المالىن بتفريط من المتعاطيين موجب لضمان كل منهما ملك الآخر بالعرض المستى، كما لو أخذ متاعا بدينار بالمعاطاه وتلف المتاع والدينار فى يدهما فىكون تلفهما موجبا لتملك كل منهما ما تلف فى يده، مع أن مقتضى القاعده يعنى قاعده اليد كون ضمان المتاع بقيمه المثل لا بالقيمه المسماه، فإن اختلفت القيمتان بأن كانت قيمه المثل أقل فيرجع إلى مالك المتاع بالتفاوت بينهما.

الثالث: عدم إمكان الالتزام بحصول الملك أو عدم حصوله فى صورته وقوع المال بيد الغاصب أو تلفه فى يده، فإن القول باستحقاق المأخوذ منه المطالبه بالمال من الغاصب؛ لأنه تملكه بالغصب أو بالتلف فى يد الغاصب غريب، والقول بأنه لم يملك

من الجانبين معيّنًا للمسمّى من الطرفين، ولا رجوع إلى قيمه المثل حتّى يكون له الرجوع بالتفاوت. ومع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنّه المطالب لأنّه تملك بالغصب، أو التّلف فى يد الغاصب غريب! والقول بعدم الملك بعيد جدًّا مع أنّ فى التّلف القهرى إن ملك التّالف قبل التّلف فهو عجيب! ومع بعيد؛ لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدّخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسّيره وبناء المتعاطيين.

الشرح:

ولا يكون له استحقاق المطالبه، بل يكون الاستحقاق للمبيع بعيد جدا.

الرابع: أنه لا يمكن الالتزام بحصول الملك عند تلفه فى يده قهرا كما لا يمكن الالتزام بعدم حصول ملكه، فإنه إن كان حصول ملكه قبل تلفه فهو بلا وجه، وإن كان حصوله مقارنا للتلف فهو بعيد، لأن المال فى زمان تلفه غير قابل لحدوث ملكه وإن كان حصوله بعد تلفه فهو من ملك المعدوم، وإن لم يحصل الملك أصلاً كان ملك الآخر بلا عوض والالتزام بأن الآخر أيضا لا يملك المال الآخر الموجود فى يده مخالف للسّيره وبناء المتعاطيين.

أقول: كل ذلك وما يذكره بعد ذلك ينتهى بما ذكرنا آنفا من أن المنشأ بالمعاطاه الملكيه، غايه الأمر بناءً على القول بالإباحه جعل الشارع للملكيه شرطا كجعل القبض فى المجلس شرطا فى بيع الصرف والشرط المعتبر أحد الملزّمات التى سيأتى ذكرها.

ومن تلك الملزّمات تلف المال قهرا أو تفریطا أو وقوعه فى يد الغاصب إلى غير ذلك، فإنه لا وجه لرفع اليد عن حلّ البيع أو لزوم العقد الشامل للمعاطاه إلاّ فى مورد اليقين، وهو مورد عدم حدوث شىء من تلك الملزّمات.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا المحذور المتضمّن للأمر الأربعة بما حاصله:

ص: ٣٦٥

الشرح:

إن مقتضى الإجماع عدم ضمان تلف المال قهرا أو تفريطا بالمثل أو القيمه، وعلى ذلك فالأمر يدور بين القول ببقاء المال المزبور على ملك مالكة الأول ولا ضمان فيه بأن يخصص عموم حديث: «على اليد» (١)، حيث إن مدلوله ثبوت الضمان في كل مورد يضع إنسان يده على مال الغير بلا استيمان، فيقال: إن في مورد المعاطاه لا ضمان على من يتلف مال الغير في يده، وبين إبقاء الحديث على عمومه ويقال: بأن الماخوذ في المعاطاه يصير ملكا لمن يتلف في يده كما أن المال الآخر يصير ملكا للآخر، وهذا مقتضى التحفظ على عموم الحديث مع ملاحظه الإجماع المزبور.

ثم إن في هذا الفرض أى فرض حصول الملك مقتضى أصاله عدم حدوث الملك قبل التلف حدوثه مقارنا له فيكون المقام نظير تلف المبيع في يد بايعه، حيث إن مقتضى عدم ضمان المبيع بالمثل أو القيمه مع ملاحظه الروايه الوارده في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه هو الالتزام بدخول المبيع قبل تلفه في ملك بايعه، ومقتضى المعاوضه انتقال الثمن أيضا إلى ملك المشتري ولذا يقال: ضمان البايع قبل القبض معناه انحلال البيع بالتلف قبل القبض.

أقول: يرد على المصنّف أولاً: أنه لا مجال للأخذ بحديث «على اليد» مع العلم بعدم شموله للمورد تخصيصا أو تخصيضا، كما قرّر في الأصول، لأن الضمان المستفاد منه لا يعم الضمان بالمسمى، فإن ظاهره أداء نفس المال ولو بماليتة. وثانيا: إنه لو صح الأخذ بالإجماع في أمثال المقام فالظاهر قيامه على ملك المال بالتلف فلا حاجة إلى حديث «على اليد» أصلاً.

ص: ٣٦٦

ومنها: أنّ التصرّف إن جعلناه من التّواقل القهريه فلا يتوقّف على التّيه فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها كان الواطئ للجاريه من غيرها واطئاً بالشّبهه، والجاني عليه والمتلف [١] جانياً على مال الغير ومتلفاً له.

ومنها: أنّ التّماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثة مملّكاً له دون العين فبعيد، أو معها، فكذلك، وكلاهما مناف لظاهر الأكثر، وشمول الإذن له خفيّ. [٢]

ومنها: قصر التّمليك على التصرّف [٣] مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك فيه إذن في التّمليك، فيرجع إلى كون المتصرّف في تمليكه نفسه موجّباً قابلاً، وذلك جارٍ في القبض، بل هو أولى منه، لاقترانه بقصد التّمليك، دونه، انتهى.

والمقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذكوره تنهض في مقابل الأصول والعمومات، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديده لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء.

أمّا حكاية تبعيته العقود وما قام مقامها للقصود، ففيها:

الشرح:

[١] أي الجاني على المأخوذ بالمعاطاه والمتلف لذلك المأخوذ.

[٢] يعني شمول إذن مالك الأصل للتصرف في نمائه خفي.

[٣] وحاصله: أنّ القول بعدم حصول الملك في المعاطاه من الأول، بل حدوثة عند التصرف يبتنى على أنّ إذن المالك فيه إذن في التّمليك أيضاً، فيتعيّن الالتزام بأنّ المتصرّف يكون بتصرفه مملّكاً ومتملّكاً المال الذي بيده وهذا معنى اتحاد الموجب والقابل، ولو صحّ كون التصرف تمليكا وتملّكا لجري ذلك في قبض المال من مالكة فيكون قبضه إيجاباً وقبولاً، بل قبضه أولى بما ذكر، فإنه تصرف من مالكة بقصد الملك.

أقول: قد تقدم أنّ التصرف شرط لحصول الملكيه، نظير القبض في الهبه

أولاً: أن المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجزّده من العقود، ولا من القائم مقامها شرعاً، فإن تبعيه العقد للقصد وعدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دليل صحّ ذلك العقد، بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحّ مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه، أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحّتها دليل، فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، كما نبّه عليه الشّهد في كلامه المتقدّم من أن السّبب الفعلي لا يقوم مقام السّبب القولي في المبيعات.

نعم إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً.

وثانياً: أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسداً يثر في ضمان كل من العوضين قيمه، لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحّحه، مع أنّهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر.

وتوهم: أن دليلهم على ذلك «قاعده اليد»، مدفوع: بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك. وكذا الشرط الفاسد لم يقصد معامله إلا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء.

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكلّ. وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير. وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً، على قول نسبه في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور.

نعم، الفرق بين العقود وما نحن فيه: أن التخلف عن القصد يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلّه صحه العقود، وفيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل.

الشرح:

ولا يكون إيجاباً ولا قبولاً، وجواز التصرف قبل حصول الملك من قبيل الإباحه الحكيمه لا الإباحه بإذن المالك، ولا يجرى شيء من ذلك في قبض المال.

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادته التصرف مملكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق، وأدله توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطء والبيع والعتق وشبهها.

وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها، مع أن تعلق الاستطاعه الموجه للحج، وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقفان على الملك.

وأما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه. وأما كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره كما هو الظاهر كان كل من المالكين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع وبين عموم «على اليد ما أخذت» وبين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه. توضيحه: أن الإجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعايه لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزله الزوايه الواردة في أن: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قدر التلف من مال ذي اليد، فلا بد من أن يقدر في آخر أزمه إمكان تقديره، رعايه لأصالة عدم حدوث الملكيه قبله، كما يقدر ملكيه المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف، استصحاباً لأثر العقد. وأما ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على القول بالإباحه أن لكل منهما المطالبه ما دام باقياً. [١]

الشرح:

[١] يعنى لكل من المبيع والمأخوذ منه حق الرجوع إلى الغاصب.

وإذا تلف فظاهر إطلاقهم «التملك بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم لو [لا] قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

وأما ما ذكره من حكم التّماء فظاهر المحكى عن بعض أنّ القائل بالإباحه لا- يقول بانتقال التّماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله، ويحتمل أن يحدث التّماء فى ملكه [١] بمجرد الإباحه.

ثم إنك بملاحظه ما ذكرنا تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره مع أنّه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد والانصاف: أنّها استبعادات فى محلّها.

وبالجملة: فالخروج عن أصله عدم الملك [٢] المعتضد بالشّهره المحقّقه إلى زمان المحقّق الثّانى وبالاتفاق المدعى فى الغنيه والقواعد هنا وفى المسالك فى مسأله توقّف الهبه على الإيجاب والقبول مشكل، ورفع اليد الشّرح:

[١] يعنى فى ملك الآخذ بمجرد إباحه الأصل له.

[٢] لا يخفى أنّ مقتضى الأصل العملى فى المقام وإن كان الفساد وعدم حصول الملك بالمعاطاه كما مرّ سابقا، إلا أنّ الأصل العملى لا اعتبار به فى مقابل إطلاق دليل حلّ البيع والهبه وغيرهما فلا وجه لجعل العدول عن الأصل مشكلاً، والشهره فى كلام القدماء قد عرف وجهها والإجماع المنقول فى كلام الغنيه غير ثابت، ويكفى فى ذلك ملاحظه الوجه الثّانى الذى ذكره لعدم اعتبار الاستدعاء والإيجاب والمعاطاه، فإنّه لو كان عدم حصول الملك فى المعاطاه إجماعياً لذكر أنّ البيع مع حصول الإيجاب والقبول مجمّع على صحته وحصول الملك به ومع عدمهما مجمع على فساده وعدم حصول الملك، مع أنّه ذكر أنّ البيع معهما مجمع على صحته ولا دليل على صحته بغيرهما.

اللهم إلا أن يقال: إنّ تعبيره بذلك لثلا يرجع الوجه الثّانى إلى الوجه الأول.

عن عموم أدله البيع، والهبه ونحوهما المعتضده بالسيره القطعيه المستمره وبدعوى الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثّانى بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحه أشكال، فالقول الثّانى لا يخلو عن قوه.

وعليه فهل هى لازمه ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله أو بشرط كون الدالّ على التّراضى لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصرى الشّهد الثّانى وقوّاه جماعه من متأخّرى المحدثين أو هى غير لازمه مطلقاً فيجوز لكلّ منهما الرجوع فى ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت. وجوه: أوفقها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً على أصاله اللزوم فى الملك [١] للشكّ فى زواله بمجرّد الشّرح:

[١] وحاصل كلامه أنّه بناءً على حصول الملك فى المعاطاه ودوران كونه ملكاً جازياً أو لازماً يحكم باللزوم ويقتضيه وجوه؛ الأوّل: استصحاب الملك الحاصل بالمعاطاه وعدم زواله برجوع أحد المتعاطيين بلا رضا صاحبه، وربما يورد على هذا الاستصحاب بكونه من قبيل استصحاب الكلى فإنّه بعد رجوع أحد المتعاطيين يعلم بعدم الملك الجائر، والملك اللازم حدوثة من الأوّل مشكوك.

وأجاب عن ذلك بأنّ استصحاب الملك فى المقام على تقدير كونه من قبيل استصحاب الكلى فهو من القسم الثّانى منه الذى يتردّد فيه الكلى الحادث بين كونه فى ضمن فرد الطويل أو القصير، وفى مثله لا بأس باستصحاب الكلى لترتيب آثار بقائه.

هذا أولاً، وثانياً: فلأنّ الاستصحاب فى المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلى، والمستصحب شخص الملك المحتمل بقاؤه بعد رجوع أحد المتعاطيين، وذلك فإنّ اللزوم أو الجواز من الحكم للملك الحادث كسائر الأحكام المترتبه عليه، ويختلف الحكم باعتبار اختلاف أسباب حصوله من كونه بالهبه أو الصلح أو البيع بالإيجاب والقبول لفظاً أو بالمعاطاه وغيرها. ويشهد لكونهما من الحكم لا من الفصل

ودعوى: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمل: بأن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقته السبب المملك لا اختلاف حقيقته الملك. فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذة الشرح:

المميز لأحد النوعين عن الآخر عدم الفرق في المنشأ في الهبة اللازمة أو الجائزة، وأيضا لو كان منهما فصلاً مميزاً فإن كانا بفعل المتعاقدين وإنشائهما فاللزام كونهما تابعين لقصدتهما، وإن كانا بجعل الشارع فنوع الملك أمر إنشائي بلا قصد من العاقد فهذا فرض تخلف العقد عن القصد، والكلام الجارى في دوران الأمر بين كون الملك لازماً أو جائزاً لا يتخصيص بالمعاطة حتى يعتذر عن تخلفها بالقصد بما تقدم سابقاً من عدم لزوم تحقق المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطين.

وذكر أيضاً أنه يكفي في جريان الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك.

أقول: لا وجه لهذا الكلام أصلاً، فإنه بناءً على جريان الاستصحاب في القسم الثاني كما هو الحق، فالاستصحاب في بقاء الملك صحيح حتى مع الجزم بأن اللزوم من خصوصيات الملك، وبناءً على عدم جريانه فيه وكون القسم الثاني كالثالث منه في عدم الجريان، فالشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك يوجب عدم جريان

فى المسبب. وىدلّ علىه مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشكّ فى أنّ اللزوم من خصوصيات الملك. أو من لوازم السبب المملك، ومع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج واحد: أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع:

فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفه بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه أو عدم قصده وهو بديهى البطلان، إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع وعدمه. وإن كان الثانى لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل فى العقود لما تقدم أنّ العقود المصححه عند الشارع تتبع القصد، وإن أمكن القول بالتخلف هنا فى مسأله المعاطاه، بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين، لكن الكلام فى قاعده اللزوم فى الملك يشمل العقود أيضاً.

الشرح:

الاستصحاب، وذلك فإنّ المقام يكون من قبيل الأخذ بالعام فى الشبهه المصداقيه، لا من قبيل الأخذ به فى الشك فى مصداق المخصص ليقال باعتبار العام معه، كما عن بعض.

وإن شئت قلت: عدم جريان الاستصحاب فى ناحيه الكلى فى القسمين ليس لورود المخصص العقلى أو النقلى على عموم خطاب الاستصحاب، بل باعتبار عدم تحقق نقض اليقين بالشك فىهما، وقد ذكر فى محله أن خطاب العام كسائر الخطابات لا يتكفل لإثبات موضوعه وحصوله فى الخارج، بل مدلوله الحكم للموضوع على تقدير حصوله، ومع دوران أمر الملك بين اللزوم والجواز والشك فى كونهما من خصوصيات الملك أو من أحكام السبب المملك لا يحرز موضوع اعتباره وكون رفع

وبالجملة فلا إشكال في أصله اللزوم [١] في كل عقد شك في لزومه شرعاً، وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر كالصلح من الشرح:

اليد عن الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من نقض اليقين بالشك.

اللهم إلا أن يقال: الوجه في عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلي في القسم الثاني ليس لأن الكلي لا حصول له بنفسه وأنّ الحاصل هو الفرد، وأنّ الفرد المرّد بين القصير والطويل وبالإضافة إلى القصير لا- يحتمل البقاء وبالإضافة إلى الطويل لا علم بالحدوث فتختل أركان الاستصحاب، ومع احتمال كون الملك اللازم والجائر من هذا القبيل يكون التمسك بخطاب الاستصحاب من الأخذ به في شبهته المصدقيه، بل الوجه في عدم جريانه حكومه استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل عليه، لأنّ الشك في بقاء الكلي مسبب عن احتمال حدوثه. وإذا أحرز عدم حدوثه فلا مجال لاحتمال بقاء الكلي ليجرى فيه الاستصحاب، وفيما إذا لم يحرز كون استصحاب الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من قبيل الشخص أو الكلي فيجربى الاستصحاب في ناحيته لعدم إحراز الأصل الحاكم عليه، وهذا معنى كفايه الشك.

ومما ذكرنا يظهر الحال في استصحاب علقه المالك الأول. ووجه الظهور أنّ جواز الرجوع على تقديره لا تكون علقه في المال، بل هو حكم حادث وعلقه الحاصل سابقاً للمالك الأول. وهي الملك قد زالت جزماً، بل لو كان جواز الرجوع من قبيل العلقه في المال فهو مسبوق بالنفي لا- بالثبوت، واحتمال حدوثه بعد ارتفاع الملك يدخل المقام في القسم الثالث من استصحاب الكلي، وقد ذكر في محله عدم اعتباره فيه.

[١] لا- فرق في جريان استصحاب الملك عند الشك في لزومه وجوازه بين كون الشبهه حكميه كما في المعاطاه أو موضوعيه كما إذا تردّد ما في الخارج من العقد

دون عوض والهبة. نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة. ويدلّ على اللزوم مضافا إلى ما ذكر [١] عموم قوله صلى الله عليه و آله «الناس مسلّطون على أموالهم»، فإنّ الشرح:

بين كونه هبة أو صلحا بلا عوض، فإن الملك في الأول جاز وفي الثاني لازم، ومقتضى بقاء الملك بعد الرجوع لزومه.

واحتمل المصنف رحمه الله التحالف عند التداعي ولكن لم يظهر له وجه صحيح، فإن الأثر الخاصّ في المقام وهو جواز الرجوع المترتب على الهبة ومقتضى الأصل عدمها، وأما عدم جواز الرجوع فلا يحتاج إلى إثبات وقوع الصلح، بل هو مقتضى ثبوت الملك ولو بالاستصحاب، فالمورد من موارد الدعوى والإنكار لا من موارد التداعي.

ثم لا يخفى أن استصحاب الملك في موارد الشبهه الحكميه من قبيل استصحاب الشخص لما عرفت من أن اللزوم والجواز من أحكام الملك، فيستصحب بعد رجوع أحد المتعاطيين نفس ذلك الشخص، بخلاف استصحاب الملك في الشبهه الخارجيه فإنه يكون من استصحاب الكلي لا محاله، فإن المنشأ في الهبة فرد من الملك وفي الصلح فرد آخر. نعم الفردان متحدان في الحقيقه كما تقدم.

وأیضا لا يكون الشك في بقاء الملك بعد فسخ أحد المتعاطيين من الشك في المقتضى حتى بناء على كون الملك الجائر والملك اللازم سنخين من الملك، وذلك فإن الشك في المقتضى على ما يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله ما يكون انتفاء الحادث بمجرد انقضاء الزمان كانقضاء وجوب الصوم بانقضاء النهار لا بحدوث زمني آخر، وبما أن الفسخ أمر زمني يكون ارتفاع الملك معه من الارتفاع بالرافع.

[١] الوجه الثاني في لزوم الملك الحاصل بالمعاطاه العموم في روايه «الناس

مقتضى السِّلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربّما يتوهم: من أنّ غايه مدلول الرّوايه سلطنة الشّخص على ملكه ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الشّرح:

مسلّطون على أموالهم»^(١)، حيث إنّ مقتضى ذلك العموم أن يكون سلطنة المال المأخوذ بالمعاطاه لمن يملكه بها، ولازم ذلك أن لا يكون لصاحبه سلطنة التصرف فيه بإرجاعه إلى ملكه برجوعه في المعاطاه.

وبهذا يظهر فساد التوهم بأنّ التمسك بالحديث لبطلان فسخ الآخر من التمسك بالعام في شبهته المصادقيه، حيث إنّ بعد فسخه لا يحرز كون المال ملكاً لمن بيده حتى يثبت بسلطانه عليه وبجواز تصرفاته فيه بطلان فسخ الآخر، ووجه الظهور أن التمسك بالحديث ليس باعتبار شموله للتصرفات المتعلقة بالمال وإثبات السلطنة عليه بعد فسخ الآخر، ليقال إنه لم يحرز بعد فسخه كونه مالاً لمن بيده، بل التمسك به باعتبار شمول الحديث للمال المأخوذ بالمعاطاه قبل فسخ الآخر، وأن مقتضاه بطلان ذلك الفسخ، حيث إنّ مدلوله أنّ السلطنة على ذلك المال بالإضافة إلى جميع التصرفات فيه ومنها إبقاؤه على الملك أو الإخراج عنه بيد مالكه، فلا يمكن للغير إخراج عن ملكه قهراً عليه، وهذا معنى بطلان الفسخ.

ولكن لم يرتض بهذا الظهور المحقق الإيرواني رحمه الله فذكر أن السلطنة على المال وإن يراد منها السلطنة على التصرفات فيه إلا أنّ التصرفات تختص بالمتفرعه على كون الشئ مالاً له، وأمّا أنّ الشئ ماله أولاً، أو أنه بفسخ الآخر يسقط عن كونه مالاً له أم لا، فلا يثبت بالحديث، كما لا يثبت به عدم سقوط الخل مثلاً عن كونه مالاً له بصيرورته خمراً، وإن كنت في ريب مما ذكرنا فلاحظ دليل ولايه الأب على الصغير

ص: ٣٧٤

١- (١) بحار الأنوار ٢: ٢٧٢، الحديث ٧، عن عوالي اللآلي ١: ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

الأصلي. ولما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض: بأن فائده الملك السلطنة، ونحوه العلامة رحمه الله في موضع آخر. ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه» [١] حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه. الشرح:

فإن له الولاية عليه متفرعا على صغره وليس له الولاية على إبقائه صغيرا.

أقول: السلطنة وإن كانت متفرعة على كون الشيء مالا لشخص إلا أن التصرف في ذلك الشيء بنحو يوجب خروجه عن ملكه فسلطانه أيضا بيد مالكة، فإن الإخراج عن الملك من التصرف المعهود المتعارف المتعلق بالمال، وهذه السلطنة لا تجتمع مع نفوذ فسخ الآخر ورجوعه في المعاطاة، حيث إن معنى نفوذه سلطانه الآخر على الإخراج وقصور يد مالكة، ولا يقاس ذلك بولاية الأب على الصغير فإن إخراج الولد عن صغره ليس من فعل الأب.

ولكن مع ذلك لا نظر للحديث إلى إمضاء الإنشاءات ولا إلى أنواع التصرفات المفروض تعلقها بالمال كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقا، بل مدلولها أن للمالك الولاية على التصرفات المشروعة، وأنه غير محجور عليها بالإضافة إليها، ومن الظاهر أن الشك في المقام ليس في ولاية المالك على تلك التصرفات، بل الشك في مشروعيه فسخ غير المالك ورجوعه في المعاطاة.

والحاصل: أنّ مشروعيه هذا الرجوع وعدمها خارجه عن مدلوله، بل ما نحن فيه نظير ما إذا شك في مشروعيه التصرف ككون الإعراض موجبا لخروج الشيء عن ملك الشخص، حيث لا يصح التمسك بالحديث لإثبات صحته. هذا كله مع الإغماض عن ضعف السند وكونها مرسله كما لا يخفى.

[١] كان وجه الاستدلال (١) أنّ إضافه الحليه أو عدمها إلى المال كإضافتها إلى

ص: ٣٧٧

١- (١) الاستدلال بالحديث المذكور في المتن، وسائل الشيعة ٥ : ١٢٠ ، الباب ٣ من أبواب مكان أ؟ المصلي، الحديث ١ ، عوالي اللئالي ٢ : ١١٣ ، الحديث ٣٠٩ ، تحف العقول : ٣٤ .

وتوهم تعلق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام؛ مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلق الحلّ بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحلّ التصرف فيه ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك. ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» [١]، الشرح:

سائر الأعيان مقتضاها حلّ جميع التصرفات المتعارفة المتعلقة به، سواء كانت اعتبارية أو حقيقية، غاية الأمر أنّ الحلّية أو عدمها بالإضافة إلى الاعتباريات ظاهره في الوضع، وبالإضافة إلى التصرفات الحقيقية ظاهره في التكليف، وعلى ذلك فلا يصحّ رجوع أحد المتعاطيين في المال المملوك لصاحبه بالمعاطاه إلا برضاه، حيث إنّ الرجوع تملك وتصرف في مال الغير بلا رضاه.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما نقل عن السيد الخوئي رحمه الله من أنّ مدلول الحديث الحكم التكليفي فقط، ولا يحتمل الحرمة التكليفية في فسخ الطرف الآخر حتى يتمسك به في إثباتها.

ووجه الضعف ما ذكرنا من أنّ الظاهر من إضافه عدم الحلّ إلى المال الذي هو من قبيل الأعيان تعلقه بالتصرفات المتعارف تعلقها به، سواء كانت حقيقية أو اعتبارية، ومقتضى عدم الحلّ في الاعتباريات هو الوضع كما ظهر وجه فساد التوهم بأنّ الاستدلال بالرواية على عدم نفوذ رجوع أحد المتعاطيين بلا رضا الآخر من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه، بدعوى أنّ الحكم بعدم الحلّ في تصرفات الفاسخ في المال بعد رجوعه وأن لا يكون إلا مع بطلان رجوعه إلا أنه لم يعلم أنّ المال بعد رجوعه ملك الآخر حتى لا يحلّ للفاسخ التصرف فيه.

[١] وجه الاستدلال أمران: الأول: الحصر المستفاد من الاستثناء المذكور بعد

ولا ريب أنّ الرجوع ليست تجاره، ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال. والتوهم الشرح:

النهى، بدعوى أنّه يستفاد من الآيه أنّ الموجب لأكل مال الغير يعنى تملكه منحصر بالتجاره والتراضى وأنّ التملك بغيرهما من التملك بالباطل فلا يكون جازيا، ومن الظاهر أنّ الرجوع فى المعاطاه وتملك مال الآخر بها ليس بتجاره ولا عن تراضٍ.

والثانى: أن المراد بالأكل بالباطل فى الجملة المستثنى منها هو التملك بالوجه الباطل عرفا وفى بناء العقلاء، وأنّ التملك كذلك باطل فى الشرع أيضا كما هو مقتضى النهى، ولو كان متعلق النهى هو الأكل بالباطل شرعا كان الكلام لغوا، والرجوع فى المعاطاه فى بناء العقلاء تملك لمال الغير بلا حق، فإن المعاطاه كما ذكرنا معاملة لازمه عندهم.

نعم لو فرض فى مورد الإذن من الشارع فى تملك مال الغير بلا رضاه كما فى موارد الخيارات الشرعيه، يكون الدليل المتضمن للإذن المزبور حاكما على النهى المزبور لا- مخصصا، حيث إن التملك المزبور لا يكون باطلاً مع التعبد المزبور كما فى سائر موارد الحكومه.

أقول: الوجه الثانى من التمسك بالآيه صحيح، والوجه الأول غير صحيح وذلك فإن الاستثناء فى الآيه من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصرا، حيث إنّ التجاره عباره عن البيع والشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار فى الأسواق، والتجاره بهذا المعنى لا تكون داخله فى عنوان الأكل بالباطل حتى يعمها النهى لولا ذكر الاستثناء.

وبالجملة: الآيه متضمنه لحكم التملك بالباطل وأنه فاسد فى الشرع ولحكم التملك بالتجاره والتراضى وأنه جازى، وأما سائر المملكات التى لا تدخل فى عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة والإجاره والصلح والبيع والشراء لا بقصد

المتقدّم في السابق غير جار هنا [١]، لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التّجاره إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

ويمكن التمسّك أيضاً بالجمله المستثنى منها، حيث إنّ أكل المال ونقله عن مالكه بغير رضى المالك أكل وتصرف بالباطل عرفاً.

نعم، بعد إذن المالك الحقيقي وهو الشارع وحكمه بالتسلّط على فسخ المعامله من دون رضا المالك يخرج عن البطلان، ولذا كان أكل المارّه من الثّمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي، وكذا الأخذ بالشّفعه والفسخ الشّرح:

تحصيل الربح إلى غير ذلك فليست للآيه دلالة عليها، وعلى ذلك فعدم كون الرجوع من التّجاره ولا من التراضى لا يوجب الحكم بفساده.

[١] ووجه عدم جريانه أنّ التّوهم كان مبنيًا على أنّ إثبات عدم الحلّ لتصرفات الفاسخ في المال الذي بيد الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسّك بالعام في شبهته المصدقيه، حيث لا يحرز أنّ تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف في مال الغير حتى لا يحلّ، وكذا الحال في سلطنه من أخذ المال بالمعاطاه فإنها وإن تلازم بطلان فسخ الآخر إلا أنّ إثبات هذه السلطنه بعد فسخ الآخر بقوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم» (١) من التمسّك بالعام في شبهته المصدقيه، حيث لا يعلم بعد الفسخ أنه ماله حتى تثبت له سلطنه التصرف فيه.

والحاصل مبنى التّوهم هو أنّ بطلان الفسخ مدلول التّزامي للروايتين ومتفرع على جواز التمسّك بالعام في شبهته المصدقيه، وهذا بخلاف الآيه فإنّ المراد بالأكل فيها تملك المال فيكون متعلقه مال الغير لولا التملك، وهذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخلاً في المدلول المطابق لها كما لا يخفى.

ص: ٣٨٠

١- (١) عوالى اللّثالى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

بالخيار وغير ذلك من الأسباب القهرية. هذا كله، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلى الله عليه وآله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا».

وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» بناءً على أنّ العقد هو مطلق العهد [١] كما في صحيحه عبدالله بن سنان، أو العهد المشدد؛ كما عن بعض أهل اللغة، وكيف كان فلا يختصّ باللفظ فيشمل المعاطاه. وكذلك قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» [٢] فإنّ الشرط لغه مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

الشرح:

[١] لو كان المراد هو العهد فعمومه للمعاطاه ظاهر إلا أنّ استفاده اللزوم مبني على كون المراد بالوفاء إتمام العهد وإبقاء العقد، ليكون الأمر به ظاهراً في الإرشاد إلى لزومه كما هو ظاهر تعلق الطلب بالفعل الاعتباري، فإنّه كما يكون الأمر بإيجاد العقد ظاهراً في صحته كذلك يكون الأمر بإبقائه ظاهراً في لزومه.

وأما إذا كان المراد من الوفاء العمل على طبق العقد والعهد نظير الوفاء بالنذر واليمين فالأمر به لا يكون ظاهراً إلا في الحكم التكليفي، حيث إنّ الوفاء بالعقد نظير الوفاء بالنذر واليمين فعل حقيقي ووجوبه لا يلازم لزوم الملك.

اللهم إلا أن يقال: بقاء وجوب العمل على العقد حتى بعد فسخ أحد المتعاقدين يلازم لزوم الملك، أو يقال بأن الأمر بالعمل على طبق العقد بتسليم المثلن والثلن وغير ذلك وأن يكون تكليفاً إلا أنّ الوفاء بالعقد يعم عدم نقضه بالفسخ، والأمر بالإضافه إلى ترك نقضه إرشاد إلى فساده وقد تقدم إمكان كون الأمر بالإضافه إلى بعض الأفعال تكليفاً وبالإضافه إلى الآخر وضعياً.

[٢] صدق الشرط وظهوره فيما يعم الالتزام الابتدائي غير محرز كما ذكر ذلك

والحاصل: أنّ الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع ممّا لا ينكر، إلاّ أنّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد، ويعضده الشّهره المحقّقه، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين، فإنّ العبارة المحكيه عن المفيد رحمه الله في المقنعه لا تدلّ على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فإنّه قال: ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً، وتراضيا بالبيع، وتقابضا، وافتراقا بالأبدان، انتهى.

ويقوى إرادته بيان شروط صحّه العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم، وكأنّه لذلك حكى كاشف الرّموز عن المفيد والشّيخ رحمهما الله: أنّه لا بدّ في البيع عندهما من لفظٍ مخصوص.

وقد تقدّم دعوى الإجماع من الغنيه على عدم كونها بيعاً، وهو نصّ في عدم اللزوم، ولا يقدر كونه ظاهراً في عدم الملكيه الذي لا نقول به.

وعن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمه بالإجماع.

نعم، قول العلامة رحمه الله في التذكرة: «إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصّيغه» يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسأله، ولو كان المخالف شاذّاً لعبر بالمشهور، وكذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر، وفي التحرير: أنّ الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه.

الشرح:

المصنف رحمه الله أيضاً في باب الشروط، وعليه فلا يمكن التمسك به في المقام حتى مع عدم اعتبار الإنشاء اللفظي في صدقه.

ص: ٣٨٢

ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملّكه، وإنما تفيد الإباحه لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً، إذ القول باللزوم فرع الملكيه، ولم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له، وهذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور، لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع.

نعم، يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور: إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائر، وبين قائل بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قول ثالث، فتأمل.

وكيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل، لما ذكرنا وإن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء [١] كما بيّن في الأصول.

وبالجملة، فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم: «ما أحسنه وأمتن دليله إن لم يكن إجماع على خلافه» في غايه الحسن والتمانه. والإجماع، وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع إلا أن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دالّ على إنشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد، ولكن لم ينشأ التمليك به، بل كان من جملة القرائن على قصد الشرح:

[١] فإنّ على طريقهم يكون اتفاق علماء العصر كافياً في إحراز قول الإمام عليه السلام ولو بقاعده اللطف، بخلاف طريق المتأخرين فإنه لابد من كون الاتفاق بحيث يكون بينه وبين قوله عليه السلام ملازمه عاديه أو اتفقيه ولا يكون هذا مع الاختلاف في المسأله بنحو ما ذكر من ذهاب بعضهم إلى أنها ليست بيعاً ولا تفيد الملك، وبعضهم إلى أنها بيع مفيد لملك غير لازم.

التملك بالتقايض. وقد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار[١] بل يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار، بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيره التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي.

نعم ربّما يكتفون بالمصافقه، فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسيه.

نعم يكتفون بالتعاطي في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين.

نعم الاكتفاء في لزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد، للسيرة ولغير واحد من الأخبار؛ كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغه.

بقي الكلام في الخبر الذي تمسك به [٢] في باب المعاطاه، تارة على عدم الشرح:

[١] يعنى يظهر اعتبار الإنشاء باللفظ في لزوم البيع من غير واحد من الأخبار. ويأتى التعرض لها في كلامه رحمه الله بعد ذلك.

[٢] ورواه في الوسائل عن الشيخ والكليني قدس سرهم (١) وعلى كلا النقلين سنده ضعيف، فإن الراوى عن الإمام عليه السلام وهو خالد بن الحجاج لم يوثق، نعم أخوه يحيى بن الحجاج موثق وما فى نسخه الكافى ابن نجيح بدل ابن الحجاج اشتباه، بقرينه محمد بن أبى عمير الراوى عن يحيى فلاحظ.

ولا يخفى أن فى البين مسألتين: إحداهما: بيع العين الخارجيه مع عدم كونه عند البيع مالكا لها، بأن يبيع تلك العين إلى شخص ثم يشتريها من مالكا ويدفعها

ص: ٣٨٤

إفاده المعاطاه إباحه التصرف، وأخرى على عدم إفادتها لزوم، جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحّ مطلق البيع كما صنعه فى الرّياض وهو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام».

وتوضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الإسلام فى باب «بيع ما ليس عنده».

والشّيح فى باب «التّقّد والنّسيئه» عن ابن أبى عمير، عن يحيى بن الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجیح قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرّجل يبيئنى ويقول: اشترى لى هذا الثّوب وأربحك كذا وكذا. فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام».

وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجرّده عن قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل . . . الخ»، كلّها تدلّ على أنّه لا بأس بهذه المواعده والمقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتره من صاحبه. ونقول: إنّ هذه الفقره مع قطع النّظر عن صدر الرّوايه تحتمل وجوهاً:

الشرح:

إلى المشتري، وهذه عند المشهور محكومته بالبطلان، ويدل عليه مضافاً إلى أنه مقتضى القاعده روايات خاصه ومنها ما عند المصنف رحمه الله وجماعه أخرى هذا الخبر. ولا بأس فى المسأله بالمقاوله مع المشتري فى تلك العين ثم تملكها من مالها ثم يبيعها بعد ذلك للمشتري.

الثانيه: أن يكون غرض الإنسان تحصيل المال بلا ابتلاء بمحذور الربا فيبيع شيئاً كثوبه من شخص نقداً بمقدار ثم يشتري ذلك الثوب من المشتري المزبور فى ذلك المجلس بالأزيد نسيئه، وفى هذه الصوره يكون اشتراط بيع الثوب منه ثانياً فى البيع الأول موجبا لفساده.

نعم لا بأس بمجرد المقاوله، وظاهر الخبر ولا أقل من الاحتمال هى المسأله

الأول: أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحليل والتحریم، بمعنى أن تحریم شىء وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثانى: أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه، كما فى قولك: «هذا الكلام صحيح» أو «فاسد»، لا مجرد اللفظ أعنى الصوت ويكون المراد: أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى حلاً وحرمة باختلاف المضامين المؤداه بالكلام، مثلاً: المقصود الواحد، وهو التسليط على البضع مده معينه يتأتى بقولها: «ملكتهك بضعى» أو «سلطتلك عليه» أو «آجرتك نفسى» أو «أحللتها لك»، وبقولها: «متعتك نفسى بكذا»، فما عدا الأخير موجب لتحریمه، والأخير محلل، وبهذا المعنى ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» فى عده من روايات المزارعه.

الشرح:

الثانى وأنه لولم يكن البيع الثانى شرطاً فى الأول بحيث يمكن للبايع شراء ذلك الثوب ثانياً وعدمه فلا بأس، ولعل هذا هو الموجب لذكر الشيخ رحمه الله الخبر فى باب النقد والنسيئه، وكيف كان فلا يضر ذلك بما نحن بصدده من حكاية الاستدلال بقوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام»^(١).

وقد ذكر المصنف رحمه الله فى هذه الجملة مع الإغماض عن سائر الروايه وجوهاً أربعه:

الأول: أن يراد بالكلام معناه اللغوى وهو اللفظ الدال على المعنى، وأن الحلال أو الحرام لا يكون إلا باللفظ الدال، فلا يكون شىء حلالاً أو حراماً بمجرد القصد أو مع الدلاله عليه بغير اللفظ كالفعل. وهذا الوجه على تقدير تمامه يكون موجبا لخروج المعاطاه أصلاً، فإن الدال فيها على الملك فعل لا لفظ.

ص: ٣٨٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

منها: ما فى التّهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبى الزّبيح الشّامى، عن أبى عبد الله عليه السلام : أنّه سئل عن الرّجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، وثلثاً للبقر، فقال: «لا ينبغى له أن يسمّى بذراً ولا بقرّاً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع فى أرضك ولك منها كذا وكذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، ولا يسمّى بذراً ولا بقرّاً، فإنّما يحرم الكلام».

الثّالث: أن يراد ب «الكلام» فى الفقرتين الكلام الواحد، ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محللاً وعدمه محرّماً، أو بالعكس، أو باعتبار محلّه وغير محلّه، فيحلّ فى محلّه ويحرّم فى غيره، ويحتمل هذا الوجه الزّوايات الوارده فى المزارعه.

الشرح:

الثانى: أن يراد بالكلام اللفظ مع مدلوله، فإن اللفظ باعتبار مدلوله كما يوصف بالصحة والبطلان كذلك يوصف بكونه محللاً ومحرّماً، بأن يكون الغرض الواحد تحصيله بكلام حلالاً- وبكلام آخر حراماً، مثلاً- حصول حق الاستمتاع من المرأه بكلام مضمونه نكاحاً منقطعاً حلال، وبكلام آخر يكون بنحو الإجاره أو غيرها حرام، وأن الحصّه فى المزارعه تعيينها بكلام مضمونه تقسيم الثمره على البقر والبذر حرام، وآخر يكون مضمونه تقسيم الثمره لصاحب الأرض والزراع حلال وهكذا.

الثالث: أن يراد بالكلام صيغته العقد إيجاباً وقبولاً، وأن وجوده محللٌ وعدمه محرّمٌ أو بالعكس، أو أن تحقّقه فى محل محللٌ وحصوله فى محل آخر محرّم، مثلاً- الإيجاب والقبول على المال قبل تملكه محرّم فإنه بيع ما ليس عندك وتحقّقه بعد تملك المال محللٌ.

الرابع: أن يراد بالكلام المحلل المساومه والمقاوله من غير عقد، والكلام المحرم هو الإنشاء والعقد، فتكون المقاوله على بيع ما ليس عنده محللاً والعقد عليه

الرابع: أن يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاوله والمواعده، ومن الكلام المحرّم إيجاب البيع وإيقاعه.

ثم إنّ الظاهر عدم إرادته المعنى الأول، لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل والتحرير في الشريعة في اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له، لأنّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدّه روايات أخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرّجل قبل شراء المتاع من مالكه، ولا دخل لاشتراط التّطرق في التحليل والتحرير في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به؟ وكذا المعنى الثّاني، إذ ليس هنا مطلب واحد حتّى يكون تأديته بمضمونٍ محللاً، وبآخر محرّماً.

الشرح:

محرماً، والاستدلال بالخبر على المعاطاه مبنّى على الوجه الأول الذي ضعّفه المصنف رحمه الله بوجهين.

الأول: لزوم تخصيص الأ-كثر فإنّ المحلّلات والمحرّمات في الشرع لا-تنحصر باللفظ، بل يقع التحريم باللفظ وتحليله نادراً بالإضافة إلى سائر موجبات الحلّ والحرمة التي لا تحتاج إلى بيان.

أقول: هذا الأمر غير تامّ فإنّ دعوى انصراف الخبر إلى موجب الحلّ والحرمة في المعاملات كما هو مورد قريبه، لأنّ المعاملات تكون باللفظ وبالكتابه والإشاره والقصد المجرد والفعل، والمستفاد من الخبر عدم العبره بسائر المحقّقات غير الكلام.

الثاني: أنّ المعنى في الوجه الأول لا يناسب مورد الروايه ولا الحكم فيها بنفى البأس. وأورد رحمه الله بذلك على الوجه الثّاني وذكر أنّ احتماله أيضاً لا-يناسب موردها فيتعين حمل الجملة الخبريه على أحد الوجهين الآ-خرين، أي الثالث والرابع، وعلى ذلك فلا دلالة لها على مسأله المعاطاه.

ص: ٣٨٨

فتعيّن: المعنى الثالث، وهو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلاّ وجوده قبل شراء العين التي يريدّها الرّجل، لأنّه بيع ما ليس عنده، ولا يحلّل إلاّ عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلاّ التواعد بالمبايعه، وهو غير مؤثّر.

فحاصل الرّوايه: أنّ سبب التحليل والتحرّيم في هذه المعامله منحصر في الكلام عدماً ووجوداً. أو المعنى الرّابع، وهو: أنّ المقاوله والمراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعامله، وإيجاب البيع معه محرّم لها. وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسأله المعاطاه.

الشرح:

ثمّ إنّّه قدس سره وجه دلاله الخبر على عدم الاعتبار بالمعاطاه باعتبار أنّه لو كانت المعاطاه كالإيجاب والقبول اللفظيين لما كان وجه لذكر خصوص الكلام بعد أداه الحصر، بل كان المناسب أن يقال: إنّما يحرم إيجاب البيع سواءً كان بالكلام أو بغيره. ولكن ناقش رحمه الله في التوجيه بأن ذكر الكلام باعتبار أن مورد الروايه لا يمكن إيجاب البيع بالمعاطاه فيها، لأن المبيع كان عند مالكه الأول.

أقول: المفروض في الخبر كون المبيع عند من طلب منه الشراء كما هو ظاهر الإشاره في قوله: «اشتر هذا الثوب»، وثانياً: أنّ إنشاء البيع بالمعاطاه لا يتوقف على الإعطاء من الجانبين كما يأتي، بل يكفي تحقّقه من طرف واحد، بأن يكون مثلاً إيجاب البيع بأخذ الثمن من المشتري وقبوله بإعطائه بقصد الشراء ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله بقوله: «فتأمل».

والصحيح أنّ ذكر الكلام باعتبار فرض المقاوله والمساومه في الروايه، وأنّها ربما تكون متضمنه لإنشاء البيع والالتزام قبل تملك المتاع وربما لا تكون، لا لأن

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد ب«الكلام» هو إيجاب البيع بأن يقال: إن حصر المحلّ والمحرّم فى الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّ والمحرّم فى الكلام، إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الزوايه هو عدم إمكان المعاطاه فى خصوص المورد، إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل.

وكيف كان، فلا تخلو الروايه عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام فى روايه أخرى [١] وارده فى هذا الحكم أيضاً، وهى روايه يحيى بن الحجّاج عن الشرح:

لإنشاء البيع بالكلام خصوصيه لا تجرى فى المعاطاه.

[١] لا يخفى عدم الإشعار فى الروايه أصلاً، فإن قوله عليه السلام: «ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (١) يعم مواجهه البيع بالمعاطاه كما مرّ، ثم إن ظاهر هذه الروايه التى لا بأس بسندها تحقق البيع بالاستيجاب والإيجاب والقبول، حيث إن ذلك مقتضى عطف الاشتراء على الاستيجاب.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى صحيحه العلاء فان قوله عليه السلام فيها: «فإذا جمع البيع جعله جمله واحده» (٢) يعمّ جمع البيع بالمعاطاه.

لا يقال: إنشاء البيع بنحو المرابحه بأن يقول: اشترت هذا بألف وأبيعك فى كل عشره باثنى عشر، وقبول المشتري البيع كذلك مكروه، فلا- بأس بنسبه الربح إلى رأس المال فى المقاوله وإنشاء البيع على نحو المساومه كما هو ظاهر الروايه، ومن الظاهر أن جعل الثمن مقدارا معيناً فى البيع مع نسبه من الربح إلى رأس المال فى

ص: ٣٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٣، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥.

أبى عبد الله عليه السلام: «عن رجل، قال لى: اشتر لى هذا الثوب أو هذه الدابّه وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك اشترها ولا- تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرد اعطاء العين للمشتري. ويشعر به أيضاً روايه العلاء الوارده فى نسبه الرّبح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرّجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول أبيعك بده دوازه أو ده يازده؟ فقال: لا بأس إنّما هذه المراضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده» فإنّ ظاهره على ما فهمه بعض الشّراح أنّه لا يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد، وإنّما يكره حين العقد. وفى صحيحه ابن سنان: «لا بأس بأن يبيع الرّجل المتاع ليس عندك تساومه ثمّ تشتري له نحو الذى طلب، ثمّ توجهه على نفسك ثمّ تبعه منه بعد».

وينبغى التّنبيه على أمور:

الأوّل: الظّاهر أنّ المعاطاه [١] قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع، بل الظّاهر من كلام المحقّق الثّانى فى جامع المقاصد: أنّه ممّا لا كلام فيه حتّى عند الشّرح:

المقاوله لا يكون إلّا مع إنشاء البيع بالإيجاب والقبول لفظاً، وإلّا كان البناء على المقدار المعين مراضه أيضاً لا إنشاءً للبيع.

فإنّه يقال: يمكن القول بالمعاطاه فى الفرض، كما إذا قال بعد المقاوله وبيان نسبه الرّبح إلى أصل المال عند إنشائه المعاطاه الثمن بألفان، هذا مع أنّه يكفى فى المعاطاه الإيجاب لفظاً والقبول فعلاً.

والحاصل: أنّ هذه الروايه نظير صحيحه عبد الله بن سنان (١) لا- إشعار فيها على اعتبار اللفظ أصلاً، حيث إن الشراء أيضاً فى الصحيحه يعم المعاطاه كما لا يخفى.

[١] هذا الأمر بيان لاعتبار شرايط البيع فى المعاطاه وعدمه.

ص: ٣٩١

القائلين بكونها فاسده، كالعلامه فى النّهايه ودلّ على ذلك تمسّكهم له بقوله تعالى: «أحلّ الله البيع».

وأما على القول بإفادتها للإباحه، فالظاهر: أنّها بيع عرفى لم يؤثّر شرعاً إلاّ الإباحه، فنفى البيع عنها فى كلامهم ومعاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً للزّوم زياده على الملك. هذا على ما اخترناه سابقاً: من أنّ مقصود المتعاطيين فى المعاطاه التملك والبيع.

وأما على ما احتمله بعضهم بل استظهره: من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدوا مجرد الإباحه، فلا إشكال فى عدم كونها بيعاً عرفاً، ولا شرعاً.

وعلى هذا فلا بدّ عند الشكّ فى اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّه الدالّه على صحّ هذه الإباحه العوضيه من خصوص أو عموم، وحيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيتها بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» كان مقتضى القاعده هو نفي شرطيه غير ما ثبت شرطيته، كما أنّه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس.

والحاصل: أنّ المرجع على هذا عند الشكّ فى شروطها، هى أدلّه هذه المعامله، سواء اعتبرت فى البيع أم لا.

وأما على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا- كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها إلاّ الإباحه؟ وجوه:

الشرح:

أقول: قد ظهر مما قدمنا أنه مع قصد المتعاطيين الإباحه يجوز للآخر خصوص التصرف الذى لا يكون موقوفاً على الملك، بأن يكفى فيه طيب نفس المالك كما هو الحال فى الإباحه المالكه فى غير المقام، وبناءً على قصد الملك لا فرق بين المعاطاه وسائر البيوع من حيث الحكم حتى فى اللزوم وجريان الخيارات وغير ذلك

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

ويؤيّدّه: أنّ محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة في المعاطاه هو: أنّ الصّيغه معتبره في البيع كسائر الشّرائط، أم لا؟ كما يفصح عنه عنوان المسأله في كتب كثير من الخاصّة والعامّة فما انتفى فيه غير الصّيغه من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان وإن فرض مشاركاً له في الحكم، ولذا ادّعى في الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاه: صحّ المعاطاه المذكوره إذا استكملت شروط البيع غير الصّيغه المخصوصه، وأنها تفيد إباحه تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض. ومقابل المشهور في كلامه، قول العلّامه رحمه الله في النّهايه بفساد المعاطاه كما صرّح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّ المعاطاه باستجماع شرائط البيع.

ويشهد للثاني: أنّ البيع في النصّ والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، وثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، ونحوه.

أمّا على القول بالإباحه، فواضح، لأنّ المعاطاه ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشّارع والمتشرّعه، إذ لا نقل فيه عند الشّارع، فإذا ثبت إطلاق الشّارع عليه في مقام، فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على التّقل في نظرهم. وقد تقدّم سابقاً في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعاً بيان ذلك. وأمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم: «البيعان بالخيار»، وقولهم: «إنّ الأصل في البيع اللزوم، والخيار إنّما ثبت لدليل»، وأنّ البيع بقول مطلق من العقود اللّازمه»، وقولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا»، ونحو ذلك.

وبالجمله، فلا يبقى للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ والفتوى يراد

به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل.

ووجه الثالث: ما تقدّم للثاني على القول بالإباحه، من سلب البيع عنه، وللأول على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ وإن لم يكن لازماً. ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص، فيحمل على البيع العرفي وإن لم يفسد عند الشارع إلا بالإباحه، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. والاحتمال الأول لا يخلو عن قوه، لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد.

وأما على القول بالإباحه، فلأنها لم تثبت إلا في المعامله الفاقده للصيغه فقط، فلا تشمل الفاقده للشرط الآخر أيضاً.

ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاه في الخمس والزكاه وثمان الهدى إلا بعد تلف العين، يعنى العين الأخرى ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاه مجهولين، لأنها ليست عقداً، وكذا جهاله الأجل، وأنه لو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى.

وحكى عنه في باب الصّرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاه التّقدين.

أقول: حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاه في الصّيدقات الواجبه وعدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريح في عدم إفادتها للملك، إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشّروط المذكوره للبيع والصّيرف معللاً بأن المعاطاه ليست عقداً، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك، حيث إنّ المفيد للملك منحصر في العقد، وأن يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث إنّ الشّروط المذكوره شرائط للبيع العقدي اللازم.

والأقوى: اعتبارها وإن قلنا بالإباحه [١] لأنها بيع عرفي، وإن لم يفد شرعاً إلا الإباحه ومورد الأدله الداله على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، ولما عرفت من أن الأصل في المعاطاه بعد القول بعدم الملك، الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم وهو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه وبقي الباقي.

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضاً وإن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيده للملك لأنها معاوضه عرفيه وإن لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيه كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال: إن المعاطاه معاوضه مستقله جائزه أو لازمه، انتهى. ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطين الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا لكونها معاوضه عرفاً، فتأمل.

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحه عندهم فلا معنى للخيار. وإن قلنا بإفاده الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاه إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم وعلى هذا فيصح الشرح:

من الأحكام، حيث إن المعاطاه بيع حقيقه فيترتب عليها ما يترتب على سائر البيوع، والتطويل في المقام بلا طائل.

[١] وذلك أن الإباحه على تقديرها إباحه حكميه لا مالكيه، حيث إن المفروض إعطاء كل من المالكين المال بقصد الملك وبعنوان المعاوضه، وحكم الشارع بالإباحه مع عدم حصول الملك تعبد يقتصر بمورده، وهي صورته اشتمال المعامله على جميع شرائط البيع الغير المنشأ باللفظ.

إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

ويحتمل أن يفصّل بين الخيارات المختصّه بالبيع، فلا- تجرى لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبه إلى الردّ دون الأرش [١] فتجرى لعموم أدلتها.

وأما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات إن شاء الله.

الأمر الثاني: أنّ المتيقّن من مورد المعاطاه: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحه فى كلّ منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحه الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضه ولا الإباحه رأساً، لأنّ كلّاً منهما ملك أو مباح فى مقابل ملكيه الآخر أو إباحته، إلاّ أنّ الظاهر من جماعه من متأخري المتأخريين تبعاً للشهيد فى الدروس جعله من المعاطاه.

ولا- ريب أنّه لا- يصدق معنى المعاطاه لكنّ هذا لا يقدر فى جريان حكمها عليه، بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعلى فيكون إقباض أحد العوضين من ماله تملكاً له بعوض أو مبيعاً له به، وأخذ الآخر له تملكاً له بالعوض أو إباحه له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراءً، وأخذه بيعاً للثمن به، فيحصل الإيجاب والقبول الفعلين بفعل واحد فى زمان واحد. ثمّ صحه هذا على القول بكون المعاطاه بيعاً مملّكاً واضحه، إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحه المعاطاه من الطرفين.

الشرح:

[١] فإنّ خيار العيب بالإضافة إلى ردّ العقد لا يختصّ بالبيع، بخلاف جواز أخذ الأرش فإنه لا يجرى فى غير البيع والتفرقه بينهما بالاختصاص وعدمه باعتبار دليلهما فإنّ الأرش تعبد فى البيع، بخلاف فسخ العقد بالعيب فإنه مقتضى اشتراط السلامه وقاعده نفي الضرر، فيثبت الفسخ فى جميع موارد هما.

ص: ٣٩٦

وأما على القول بالإباحه فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحه، اللهم إلا أن يدعى قيام السيره عليها كقيامها على المعاطاه الحقيقيه. وربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث [١] من غير صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطى كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء ووضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، وكذا غير الماء من المحققات كالخضروات ونحوها، ومن هذا القبيل الدخول في الحمام ووضع الأجره في كوز صاحب الحمام مع غيبته.

الشرح:

[١] لا يخفى أن مختاره رحمه الله في المعاطاه هو الملك غير اللازم ومختارنا الملك اللازم، ومجرد وصول المالكين إلى المالين برضاها لا يكون إنشاء ملك، لا قولاً ولا فعلاً، ليكون الحاصل به ملك لازم أو غير لازم.

نعم إذا كان في البين توكيل من طرف في إنشاء الآخر الملك عنه ولو كان ذلك بنحو التوكيل العام كفى في تحقق المعاطاه، مثلاً مالك الخضروات يوكل من يضع فلوساً في دخله الموضوع هناك في تملك الباقي بإزاء الفلوس المزبور، فيكون أخذه الباقي بقصد كونها ملكاً له تملكاً ووضع الفلوس تملكاً، وعلى ذلك فيجوز لمن أخذ الباقي أن يبيعها إلى غيره فيما إذا بدا له ذلك فإنها ملكه.

ويمكن فرض هذا النحو من التوكيل في أخذ الماء ووضع الفلوس في دخل السقاء ودعوى أن البيع على ذلك يكون غريباً باطلاً، لأن من يأخذ الماء لدفع عطشه قد يأخذ قليلاً من الماء لعدم حاجته إلى الماء الكثير، وقد يأخذ الكثير لشده عطشه، وهكذا فلا يكون المبيع معلوماً لا يمكن المساعده عليها، فإنه يمكن أن يكون توكيلاً عاماً بالإضافة إلى المقدار المعين من الكثره، غاية الأمر بعض الناس لقله حاجته يترك بعض ما يملكه إلى السقاء، هذا أولاً.

فالمعيار فى المعاطاه: وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف ويظهر ذلك من المحقق الأردبيلى رحمه الله أيضاً فى مسأله المعاطاه وسيأتى توضيح ذلك فى مقامه إن شاء الله.

ثم إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ الغير المعبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاه أمكن خلوّ المعاطاه من الإعطاه والإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادله شىء بشىء الشرح:

وثانياً: المقدار الذى يأخذه المتملّك المفروض وكالته معلوم له، والمفروض أنّ التوكيل العام يعمه، ولا دليل على اعتبار معلوميته مقدار المبيع للموكل أيضاً ودليل نفي الغرر لا يجرى فى التوكيل فإنّه مختص بالمبيع.

وبعبارة أخرى: كون المبيع معلوماً ومعيناً للتوكيل كافٍ فى صحه البيع، وهذا حاصل فى مسأله أخذ الماء ووضع الفلوس فى دخل السقاء مع غيبته.

ويمكن نظير ذلك فى مسأله دخول الحمام ووضع الفلوس فى دخل الحمامى مع غيابه، فإن وضع الفلوس لا يكون من شراء الماء أو إجارته فإن الماء باعتبار تلف عينه بالاستعمال غير قابل للإجاره، وشراء ماء الحمام خلاف المرتكز مع أن الجهل بالمقدار المصرّف منه حتى لمستعمله يوجب كون بيعه غريباً، بل الظاهر أن الاغتسال فى الحمام يكون كالنوم فى الفنادق أو الخانات فى ارتكاز العقلاء، وإنّ إجاره الحمام بتملك منفعتة الخاصه، وجهاله مقدار مكثه فى الحمام للاغتسال لا يوجب بطلان الإجاره، فإنه مضافاً إلى إمكان تعيينه فى ناحيه الكثره، نظير تعيين الماء فى مسأله أخذه مع غيبه السقاء أنّ تعيين الاغتسال بالنحو المتعارف كافٍ فى صحه الإجاره ولا يحتاج إلى التعيين بالزمان كما فى إجاره المركب للمسافر إلى بلد معين، فإنه لا يجب تعيين الزمان الذى يتم فيه الوصول إلى المقصد ولا يضر جهالته فى صحه الإجاره، مع كون متعلقها هو السفر بالنحو المتعارف.

من غير إيصال، ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، وأمّا على القول بالإباحه فالإشكال المتقدم هنا أكد [١]

الأمر الثالث: تميّز البائع من المشتري في المعاطاه [٢] الفعلية مع كون أحد الشرح:

[١] والوجه فيه أنّ ما قيل في إثبات الإباحه المزبوره من جريان السيره على تصرف المتعاطيين غير جارٍ في المقاوله الخاليه من الإعطاء والإيصال والفاقد له لما يعتبر في صحه البيع من الإنشاء بنحو خاص على الفرض.

[٢] ذكر رحمه الله في المقام ثلاث صور:

الأولى: ما إذا كان أحد المالين من النقود المتعارف جعلها ثمنًا كالدرهم والدينار والآخر متاعاً وأعطى كل منهما ماله عوضاً عن مال الطرف الآخر، فيكون معطى الدراهم مشترياً ومعطى المتاع بايعاً، ولو فرض في هذه الصوره إعطاء مالك الدراهم أو الدينار بقصد التمليك بإزاء متاع صاحبه وكان قصد مالك المتاع تملك الدرهم والدينار بإزاء المتاع، بأن يكون قصد تمليك الدرهم والدينار من مالتهما أصلياً، وقصد تملك المتاع تبعياً عكس قصد مالك المتاع، فيكون صاحب المتاع مشترياً ومعطى الدرهم والدينار بايعاً.

وبهذا يظهر دخل القصد في ذلك، ولا يعتبر خصوص التصريح كما هو ظاهر المصنف رحمه الله .

الصوره الثانيه: أن يكون كل من المالين متاعاً ولكن كان أخذ أحد المتاعين بدلاً من النقود وأخذ المال الآخر بما هو كما في بيع القماش في بعض القرى للفلاحين، فإن الفلاح قد يعطى بدل الدرهم أو الدينار الحنطه للبايع ويكون أخذ بايع القماش الحنطه باعتبار أن الفلاح لا يجد النقد، بخلاف أخذ الفلاح القماش فإن غرضه تملك القماش بعنوانه، وعلى ذلك يكون معطى القماش بايعاً ومعطى الحنطه مشترياً،

العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكه واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

الشرح:

والموجب لذلك هو بناء العقلاء ونظرهم.

وليس المراد أن الواقع عوضاً في تملك القماش هو الدرهم أو الدينار ليكون أخذ الحنطة عوضاً عنهما، مبادله أخرى وبين الدرهم أو الدينار، ويكون بائع القماش بائعاً بالإضافة إلى تملك القماش، ومشترياً بالإضافة إلى تملك الحنطة، بل المراد كون مالك القماش بائعاً باعتبار أنه لا غرض له في الحنطة، بل يكون أخذها باعتبار الإمساك على ماله القماش، ولذا لو أعطى الفلاح الدرهم أو الدينار لأخذه بإزاء القماش، لأن غرضه يتعلق بخصوص القماش لدفع اضطراره.

أقول: يأتي تمام الكلام في ذلك.

الصورة الثالثة: ما إذا كان إعطاء كل من المالكين بإزاء الآخر بما هو هو، أو إعطاء كل منهما بدلاً عن الدرهم أو الدينار كما إذا احتاج مالك القماش إلى الحنطة ومالك الحنطة إلى القماش، أو أعطى كل منهما متاعه مقوماً بالدرهم أو الدينار، كما إذا أعطى عشرة أمتار من القماش بإزاء عشر كيلوات من الحنطة، باعتبار أن كل متر من القماش يساوي الكيلو من الحنطة في قيمته وذكر رحمه الله في هذه الصورة وجوهاً أربعة:

الأول: كون كل من مالك القماش ومالك الحنطة بائعاً ومشترياً باعتبارين، فإنه يصدق تعريف البائع والمشتري على كل منهما، حيث إن كلاً منهما يترك ماله للآخر بإزاء مال الآخر، وهذا معنى الشراء كما أن كلاً منهما يبادل ماله بمال الآخر، كما هو معنى البيع.

الوجه الثاني: أن الدافع أولاً للمال بقصد كونه ملكاً للآخر بالعوض يصبح بائعاً وأخذ الآخر ذلك اشتراءً، فالدفع ثانياً يكون وفاءً لما تم من المعاملة بالدفع السابق.

ص: ٤٠٠

وأما مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيه، فإذا أعطى الحنطه في مقابل اللحم قاصداً إن هذا المقدار من الحنطه يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطه، وإذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بتيه البدليه عن الدرهم والدينار هو الثمن، وصاحبه هو المشتري. ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تيه قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيه، أو لوظ القيمة في كليهما، بأن لوظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطه بدرهم، فتعاطيا من غير سبق الشرح:

الوجه الثالث: أن يكون إعطاء المالكين كما ذكر من المصلحه على مبادله المالكين، كما في قول أحد الشريكين للآخر: ما عندك من مالى وما عندى من مالك.

الوجه الرابع: أن يكون إعطاؤهما مبادله مستقلة ويعمها مثل قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١).

ولكن الوجه الأول غير صحيح، فإنه ليس في معاوضه القماش بالحنطه مثلاً حتى فيما لوظ كل منهما كونه بدلاً عن الدرهم والدينار مبادلتان كما مر، ليكون مالك القماش في إحداهما بايعا وفي الأخرى مشتريا، وتعريف البايع والمشتري بما ذكر لأن يكون موجبا لانطباق كلا العنوانين على كل من المالكين في مبادله واحده غير صحيح، فإنه ليس تمام الملاك في البيع والشراء ما ورد في التعريف المزبور وإلا لزم صدق عنوانى البايع والمشتري على كل من طرفى المعامله فى كل بيع، كما لا يخفى.

والوجه الثانى صحيح فيما إذا كان الإعطاء من الدافع بقصد التملك وقبض الطرف الآخر بقصد التملك، فيكون إعطاء المال للآخر بعنوان الوفاء بالمعامله

ص: ٤٠١

مقاوله تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً: ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما، بناءً على أنّ البيع لغه كما عرفت مبادله مال بمال، والاشتراء: ترك شيء والأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، وأنّه اشترى الحنطه، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطه.

نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري، لانصرافهما في أدلّه تلك الشرح:

الحاصله من قبل، ولو كان الإعطاء من الدافع أولاً بقصد التملك فينعكس الأمر ويكون الدافع المزبور مشترياً وآخذ المال بائعاً.

والوجه الثالث غير صحيح، فإنه قد مرّ في المناقشه على تعريف البيع أنّ الصلح ليس هو التسالم والتراضى الباطنى، لأن هذا التسالم موجود فى كل معامله، بل عبارته عن التسالم الإنشائى فيكون المنشأ فيه هو التسالم، ومن الظاهر أنّ المنشأ فى الإعطاء والأخذ فى المقام هو الملك لا التسالم.

وبهذا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر: ما عندك من مالى وما عندى من مالك.

وأما الوجه الرابع فلا مناص عنه فى الموارد التى لا يكون من أحدهما تمليك بالأصله ومن الآخر تملك كذلك، كما إذا كان قصد كل منها تمليك ماله بإزاء مال الآخر.

وذكر المحقّق الإيروانى رحمه الله فى المائز بين البائع والمشتري أنّ التبع يقضى بأن المعيار فى الاشتراء النظر إلى خصوصيه المال الذى يأخذه من الطرف الآخر، وأن المعيار فى البيع عدم النظر إلى خصوصيه المال الذى يأخذه من الطرف الآخر، فيكون غرض البائع من أخذ الثمن التحفظ على مالىه المبيع والإمساك بها كما أن

الأحكام إلى من اختص بصفه البيع أو الشراء، فلا يعم من كان في معاملة واحده مصداقاً لهما باعتبارين. أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً، لصدق الموجب عليه، وشراءً بالنسبه إلى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً. أو كونها معاطاه مصالحه، لأنها بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الزوايه الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، ولي ما عندي» على الصلح.

الشرح:

غرض المشتري هو تمكنه من خصوصيه المال الآخر والأخذ بها، نظير ما تقدم في الصورة الثانيه. وعليه فإن تحقق هذا الميزان يمتاز به البايع عن المشتري، فتدخل المعاطاه في البيع وإلا فهي معاوضه مستقله محكوم به بالصحه، لعموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، ولا يجرى عليها الأحكام المترتب على خصوص البيع والشراء.

وفيه: أن قضاء التبع ليس كما ذكر، فإنه إذا كان عليه دنانير وباع الحنطه بالدينار لسددينه يكون في الفرض غرض المشتري الحنطه المبيعه لكن لا بخصوصيتها، بل بما هي حنطه، وكذلك للبايع نظر في الثمن المفروض كونه دنانير بما هي دنانير وصدق البيع في الفرض على تملك الحنطه بالدنانير، وصدق الشراء على تملكها بها لا يحتاج إلى التوضيح.

ونظير ذلك ما إذا كان عنده دنانير مسكوكه وعند الآخر أيضا دنانير مسكوكه بقدرها وأرادا فرارا عن تعلق الزكاه بهما بيع الصرف قبل تمام الحول، فإنه لا إشكال في صدق البايع على من ينشئ التملك، والمشتري على من ينشئ التملك من أنه لا نظر لكل منهما إلى خصوصيه مال الآخر أصلاً.

وقد يقال: فيما إذا أعطى كل من المالين متاعه بقصد تملكه للآخر بعوض

ص: ٤٠٣

١- (١) سورة المائده: الآيه ١.

أو كونها معاوضه مستقله لا يدخل تحت العناوين المتعارفه، وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوه، لصدق تعريف «البائع» لغه وعرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر، وصدق «المشتري» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

الشرح:

من غير أن يكون قصد الآخر بالأخذ أو بالإعطاء تملكه بعوض، أن المعاطاه بيع يترتب عليها الأحكام المترتبه في الأدله على عنوان البيع ولكن لا- يكون أحد المتعاطيين بايعاً والآخر مشترياً، فلا- يجرى عليهما ما جرى في الخطابات على عنواني البايع والمشتري، وذلك فإن البيع له إطلاقان؛ فقد يطلق ويراد منه مقابل الشراء، وقد يطلق ويراد منه مقابل سائر المعاملات، وما يراد منه في الإطلاق الثاني هو المعنى المسببي وحقيقته المبادله بين المالكين، وهذا المعنى المسببي يحصل بالإيجاب والقبول ويحصل بالإيجابين، إذا قال كل من المالكين: ملكتك مالى بمالكك، وقد يحصل بالإيجاب الواحد، كما إذا قال الوكيل من المالكين: بادلت مالهما، فإنه لا- يحتاج في الفرض البيع المسببي إلى القبول أصلاً، فإن القبول لإظهار الرضا بفعل الموجب ومع معلوميه الرضا به لا حاجه إليه.

والحاصل فيما إذا حصل في البين الإيجاب والقبول يكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً، وفيما إذا كانت المبادله بالإيجابين قولاً أو فعلاً أو بإيجاب واحد كما ذكر فيحصل البيع بالمعنى المسببي من غير أن يكون في البين بايع ومشتري.

أقول: لا- يمكن المساعدة على ما ذكر، أمّا أولاً: فلأنّ لازم ما ذكر عدم الحاجه إلى القبول فيما إذا علم من حال المالك الآخر أنه راضٍ بالإيجاب كما إذا ملكه متاعه الفاخر بثمن قليل جداً لغرض عقلائي، فإنه إذا قال: بادلت هذا المتاع بملكك، يتم البيع المسببي ولا يحتاج إلى القبول باعتبار أن القبول لإظهار الرضا بالإيجاب ورضا الآخر بالإيجاب معلوم بشاهد الحال على الفرض، بل قد لا يحتاج البيع المسببي إلى

الشرح:

الإيجاب أيضا كما إذا طابت نفس الوكيل من المالكين بملكه كل منهما مال الآخر بإزاء ماله تم البيع بلا حاجة إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً، لأن الإيجاب لإظهار الرضا بملكه الآخر لماله بالعوض.

وثانياً: أنه قد تقدم أن البيع كالشراء وكسائر المعاملات من العناوين التي يكون الإنشاء أى الإبراز مقوما لها وإذا اعتبر متاعه ملكاً للآخر بعوض وأبرز الاعتبار يكون الإبراز بيعاً والحاجة إلى الإبراز ليس للكشف عن رضاه بالملكه فقط، ليستغنى عنه فى مورد العلم به مع الخارج، بل له موضوعيته فى حصول عنوان البيع، وكذا الحال فى ناحيه الشراء والقبول، حيث إن اعتبار تملكه مال الآخر بإزاء ماله مع إبرازه يكون شراءً وقبولاً للإيجاب، ولا أظن خفاء ذلك على من لاحظ الأمور الإنشائية عقداً كان أو إيقاعاً.

ثم إنه يقع الكلام فى المراد من البيع المسببى، فإنه إن أُريد به المعنى الاسم المصدري فى مقابل المصدري فمن الظاهر أنه لا فرق بين المعنى الاسم المصدري والمعنى المصدري إلا بالاعتبار، حيث إن المبدأ ملاحظته من حيث حصوله من الفاعل معنى حدثى يعبر عنه بالمصدر وملاحظته من حيث هو معنى اسم مصدرى، وعليه فكيف يعقل أن يحصل البيع المسببى ولا يكون فى البين معنى مصدرى يعبر عن فاعله بالبائع، وبما أن فعل الآخر يعنى تملك المشتري دخيل فى حصول العنوان المصدري كما ذكرنا سابقاً، فيعبر عن ذلك الآخر بالمشتري وعن فعله بالاشتراء.

هذا مع أن المبادله ليست باسم مصدر، بل مصدر من باب المفاعله، وكيف يكون مرادفاً للبيع بالمعنى الاسم المصدري مع أنه لا يتحقق عنوان المبادله فى

[الأمر] الزّاع: أنّ أصل المعاطاه [١] وهى إعطاء كلّ منهما الآخر ماله يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

الشرح:

جميع موارد حصول البيع كما ذكرنا ذلك عند التعرض لتعريف البيع، وإن أريد بالمعنى المسببى اعتبار العقلاء، بمعنى أن المالك إذا اعتبر ملكيه ماله للآخر بالعوض وأبرزه فتاره يعتبر العقلاء الملكيه المعتبره مع إبرازها أمراً حاصلاً، وأخرى لا يعتبرونها.

وقد ذكرنا سابقاً أن البيع بهذا المعنى بالإضافة إلى إنشائه من الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار فمن الظاهر أن موضوع اعتبار العقلاء وهو البيع الذى يكون بإنشاء البائع وقبول المشتري على ما تقدم من كون قبوله شرطاً فى صدق عنوان البيع على فعل البائع.

والحاصل: أنه إذا كان فى البين إنشاء المعاوضه من الطرفين بالأصله فالعقلاء وإن يعتبرونها مبادله وهى محكومها شرعاً بالصحة كما هو مقتضى عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) إلاّ أنها ليست بيعاً حتى يكون كل منهما بايعاً من غير أن يكون فى البين اشتراء، أو أن يحصل البيع من غير أن يكون أحد المالكين بايعاً أو مشترياً.

[١] ذكر فى هذا الأمر أربع صور للمعاطاه يكون تقسيمها إليها باعتبار قصد المتعاطيين:

الأولى: ما إذا قصد كل من المتعاطيين بإعطائه تمليك ماله للطرف الآخر بعوض وبأخذ المالك من الطرف الآخر تملك مال الغير بعوض، وإذا كان إعطاء المالكين وأخذهما تدريجياً يتحقق البيع بإعطاء أحد المالكين وأخذ الآخر ويكون إعطاء المالك الآخر وأخذ مقابله بعد ذلك وفاءً للبيع الحاصل من قبل حتى فيما إذا قصد بإعطائه التملك بالعوض كما هو الفرض. وأما إذا كان الإعطاء والأخذ من الطرفين دفعه

ص: ٤٠٦

أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما تملك مال به بالآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتمكناً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثاني خارج عن حقيقه المعطاه، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعطاه، وبهذا الوجه صححنا سابقاً عدم توقّف المعطاه على قبض كلا- العوضين، فيكون إطلاق المعطاه عليه من حيث حصول المعامله فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقوّمه بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحه» و«المساقاه» و«المزارعه» و«المؤاجره» وغيرها.

الشرح:

واحد فيمكن أن يكونا معاوضه حصلت بتملكين منشأين بإعطائين كما ذكرنا في التعليقه المتقدمه، أو بيعان وشراءان قد حصلوا دفعه واحده باعتبار عدم تنافيهما فيترتب على كل من المتعاطيين ما ترتب في الخطابات على عنواني البائع والمشتري كما لا يخفى.

ثم إنه كما يمكن تحقّق القبول والتملك بأخذ المال من الطرف كذلك يمكن حصول ذلك بدفع المال الآخر، بأن يكون أخذ المال المدفوع أولاً- بعنوان كونه ملك الدافع ويحصل له الجزم بإيجابه، ولو مات في هذا الفرض قبل دفع الآخر المال يكون موته بين الإيجاب والقبول، بخلاف ما لو أخذ المال المدفوع أولاً- بعنوان القبول فإنه موت بعد تمام المعامله، وكان على المصنف رحمه الله التعرض لذلك.

وكيف كان، فقد ظهر حصول البيع بدفع أحد المالين وأخذه وإطلاق المعطاه على هذا النحو من البيع باعتبار إنشائه بالإعطاء دون اللفظ لا- باعتبار تحقّق الإعطاء من الطرفين، نظير إطلاق المؤاجره والمصالحه والمزارعه والمساقاه وغيرها، مع أنّ الإيجار وهو تملك المنفعه بالعوض أو إنشاء الصلح أو إعطاء الأرض للزرع أو

ص: ٤٠٧

وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطاه فى الرهن والقرض والهبة، وربّما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل ولو لم يكن عطاء، وفى صحّته تأمل.

ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه، فىكون تملكاً بإزاء تملك، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين، والمعامله متقومه بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثانى قبل الدّفْع لم يتحقّق المعاطاه. وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب إلى الهبه المعوّضه، لكون كلّ من المالكين خالياً عن العوض، لكن الشّرح:

البستان للسقى يكون من أحد الطرفين، وعلى ذلك فىمكن تحقّق المعاطاه فى المعاملات التى يكون الإعطاه فيها من طرف واحد، كما فى الهبه والقرض والرهن ونحوها.

والحاصل: أن المعاطاه فى هذه الصوره بكلا فرضيها داخله فى إطلاقات حل البيع ونفوذه، وربما يقال بحصول المعاطاه بالفعل من دون إعطاء كما فى أخذ البقل أو الماء مع غيبه البقال والسقاء ووضع الفلوس فى داخلهما، وقد تقدم الكلام على الكبرى والصغرى فى الأمر الثانى فلا نعيد.

الصوره الثانيه: ما إذا كان التملك بإزاء التملك بأن تكون المقابله والمعاوضه بين الفعلين، أى التملكين لا المالكين كما فى الصوره السابقه، وذكر رحمه الله أن فى هذه الصوره لو مات أحد الطرفين قبل تملك ماله تتم المعامله، وأن هذه المعامله ليست بيعاً، بل شبيهه بالهبه المعوّضه، والظاهر أن وجه شباقتها أنه كما لا يكون فى الهبه المعوّضه المعاوضه بين المالكين كذلك فى الفرض، وبما أن عدم التعويض فى الهبه لا- يوجب عدم تماميه الهبه بخلاف المقام، فيفترق المقام عن الهبه المزبوره فتكون شبيهه بها لا عينها.

نعم إذا كان تملك أحد الطرفين المال الآخر بعد ذلك داعياً إلى تملك ماله

إجراء حكم الهبة المعوّضه عليه مشكل، إذ لو لم يملكه الثّانى هنا لم يتحقّق التّمليك من الأوّل، لأنّه إنّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقّق تملك الثّانى لم يتحقّق تملكه، إلّا- أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأوّل على نحو الدّاعى، لا العوض، فلا يقدح تخلفه. فالأولى أن يقال: إنّها مصالحه وتسلم على أمر معيّن أو معاوضه مستقلّه.

ثالثها: أن يقصد الأوّل إباحه ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصّادر من الأوّل الإباحه بالعوض، ومن الثّانى بقبوله لها التملك، كما لو صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

الشرح:

فعلاً مجاناً فيتم الملك من أحد الطرفين ولو بدون تملك الآخر.

أقول: كما يمكن أن يكون تملك الطرف الآخر داعياً له إلى التملك فعلاً كذلك يمكن كونه شرطاً فى التملك فعلاً فيكون من الهبه المشروطه، كما أن الفرض الأول من الهبه مجاناً كما لا يخفى.

وأما المعاوضه والمقابله بين التملكين فتاره يجعل العوض التملك الشخصى الخارجى وأخرى يجعل العوض تملك المال الآخر بنحو ثبوت العمل على الذمه كموارد الإجاره وغيرها، بأن يكون الدافع ماله أولاً، مالكا للعمل على ذمه الآخر وذلك العمل تملك الآخر ماله، وهذا يوجب تماميه الملك من أحد الطرفين حتى مع موت الآخر قبل فراغ ذمته، بخلاف جعل العوض التملك الشخصى.

هذا مع أنه لا- معنى معقول لمعاوضه التملكين، فإن المعاوضه بين الأمرين تكون فى الملكيه ونحوها والتملكان لا يقبلان عرفاً الملكيه حتى يتعاضوا، والحاصل أن التملك فى هذه الصوره إما من الهبه المجانيه كما إذا كان التملك الآخر داعياً، أو من المشروطه كما إذا كان شرطاً فى التملك الأول، ولا تكون من

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحه الآخر، فيكون إباحه بإزاء إباحه، أو إباحه بداعى إباحه، على ما تقدّم نظيره فى الوجه الثانى من إمكان تصوّره على نحو الداعى، وعلى نحو العوضيه.

وكيف كان فالإشكال فى حكم القسمين الأخيرين [١] على فرض قصد الشرح:

المصالحه، لما تقدم من أن المنشأ فى موارد الصلح لابد من أن يكون هو التسالم على شىء لا التملك كما هو الفرض فى هذه الصوره.

[١] ينبغى الكلام فى أمرين: الأول: نفوذ إذن المالك للغير فى التصرف فى ماله مطلقا ولو كان التصرف موقفا على الملك بلا فرق بين كون إنشاء الرضا بالتصرفات بالفعل أو القول.

والثانى: هل يجوز أخذ العوض على إذنه ولو كان أخذه على الإذن بالإضافة إلى التصرفات غير الموقوفه على الملك.

أما الأول، فلا ينبغى الإشكال فى عدم نفوذ إذنه بالإضافة إلى التصرف الموقوف على الملك، فإنّ إذن المالك لا يكون شرعا كما تقدم بيان ذلك فى البحث فى روايه السلطنه.

والحاصل: أنّ أى تصرف فى مال الغير يكون عدم جوازه وضعا أو تكليفا لأجل عدم طيب نفس مالكه وعدم إذنه فيجوز ذلك التصرف بإذن المالك ورضاه، وأمّا كلّ تصرف كان عدم جوازه لأجل عدم كون المتصرف مالكا فإذن المالك أو رضاه لا يوجب جوازه، لبقاء عدم الجواز ببقاء عدم موضوعه وهو عدم الملك، مثلاً- بيع مال الغير لنفسه بأن يخرج المبيع عن ملك المبيع ويدخل الثمن فى ملك المباح له غير جائز، بل غير ممكن عقلاً، حيث إن البيع هو التملك بالعوض ومقتضى المعاوضه أن يدخل الثمن فى ملك من يخرج المبيع عن ملكه، وإلا كان فى البين تملكان

المتعاطين لهما، ومنشأ الإشكال: أولاً: الإشكال فى صحه إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على ملكيه المتصرف، بأن يقول: أبحث لك كل تصرف، من دون أن يملكه العين.

وثانياً: الإشكال فى صحه الإباحه بالعوض، الرّاجعه إلى عقد مرّكب من إباحه وتمليك.

الشرح:

مجانين. وإذا كان ما ذكر غير جايز فكيف يصح بإذن المالك فيه، بل اللازم فى دخول الثمن فى المباح له هو ثبوت أحد الأمرين: الأول: أن يكون إباحه كل تصرف فى معنى توكيل المباح له فى تملك الثمن بعد البيع أو كان بمعنى توكيله فى تملك المال عنه حتى يكون البيع للمباح له، أو كان إباحه التصرف بالإضافة إلى الموقوف على الملك تملكاً للمال إياه وشروع المباح له فى ذلك التصرف قبولاً فعلياً للتمليك.

أقول: لم يظهر وجه كون الشروع فى ذلك التصرف قبولاً للتمليك، ولم يكن أخذه قبولاً له، إلا أن يقال: وجهه أن الصادر من المبيع فى الفرض أمران:

أحدهما: الإذن للمخاطب فى التصرف فى ماله.

وثانيهما: تملكه إياه، والتمليك كما ذكرنا سابقاً لا إطلاق فيه، بل على تقدير القبول ولو فيما بعد، وعلى ذلك فلا يكون فى مجرد أخذ المال دلالة على قبول الملك، لإمكان أخذه للتصرف فيه بما لا يتوقف على الملك وإنما تكون الدلالة عليه بشروعه فى التصرف الموقوف على الملك، ولا يبعد تحقّق التوكيل أو التمليك الضمنى فى قول مالك العبد للآخر: أعتق عبدى عنك، بناءً على إرادته كون المخاطب معتقاً بالأصالة، لا كونه معتقاً بالنيابة، فإنّه يكون فى الأول وكيلاً فى تملك العبد المزبور ابتداءً كما يمكن أن يكون تملكاً للعبد من المخاطب ضمناً وشروع المخاطب بالعتق قبولاً لهذا التمليك، وإذا كان المراد وكاله المخاطب فى عتق العبد فقط وأن يجعل

فنقول: أمّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقّفه على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك، فإنّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنّما يمضى فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

نعم، يصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:

الشرح:

المخاطب نفسه معتقاً عنه، نظير وكاله الشخص في أداء دين نفسه بمال الموكل، فلا يكون في البين تمليك وتملك، وكون الشخص معتقاً عنه غير موقوف على كونه مالكا بخلاف معتقاً بالأصالة بالكسر.

ومما ذكرنا يظهر الحال في قول من عليه الكفاره لمالك العبد: أعتق عبدك عنى، وأنه يكون توكيلاً في تمليك العبد من المستدعى أولاً. وتوكيلاً في العتق بعد ذلك بناءً على كون المستدعى معتقاً بالكسر، لإرادته جعله معتقاً عنه فقط، كما يمكن كونه تمليكا للعبد أولاً وعتق المخاطب عنه تمليكا ضمناً على ما تقدم.

وعلى الجملة: فليست الإباحه في هذه الصورة متضمنه للتوكيل والتمليك ليجوز للمباح له التصرف الموقوف على الملك.

ولكن ذكر المحقق الإيروانى رحمه الله عدم الفرق بين قوله: أعتق عبدى عنك، وبين قوله: أبحث لك وقف مالى أو بيعه، فإنه كما أنّ قوله: أعتق عبدى عنك، توكيل فى تملك عبده، كذلك قوله: أبحث لك وقف مالى عنك، توكيل فى تملك المال، وبما أنه لا فرق أيضاً بين التصريح بإباحه تصرف يتوقف جوازه على الملك وبين إباحه جميع التصرفات التى يدخل فيها ذلك التصرف كقوله: أبحث لك مالى، فيكون قوله: أبحث لك مالى، متضمناً للتوكيل فى التملك كتضمّن قوله: أعتق عبدى عنك.

ص: ٤١٢

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالى لنفسك» أن ينشأ توكيلاً له فى بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو فى نقله أولاً إلى نفسه ثم يبيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحه، فىكون إنشاء تملك له، ويكون بيع الشرح:

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن المطلوب فى قوله: أعتق عبدى عنك، صدور العتق الصحيح عن المخاطب بالأصالة وهذا الصحيح موقوف على تملك العبد أولاً، ثم عتقه ثانياً، فالتوكيل فى التملك حاصل ومقصود ولو إجمالاً، والمراد بالإجمال أنه لو التفت الطالب إلى توقف العتق الصحيح على تملك المخاطب لأذن فيه، ونظيره: أبحت لك وقف مالى عنك أو يبيعه لك أو نحو ذلك. بخلاف ما إذا قال: أبحت لك مالى، حيث لا يمكن استفاده التوكيل فى التملك، بل يقتصر فى الجواز بالتصرفات التى لا تتوقف على الملك، حيث لا- ظهور للكلام المزبور فى الإذن فيه، بل فى خصوص التصرفات غير الموقوفة عليه واستفادته من إطلاق الإباحه دورى، حيث يتوقف الإطلاق على التوكيل وثبوت التوكيل موقوف على إطلاق الإباحه. نعم لو صرح بالعموم لكان مثل قوله: أعتق عبدى.

والحاصل: إنما يعتبر إذن المالك ورضاه بالإضافة إلى التصرف غير الموقوف على الملك ولا قيمه له فى التصرف الموقوف على الملك، وعلى ذلك فظاهر قوله: أبحت لك كل أنواع التصرف فى مالى، إباحه ما يعتبر فى جوازه إذنه وهى التصرفات غير الموقوفة على الملك، غايه الأمر من تلك التصرفات تملك المال لنفسه عن مالكة، وإذا كان العموم فى قوله: أبحت لك كل التصرف فى مالى ثابتاً حتى بالإضافة إلى التصرف الاعتبارى يكون التوكيل فى التملك المزبور مدلولاً تضمينياً لعموم الإباحه لا مدلولاً التزامياً، كما فى ظاهر كلام الشيخ الإيروانى.

المخاطب بمنزله قبوله، كما صرح في التذكرة: بأن قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدك عني بكذا» استدعاء لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق آنأما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط [١] المقررة لعقد البيع، ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسأله «أعتق عبدك عني» ولذا عدّ العامه والخاصه من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها: بأنها دلالة مقصوده للمتكلم يتوقف صحه الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثلاً للعقل بقوله تعالى «وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ» وللشرع بهذا المثال، ومن المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

الثاني: أن يدل دليل شرعي على حصول الملكيه للمباح له بمجرد الإباحه [٢] فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادته البيع آنأما، فيقع البيع الشرح:

[١] كان وجه عدم اعتبار شروط البيع في الضمني هو أن تلك الشروط معتبره بين إيجاب البيع وقبوله، فلا يعتبر إلا في عقده لا في البيع الضمني، وهكذا بالإضافة إلى غيرها من الشروط.

[٢] بأن يكون مدلول ذلك الدليل كون المال ملكاً للمباح له بمجرد الإباحه، أي ولو من غير قصد المبيح التمليك، وعلى ذلك فيقع البيع من المباح له على ما هو ملكه أو يكون مدلول ذلك الدليل أن يكون الثمن بعد البيع للمباح له، وحيث إن مقتضى البيع دخول العوض في ملك من يخرج عنه المعوض، والمفروض على

فى ملكه، أو يدلّ دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آنأ ما لا يقبل غير العتق، فإنّه حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنأ ما، للجمع بين الأدله. وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّه هذه الإباحه العامه، وإثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون على أموالهم» يتوقّف على عدم مخالفه مؤدّاها لقواعد آخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالاً له، وتوقّف صحه العتق على الملك، وصحّه الوطء على التحليل بصيغه خاصه، لا بمجرد الإذن فى مطلق التصرف.

ولأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف، فى أنّه لو دفع إلى غيره مالاً وقال: اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن فى اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصحّ، كما صرح به فى مواضع من القواعد. وعلله فى بعضها بأنّه لا يعقل شراء شىء لنفسه بمال الغير. الشرح:

التقدير الثانى خروج المعوّض عن ملك المبيح فيلتزم بدخول الثمن فى ملك المبيح آنأ ما بعد الشراء قضاءً لحكم الشراء ثم انتقاله إلى المباح له، نظير انتقال العمودين إلى المشتري آنأ ما بعد الشراء ثم الانعتاق، ونظير ملك الميت لديه فإنه لا يكون ملك ديه القتل إلاّ بحصول الموت، وحيث إنّ الدليل قام على أنّ لديه يرثها من يرث المال فلا بد من فرض دخولها فى ملك الميت، لتنتقل إلى الوارث إرثاً.

والحاصل: أنّ الملك التقديرى لابد من كونه مدلول دليل أو مقتضى الجمع بين الأدله، والمفروض عدم قيام دليل عليه فى المقام، كما أنّه ليس من مقتضى الجمع بين الأدله، لأنّ ما دل على توقّف البيع أو العتق على الملك كقوله: لا بيع إلاّ فى

وهو كذلك، فإن مقتضى مفهوم المعاوضه والمبادله دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه، وإلا لم يكن عوضاً وبدلاً، ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بأن الهبه الخاليه عن الصيغه تفيد إباحه التصرف، لكن لا يجوز وطء الجاريه مع أن الإباحه المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات. وعرفت أيضاً: أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس والزكاه وثمان الهدى، ولا وطء الجاريه، مع أن مقصود المتعاطيين الإباحه المطلقه.

الشرح:

ملك، أو: لا عتق إلا فى ملك(١)، حاكم على قوله: «الناس مسلطون على أموالهم»(٢)، فإن المالك المبيح مسلط على التصرف المشروع فى ماله.

وقوله: لا عتق أو لا بيع إلا فى ملك، يثبت عدم مشروعيه البيع أو العتق من غير ملك فلا يفيد فيهما إذن المالك.

ثم إن ما ذكره رحمه الله من أن الملك الحاصل للمشتري فى شراء أحد عموديه ملك تقديرى، وفى بيع الواهب العين الموهوبه أو ذى الخيار المبيع من آخر حقيقى صحيح، فإنه لو ظهر فساد بيعهما يكون المال باقيا فى ملك الواهب أو ذى الخيار؛ لأن ذلك مقتضى انفساخ الهبه أو البيع الأول مع فرض بطلان الثانى، وأما لو أراد المشتري أو وكيله شراء أحد عموديه أن يتصرف فى العبد فى الآن المقارن لتمام الشراء لم يصح، بل لا يقبل ذلك الملك إلا انعقاد المبيع، وأما لو كان ملك المشتري فى ذلك الآن حقيقيا لكان التصرف المزبور نافذا.

والشاهد على أن مع إباحه التصرفات للآخر لا يكون بيع ذلك الآخر المال

ص: ٤١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ و ٢٢ : ٣٣٩ و ٣١، الباب ٢ و ١٢ من أبواب عقد البيع ومقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث الأول.

٢- (٢) عوالى اللئالى ١ : ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

ودعوى: أنّ الملك التقديرى هنا أيضاً لا- يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلّه توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلّه فى الملك التقديرى، مدفوعه: بأنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشّارع لإباحة المالك كلّ تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلاّ أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلاّ ما هو جائز بذاته فى الشّريعة.

ومن المعلوم: أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدالّ على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوّض، فلا- يشمله العموم فى «الناس مسلّطون على أموالهم» حتّى يثبت التّنافى بينه وبين الأدلّه الدالّة على توقّف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى أنّاً ما.

الشرح:

موجبا لدخوله فى ملك المباح له قبل البيع كما كان موجبا لدخوله فى ملك الواهب أو ذى الخيار لأنّ بيع الواهب أو ذى الخيار يكشف عن فسخ الهبة أو البيع الأول، وفسخهما يوجب عود ملك العين إليهما ثانياً، بخلاف مسأله بيع المباح له مال الغير، فإنّه ليس فيه سبب لدخول المال المزبور فى ملكه قبل البيع ولو أنّاً ما.

والحق المصنّف رحمه الله بملك الميت لديه بملك أحد العمودين فى كونها تقديرية فى كلّ منهما، ولكن لقائل أن يقول: إن الملك فى الميت حقيقى يترتب عليه ما يترتب على سائر أموال الميت من إخراج ديونه منها ونفوذ وصيته فى ثلثها وانتقالها إلى الوارث كانتقال سائر أمواله إليهم، وأما ملك الميت لديه الجنايه عليه بعد موته فلم ترد روايه معتبره فى تعيين ديته أو ديه الجنايه على أعضائه ومستحقّيها.

نعم ورد فى بعض الروايات أنّ ديته بمقدار ديه الجنين، وديه أعضائه بحسابها،

وبالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «التناس مسلطون على أموالهم» الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكمه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للنادر. نعم، لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناً ما، فتأمل.

وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في الديه بالنسبة إلى الميت، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل، بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، وليس كذلك فيما نحن فيه.

الشرح:

وأن الديه يملكها الميت بعد موته فتصرف في وجوه البر، وفي بعض الروايات أن ديه الجنايه عليه للإمام عليه السلام قال في «الشرايع»: «في قطع رأس الميت المسلم الحر مئة دينار، وفي قطع أعضائه بحساب ديته، وكذا في شجاجة وجراحه، ولا يرث منها شيئاً، بل تصرف في وجوه القرب عملاً بالرواية»^(١).

وقال علم الهدى: «يكون لبیت المال». انتهى.

ولكن الأظهر أن يقال: إن ديه الجنايه عليه كديه الجنين وديه أعضائه وشجاجة بحسابها، لأن صحیحہ عبد اللہ بن سنان عن أبی عبد اللہ عليه السلام ^(٢) داله على ثبوت الديه

ص: ٤١٨

١- (١) شرائع الاسلام ٤ : ١٠٤٩، النظر الرابع. طبعه استقلال.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٩ : ٣٢٧، الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٤.

وبالجملة، فما نحن فيه لا- ينطبق على التمليك الضمني المذكور أولاً- في «أعتق عبدك عني»، لتوقفه على القصد، ولا- على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعق عليه، لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك، وعدم حكومه الثاني على الأول، ولا على التمليك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب وذی الخيار، لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلا- الحكم ببطالان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح بذلك كما لو قال: «بيع مالي لنفسك»، أو «اشتر بمالي لنفسك»، أم أدخله في عموم قوله: «أبحت لك كل تصرف»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً، بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر، أو موقوفاً على الإجازة، بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن.

الشرح:

في قطع رأس الميت، وبما أن مقدار دية الجنين وديه الأعضاء بحسابها متيقن فيكتفى بها، ويؤيد ذلك ما أشرنا إليه من بعض الروايات وتكون هذه الدية من تركه الميت فيرثها الورثة كما هو مقتضى إطلاق صحيحته الأخرى.

قال أبو عبدالله عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام: أن الدية يرثها الورثة» الحديث (١)، فإن مقتضاها عدم الفرق بين كونها ثابتة بالقتل أو بالجناية عليه بعد موته، وعلى ذلك فيجرى على هذه الدية ما يجرى على سائر تركه الميت وأمواله. وما دل على صرف دية الجنايه على الميت في وجوه القرب وهي روايه حسين بن خالد (٢)، كما ذكرنا ضعيفه سندا وإن عبر عنها في المسالك بحسنه حسين بن خالد وهذا منه رحمه الله اشتباه، حيث إن سليمان بن خالد ممدوح لا الحسين، والحسين

ص: ٤١٩

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ : ٣٦، الباب ١٠ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٢.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٢٥، الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٢.

هذا ولكنّ الذى يظهر من جماعه [١] منهم قطب الدّين والشّهيد رحمهما الله فى باب بيع الغاصب: أنّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثّمن والإذن فى إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنّه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشّراء. ويظهر أيضاً من محكّي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جاريه بعين مغصوبه أنّ له وطء الجاريه مع علم البائع بغصبيه الثّمن فراجع.

ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشّخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكيه يوجب جواز التصرفات المتوقّفه على الملك فتأمل، وسيأتى توضيحه فى مسأله الفضولى إن شاء الله تعالى.

الشرح:

لا موثّق ولا ممدوح، فراجع.

[١] كان مراده أن الذى يظهر من جماعه (١) يخالف ما تقدم من أنّ الإذن للغير فى جميع التصرفات لا يجوز للغير بيع المال لنفسه، ووجه المخالفه أنّ دفع الثمن الغاصب مع العلم بأنّه غاصب بمنزله تسليطه والإذن له فى التصرف فى ذلك الثمن، مع أنّهم ذكروا أنّه لو اشترى الغاصب بذلك الثمن أمه يجوز له وطئها، وظاهر ذلك جواز البيع لنفسه مع ذلك الإذن.

ولكن لا يخفى أنّ الالتزام بهذا الحكم على تقديره أجنبى عن المقام، أى جواز البيع وصحته بمجرد إذن المالك وإباحته جميع التصرفات التى منها بيع ماله، وذلك فإن علم المشتري بأن بائع المال غاصب يبيع مال الغير عدوانا يكون دفع

ص: ٤٢٠

١- (١) منهم قطب الدين (وهو محمد بن محمد الرازى البويهى، من تلامذه العلامة الحلّى قدس سره، وروى عنه الشهيد قدس سره وهو من أولاد أبى جعفر ابن بابويه، ذكره الشهيد الثانى فى بعض إجازاته وغيره. أنظر رياض العلماء ٥ : ١٦٨)، والشهيد حيث يظهر مما قالاه فى حاشيتهما على القواعد على ما حكاها عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٩٢ .

وأما الكلام فى صحه الإباحه بالعرض [١] سواء صححنا إباحه التصرفات

الشرح:

التمن إليه تسليطا وتمليكا مجانيا، فيكون المسمى بالتمن ملكا للغاصب هبه لا بيعا، ويترتب على ذلك تملك الغاصب العين التى اشتراها بالتمن المزبور، والمفروض فى المقام قصد الإباحه دون التمليك.

ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك فى آخر كلامه بأمره بالتأمل.

[١] الظاهر أنّ الإباحه أى إذن المالك للغير فى التصرف فى ماله بعوض عبارته عن المبادله بين أمرين: أحدهما: إذن المالك للآخر فى التصرف فى ماله، ثانيهما: مال ذلك الآخر، فتكون المعاوضه بهذا الإذن ملكا للطرف الآخر مقابل تمليك ماله للمبيح، وهذه المعامله لا بأس بها ويعمها قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فيحكم بلزومها، ولو رجع المبيح عن إذنه فلا يكون رجوعه نافذا، فإن رجوعه نظير رجوع الموكل عن شرط الوكاله فى العقد اللازم، وإنما يكون الإذن أو التوكيل جائزا فيما إذا كان ابتدائيا لا شرطا أو ركنا فى عقد لازم، إذ مقتضى لزوم ذلك العقد لزوم ركنه أو الشرط المذكور فيه.

نعم لو تصرف المبيح فى الفرض فى ماله تصرفا مخرجا له عن ملكه يحكم بنفوذه، لأنّ المفروض أنّه مالك للمال المزبور، فيعمه قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٢)، وكذا قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣)، ولكن يثبت للمباح له خيار الفسخ باعتبار أن جعل الإذن فى التصرف عوضا متضمنا لاشتراط إبقاء المال وعدم نقله إلى شخص آخر. وأما التمليك فى إثبات مشروعيه الإباحه

ص: ٤٢١

١- (١) سورة المائده: الآية ١.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

٣- (٣) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

المتوقّفه على الملك أم خصّصنا الإباحه بغيرها فمحصله: أنّ هذا النّحو من الإباحه المعوّضه ليست معاوضه ماليه ليدخل كلّ من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح إلا أنّ المباح له يستحقّ التصرف فيشكل الأمر فيه من جهه خروجه عن المعاوضات المعهوده شرعاً و عرفاً، مع التأمل فى صدق التجاره عليها فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصّيلح لمناسبه له لُغَه لِأَنَّهُ فى معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح» كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّه على صحّته بقول المتصالحين: «لك ما عندك ولى ما عندى» ونحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين. ولو كانت معامله مستقلّه، كفى فيها الشرح:

بالعوض بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، أو «الناس مسلطون على أموالهم»، كما عن المصنف رحمه الله فغير صحيح، فإنّ الأول لا يعمّ الالتزامات الابتدائيه التى تكون منها نفس المعامله كما مرت الإشاره إليه ويأتى تفصيله فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

وأما الثانى، فإنّ الكلام فى المقام فى مشروعيه هذه المعامله بأن يكون الإذن فى التصرف ركنا والمال الآخر ركنا آخر وليست فى ولايه المالك على هذه المعامله المشروعه فى نفسها كما لا يخفى.

وأيضاً ما ذكره رحمه الله من احتمال كون هذه المعامله صلحا غير صحيح، لما تقدّم من أنّ الصلح ليس بمعنى التراضى الواقعى الموجود فى جميع المعاملات، وإلاّ لكانت كل المعاملات صلحا، بل الصلح ما يكون المنشأ فيه هو التراضى والتسالم، سواء كان متعلقا بالمال أو بغيره وليس المنشأ فى المقام هو عنوان التراضى، بل المعاوضه بين الإباحه والمال.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى قول أحد المتصالحين للآخر: لك ما عندك ولى ما

ص: ٤٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، و«المؤمنون عند شروطهم». وعلى تقدير الصحه فى لزومها مطلقاً لعموم «المؤمنون عند شروطهم» أو من طرف المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيح، حيث إن ماله باقٍ على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقاً وجوه أقواها أولها، ثم أوسطها.

وأما حكم الإباحه بالإباحه فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا فى سابقه والأقوى فيها أيضاً الصحه واللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلّط [١].

الشرح:

عندى، وأنهما إذا أرادا إنشاء التراضى على المبادله بين ماليهما يكون ذلك صلحا وإلا فلا.

وكذا ما ورد فى معامله الزوجين على المهر، كصحيحه الفضيل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه بألف درهم فأعطاهما عبداً له آبقا وبُرّدا حُبره بألف درهم التى أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد وكانت عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب ورضيت بالعبد». قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها، قال: «لا مهر لها، وتردّ عليه خمسمئه درهم ويكون العبد لها» (١).

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الإباحه بالإباحه الحاكميه وأنّها مبادله بين الإذنين فيعمها قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢).

[١] هذا تعليل لجواز المعامله بدعوى أنّ أصاله بقاء سلطنه كل من المالين على ماله مقتضاها جوازها.

وفيه: أنّ بقاء سلطنتهما على مالهما لا ينافى لزوم المعامله، أى لزوم المبادله بين الإذنين، بل مقتضى بقاء السلطنه نفوذ تصرف كل منهما فى ماله لا فى المعامله المزبوره.

ص: ٤٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٨٢، الباب ٢٤ من أبواب المهور.

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ١.

[الأمر] الخامس: فى حكم جريان المعاطاه فى غير المبيع من العقود وعدمه.

إعلم أنه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد على ما حكى عنه: أن فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره. وكذا فى الهبه، وذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجره [١] ولو كانت هذه إجاره فاسده لم يجز له العمل، ولم يستحق أجره مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك، وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهرهم جواز الإتلاف، ولو كانت هبه فاسده

الشرح:

نعم لو تصرف أحدهما فى ماله تصرفاً لا يبقى معه مجال لتصرف المباح له، يثبت له خيار الفسخ باعتبار تخلف شرط بقاء العين كما مر.

[١] أقول: لم يظهر من هذا الكلام كون المراد من الأجره، الأجره المسماه ليكون استحقاقها دليلاً على جريان المعاطاه عندهم فى الإجاره، وإلا كان الأنسب أن يقال: (فعمله استحق العوض) كما لا يخفى.

ولو كان المراد أجره المثل فلا يكون فى الكلام المزبور دلالة على جريان المعاطاه فى الإجاره أصلاً فإنه يجوز للعامل العمل ولو بالتصرف فى مال المستأجر مع بطلان الإجاره، لأن إذن المالك المستفاد من الإجاره الفاسده كافٍ فى جواز تصرف الأجير.

لا يقال: كيف جاز للأجير مع فساد الإجاره التصرف فى مال الغير مع أنهم ذكروا أن المأخوذ بالعقد الفاسد كالمغصوب فى عدم جواز التصرف فيه.

فإنه يقال: ذلك فيما إذا كان التصرف فى المأخوذ بالعقد الفاسد بعنوان أنه ملكه، وبما أن الملك غير حاصل لفساد العقد فلا يجوز التصرف، وأما فيما إذا كان التصرف فيه بعنوان أنه مال الغير وقد أذن فيه كما فى أخذ الأجير ثوب الآخر لصبغه مثلاً فلا بأس بأخذه وصبغه حتى مع فساد الإجاره، لتحقق الإذن اللازم فى الأخذ والتصرف ولو مع فسادها، غايه الأمر لفساد المعامله يستحق أجره المثل على عمله لا الأجره المسماه.

لم يجر، بل منع من مطلق التصرف، وهي ملحظ وجيه، انتهى.

وفيه: أنّ معنى جريان المعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقق الثانى: الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين على المأمور به، ولم نجد من صرح به فى المعاطاه.

وأما قوله: «لو كانت إجاره فاسده لم يجر له العمل» فموضع نظر، لأنّ فساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً فى عين من أموال المستأجر. وقوله: «لم يستحق أجره مع علمه بالفساد»، ممنوع، لأنّ الظاهر ثبوت أجره المثل، لأنّه لم يقصد التبرع و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له.

وأما مسأله الهبه [١] فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان الشرح:

[١] وحاصله أنّه إذا قيل فى المعاطاه بالإباحه لا الملك يكون حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبه دليلاً على جريان المعاطاه فى الهبه أيضاً، باعتبار أن الهبه المعاطاتيه موجهه لإباحه التصرف كالمعاطاه الجاربه فى البيع، وأما إذا قيل فى المعاطاه بالملك غير اللازم فلا تكون إباحه التصرف دليلاً على جريانها فى الهبه فإنّ جريانها فى الهبه عند هذا المحقق يكون بالالتزام بحصول الملك، مع أنّهم لا يلتزمون به، لتصريح الشيخ والحلى والعلامة بأنّ إعطاء الهديه من دون الصيغه يفيد الإباحه لا الملك، ولا يمكن حمل نفي الملك على نفي الملك اللازم، لأنّ الهبه اللفظيه لا تفيد الملك اللازم ليكون مرادهم نفيه فى الهبه المعاطاتيه.

أقول: الصحيح الالتزام بجريان المعاطاه فى سائر المعاملات عقداً أو إيقاعاً أخذاً بإطلاق صحتها ونفوذها. نعم لا تجرى فى عقد أو إيقاع قام الدليل على اعتبار اللفظ فى إنشائه، كما فى النكاح والطلاق، حيث إنّ مطلق اللفظ غير كاف فى إنشائهما فضلاً عن الإنشاء بمجرد الفعل.

المعاطاه فيها، إلا إذا قلنا فى المعاطاه بالإباحه، فإن جماعه كالتشيخ والحلى والعلامه صرحوا بأن إعطاء الهديه من دون الصيغه يفيد الإباحه دون الملك، لكن المحقق الثانى رحمه الله ممن لا يرى كون المعاطاه عند القائلين بها مفيداً للإباحه المجرده.

وتوقف الملك فى الهبه على الإيجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك.

ومما ذكرنا يظهر المنع فى قوله: «بل مطلق التصرف».

هذا، ولكن الأظهر بناءً على جريان المعاطاه فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره والهبه، لكون الفعل مفيداً للتملك فيهما. وظاهر المحكى عن التذكره: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال فى باب الرهن: إن الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاه والاستيجاب والإيجاب عليه المذكوره فى البيع آت هنا، انتهى.

لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد: بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الإشكال: عدم تأتى المعاطاه بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع، لأنها هناك إما مفيده للإباحه أو الملكيه الجائزه على الخلاف والأول غير متصور هنا.

وأما الجواز فكذلك، لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظه أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقه فى بعض الأحيان.

الشرح:

وأيضاً فإن قلنا بعدم اللزوم فى المعاطاه فلا تجرى فى المعامله التى يكون اللزوم مقتضى حقيقتها أو من لوازمها شرعاً، الأول: كما فى الرهن فإن لزومه من قبل الراهن

ص: ٤٢٤

و إن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، وكأنّ هذا هو الذى دعا المحقّق الثّانى إلى الجزم بجريان المعاطاه فى مثل الإجاره والهبه والقرض، والاستشكال فى الرّهن.

نعم، من لا- يبالى مخالفه ما هو المشهور، بل المتّفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمه من الطرفين، فلا يشمل الرّهن ولذا جوّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر ك«خذة»، والجمله خبريه أمكن أن يقول بإفاده المعاطاه فى الرّهن للزوم، لإطلاق بعض أدلّه الرّهن، ولم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات. ولأجل ما ذكرنا فى الرّهن يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، والجواز غير معروف فى الوقف من الشّارع، فتأمل.

نعم، احتمال الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من الذكرى تبعاً للشيخ رحمه الله .

ثمّ إنّ الملزم للمعاطاه فيما تجرى فيه من العقود الآخر هو الملزم فى باب البيع، كما سننّبّه به بعد هذا الأمر.

الشرح:

مقتضى حقيقته، حيث مع جوازه من طرفه لا- يتحقّق عنوان الوثيقه على الدين، والثانى: كما فى الوقف فإن المال الموقوف محكوم بأنه لا يباع ولا يوهب، ولو صرّت المعاطاه فيه لجاز بيعه وهبته، هذا.

ولكن قد مرّ عدم تمام الدليل على جوازها فى البيع فضلاً عن غيره، ومقتضى إطلاق الدليل فى لزوم المعاملات عدم الفرق بين إنشائها بالقول أو الفعل، وعليه فلا بأس بالوقف أو الرهن معاطاه.

ص: ٤٢٧

الأمر السادس: في ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك والقول بالإباحه. أعلم: أن الأصل على القول بالملك اللزوم [١] لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمه.

الشرح:

[١] وحاصله أنه بناءً على حصول الملك بالمعاطاه يكون لزومها مقتضى الوجوه الثمانية المتقدمه، وتلك الوجوه كما يلي: الأول: استصحاب بقاء الملك. الثانى: قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١). الثالث: قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» (٢). الرابع: الحصر المستفاد من قوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٣). الخامس: الجملة المستثنى منها، يعنى قوله عز من قائل: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ». السادس: قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (٤). السابع: قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٥). الثامن: قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» (٦).

وأما بناءً على الإباحه فى مورد قصد الملك فمقتضى قاعده سلطنه المالك على ماله وأصاله بقاء هذه السلطنه حتى بعد حصول إباحه التصرف للآخر هو الجواز، وهذا الأصل حاكم على استصحاب بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالك.

أقول: إن أريد من الإباحه، الإباحه المالكه فقاعده سلطنه المالك أو استصحابها تكون حاكمه عليها، حيث إن معنى سلطنته عليها نفوذ رجوعه وعدم

ص: ٤٢٨

- ١- (١) عوالى اللئالى ١ : ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.
- ٣- (٣) سوره النساء: الآيه ٢٩.
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ٥، الباب الأول من أبواب التجاره، الحديث ٢.
- ٥- (٥) سوره المائده: الآيه ١.
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

وأما على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم لقاعده تسلط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنه المالك الثابته قبل المعاطاه، وهى حاكمه على أصاله بقاء الشرح:

رضاه بتصرف الآخرين فى ماله، إلا أن الإباحه المالكيه خارجه عن مفاد المعاطاه كما تقدم.

وإن أريد بها الإباحه الحكميّه التى قُبل بها باعتبار استمرار سيره المتشرع على التصرف فى المأخوذ بواسطتها فلا ينبغى الريب فى أنه لا مجال لاستصحاب هذه الإباحه، لا لكونها محكوماً بالدليل على سلطنه المالك أو باستصحابها، بل لأن مقتضى عموم الأمر بالوفاء بالعقد وحليه البيع والتجاره حصول الملك ولزوم المعاطاه من أول الأمر، غايه الأمر بناءً على الإباحه يرفع اليد عن مقتضاها بالالتزام بعدم حصول الملك بها من أول الأمر، نظير عدم ثبوت الملك فى بيع الصرف بمجرد البيع.

ويكتفى فى هذا الرفع وفى الالتزام بالإباحه قبل حصول الملك بالمتيقن، أخذاً فى غيره بالعموم أو الإطلاق، كما ذكرنا ذلك فى البحث عن دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص أو الأخذ بعموم العام، فتكون النتيجة أن مقتضى الأصل يعنى الوجوه المتقدمه لزوم المعاطاه فى مورد الشك، وكون الحاصل بها الملك اللازم، قلنا بالملك من أول الأمر بالإباحه، غايه الأمر لا تجرى بعض تلك الوجوه كاستصحاب الملك على القول بالإباحه. ولو أغمض عن ذلك وبنى على ما ذكره المصنف رحمه الله فى مسأله دوران الأمر بين استصحاب حكم الخاص أو الأخذ بعموم العام، من أنه لا يجوز العموم مع عدم كونه استغراقياً من حيث الزمان، حيث لا مجال للأخذ بقاعده سلطنه المالك أو استصحابها، بل اللازم استصحاب الإباحه.

والوجه فى عدم المجال أن الإباحه الحكميّه على تقدير كونها منافية لقاعده

الإباحه الثّابته قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها. إذا عرفت هذا فاعلم أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر .

الشرح:

السلطنه فقد وقع التخصيص والتقييد في عموم سلطنه المالك بحصول المعاطاه، فاللزام استصحاب هذه بالإباحه، بل بناءً على الملك لا يمكن أيضاً الأخذ بالوجوه الثمانيه المتقدّمه، فإن هذه الوجوه تنتفع فيما إذا شك في كون المعاطاه لازمه من الأول أو جايزه، وأما إذا ثبت جوازها ثم احتمل طرؤ الملزم كما في المقام، فاللزام على مسلكه رحمه الله استصحاب الجواز، ولا يعارضه استصحاب بقاء الملك الذي هو الوجه الأول من الوجوه الثمانيه، لحكومته استصحاب جواز المعامله عليه، كما لا يخفى.

نعم يمكن على مسلكه رحمه الله التمسك ببعض الوجوه المتقدّمه، كعموم: «لا يحل مال إمريّ مسلم» الحديث، وقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ» الآية، حيث إن الفسخ بعد تلف إحدى العينين مثلاً أكل وتملك لمال الغير فلا يحل ولا يصح.

نعم ذكر السيد الخوئي قدس سره (1) أن الثابت بالإجماع في المقام جواز فسخ المعاطاه بفعل خاص وذلك الفعل تراّد العينين، نظير الفسخ المعتبر في بيع الخيار فإنه كما أن الجايز في ذلك البيع هو الفسخ برّد الثمن كذلك المعتبر في المقام هو الفسخ بتراّد العينين، وبعد تلفهما أو تلف إحداهما لا يبقى لثبوت الجواز موضوع حتى يستصحب.

وفيه: أنّ المعتبر في المعاطاه هو الفسخ مطلقاً لا الفسخ بنحو خاص، ألا ترى أنّه إذا فسخ أحد المتعاطيين المعاطاه قولاً مع بقاء العينين ولم يسلم صاحبه المال إليه بعد الفسخ عصياناً فإنّه لا ينبغي الريب في انفساخ المعاطاه، وهذا شاهد قطعي على أنّ المعتبر هو نفس فسخ المعاطاه، غايه الأمر المتيقّن من الإجماع جواز الفسخ

ص: ٤٣٠

١- (١) مصباح الفقاهه ٢: ٢٣٥ ٢٣٦، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٠٢ ١٠٣.

أمّا على القول بالإباحة فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكة، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه، وتوهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء [١]

وأمّا على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم والتمتّق من مخالفتها جواز ترادّ العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع، ولم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى [٢] حتّى يستصحب بعد التّلف لأنّ ذلك الشّرح:

حال إمكان ترادّ العينين، وإذا شكّ في ثبوته في حاله أخرى كتلف إحدى العينين فيستصحب جواز الفسخ، كما في سائر موارد الاستصحاب.

والحاصل: أنّ استصحاب الجواز في المقام لا بأس به.

[١] في فرض تلف أحد المالين وفسخ مالك المال الآخر.

[٢] أقول: قد مرّ سابقاً أن جواز الرجوع في الهبة وجواز ترادّ العينين في المعاطاه بعينه فسُخِّ عقد الهبة أو المعاطاه، وأنه لا فرق بين جواز الفسخ فيهما وجواز الفسخ في موارد الخيارات، غاية الأمر جواز الفسخ فيهما حكميّ لا يسقط بالإسقاط، وجواز الفسخ في موارد الخيارات باعتبار كونه حقا قابل للإسقاط.

وبعبارة أخرى: إن كان الرجوع في الهبة، بمعنى استرداد العين الموهوبه مع إبقاء الهبة على حالها بحيث يكون تصرف الواجب في تلك العين بعد ذلك تصرفاً في مال المتهب، فهذا لا يلتزم به أحد، وإن كان مع إزاله الهبة بأن يكون استردادها بقصد إلغاء الهبة فهذا عين الفسخ. وعلى ذلك فلو كان الموجود في المعاطاه الملك غير اللازم فمعناه جواز فسخ المعاطاه، فاستصحاب هذا الجواز بعد تلف أحد العينين أو كليهما كاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، وهذا يعني استصحاب جواز الفسخ مبنى على مسلكه، فإنه عليه لا يكون في المقام مجال للتمسك بعمومات لزوم الملك ومطلقاته؛ لورود التخصيص أو التقييد عليها ولم يبق

الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقاءه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبه فلا- يبقى بعد التلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع الترادّ لا مطلق الرجوع الثابت في الهبه.

هذا، مع أنّ الشكّ في أنّ متعلّق الجواز، هل هو أصل المعامله أو الرجوع في العين أو ترادّ العينين؟ يمنع من استصحابه فإنّ المتيقّن تعلّقه بالتراّد، إذ لا- دليل في مقابله أصاله اللزوم على ثبوت مزيد من جواز ترادّ العينين الذي لا يتحقّق إلاّ مع بقائهما. ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحه فقد استوجه بعض مشايخنا [١] وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك أصاله عدم اللزوم، لأصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده وملكه لها.

الشرح:

في البين من مقتضى اللزوم إلاّ استصحاب بقاء الملك، ومن الظاهر أنّ استصحاب بقاء جواز الفسخ حاكم عليه.

[١] وحاصله أنّ استصحاب بقاء سلطنه المالك على العين الموجوده مقتضاه عدم لزوم الملك، بل عدم حدوثه.

وفيه: أنّ هذا الاستصحاب معارض بأصاله عدم اشتغال ذمه مالك العين الباقيه بمثل التالف أو قيمته.

لا يقال: يمكن إثبات اشتغال ذمته بقاعده اليد (١) فتكون نتيجة الجمع بين حديث: «على اليد» وأصاله بقاء سلطنته على العين الباقيه عدم لزوم الإباحه وعدم حدوث الملك، فإنه يقال مقتضى قاعده اليد ضمان مال الغير مطلقا لا معلقا على

ص: ٤٣٢

١- (١) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

وفيه: أنّها معارضة بأصله براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته والتمسك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه ولم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

الشرح:

مشيه الضامن واختياره فسخ المعامله التي قد جرت بين العين التالفه وبين الباقيه، كما هو المطلوب في المقام.

ثم أجاب رحمه الله عن معارضة استصحاب بقاء السلطنه مع أصاله براءة ذمه مالك العين الباقيه بوجوه ثلاثه.

الأول: أنّ استصحاب براءة ذمته محكوم باستصحاب بقاء السلطنه.

الثاني: أصاله براءة الذمه غير جاريه في نفسها للعلم الإجمالي بضمانه التالف، إما ببدله الواقعي، يعني المثل، أو القيمه أو ببدله الجعلي، يعني العين الباقيه، ولا يجري الأصل في أطراف العلم الإجمالي.

الثالث: أنّ ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه مقتضى سلطنه الناس على أموالهم، سلطنه المالك على ماله الموجود بأخذه، وعلى ماله التالف في يد الغير بأخذ بدله، واستصحاب هذه السلطنه يكون حاكماً على أصاله براءة ذمه من تلف مال الغير في يده.

أقول: لا- يمكن المساعده على هذا الوجه، أي الثالث، فإنّ سلطنه المالك على ماله عباره عن ولايته على التصرف فيه ونفوذ ذلك التصرف، وعدم ضمان الآخر بماله لا يكون منافياً لسلطنته.

ألا ترى أنّ الودعي مثلاً لا يضمن الوديعة ولا يكون عدم ضمانه تخصيصاً في دليل سلطنه المالك، وإلاّ لزم القول بالضمان ولو مع فرض تلف المالكين حتى على الإباحه أخذاً بدليل السلطنه في حق كل واحد من المتعاطيين بالإضافة إلى ماله

ص: ٤٣٣

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنَّ أصاله بقاء السِّلطنة حاكمه على أصاله عدم الضَّمان بالمثل أو القيمه مع أنَّ ضمان التَّالف ببدله معلوم، إلَّا- أنَّ الكلام في أنَّ البديل هو البديل الحقيقي، أعنى المثل أو القيمه أو البديل الجعلى أعنى العين الموجوده فلا أصل. هذا، مضافاً الى ما قد يقال: من أنَّ عموم «النَّاس مسلَّطون على أموالهم» يدلُّ على السِّلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التَّالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمه فتدبّر. ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمّه [١] أحد الشَّرح:

التالف في يد صاحبه، وكذا لا- يمكن المساعدة على الوجه الأول، وذلك فإن الاستصحاب في سلطنه المالك على العين الموجوده عبارته أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضاً عن التالف، وأتته لم يدخل في ملك الطرف الآخر فالمعارضه بينه وبين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الآخر بمثل التالف أو قيمته بحالها.

وإن شئت قلت: لا- تجرى أصاله بقاء السلطنة في حق من كان مالكا للعين الموجوده لعلمه إجمالاً بكونه مكلفاً إما بدفع تلك العين إلى صاحبه وعدم جواز إمساكها عليه، وإما بدفع البديل الواقعي للتالف إلى ذلك الطرف، وأصاله بقاء سلطنته على العين وعدم وجوب دفعها أو عدم حرمه إمساكها لا يكون حاكماً على أصاله براءة ذمته عن البديل الواقعي، فإن المعيار في الحكومه أن يكون أحد المجريين موضوعاً والآخر حكماً له، وبقاء ملكه وسلطانه على العين الموجوده ليس موضوعاً لاشتغال ذمته بالبديل الواقعي للمال التالف.

[١] والصحيح أن يقال: إنه إذا كان أحد المالكين ديناً بذمه أحد المتعاطيين يحكم من الأول بالملك اللازم مطلقاً، ولو على القول بالإباحه، وهذا على القول بالملك ظاهر، لأصاله اللزوم بعد عدم إحراز ما تقدم في وجه جواز الملك، وهو

المتعاطيين فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه، والظاهر أنه في حكم التلف، لأن الساقط لا يعود ويحتمل العود وهو ضعيف. والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم. ولو نقل العينان أو إحداهما [١] بعقد لازم فهو الشرح:

الإجماع في مثل المقام حيث إن نتيجة التملك بعوض سقوط ما على العهده، ولسنا ندعى أن الساقط عن العهده لا يمكن عوده إليها كما قيل، لأن عود ما على الذمه إليها في بعض الموارد شاهد قطعي لإمكانه.

كما إذا باع المديون لآخر بعشره دنانير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشره وخياطه ثوبه المعين فأخذ المشتري المتاع وسلم الألف وأبرأه عن العشره ولكن امتنع عن خياطه الثوب، فإنه لا ينبغي الريب في أن للبائع خيار تخلف الشرط، وإذا فسخ تعود العشره إلى ذمته وهذا عود بعد السقوط.

والحاصل: أنه لا يمكن قياس عود المال إلى الذمه بعود الشيء الخارجى بعد صيرورته معدوما ويقال بأن الشيء لو كان عوده بشخصه الأول لزم تخلل العدم في الوجود الواحد، ولو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأول.

والوجه في الفرق أن ثبوت المال على الذمه اعتبار يتعلق بالطبيعي ويمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه وبين الطبيعي الأول مئز أصلاً.

وأما على القول بالإباحه، فإن الإباحه تثبت في المعاطاه بالإجماع والسيره، ومن الظاهر أن الإباحه في مقابل الملك لا معنى لها في المقام، فيكون الإجماع والسيره في سائر الموارد ويثبت الملك في المورد من الأول، كما هو مقتضى حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

[١] يعنى أن انتقال كلا المالين أو أحدهما بعقد لازم من طرف الناقل موجب للزوم المعاطاه، وهذا على تقدير بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم إمكان التراد

كالتلف على القول بالملك لامتناع التراد، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقله. ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب، وعدمه، لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان. أجمدهما ذلك، إذ لم يثبت في مقابله أصاله اللزوم جواز التراد بقول مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب. وكذا على القول بالإباحة، لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصاله بقاء سلطنه المالك الأول المقطوع بانتفائها.

الشرح:

على القول بالملك وانتهاء الإباحة وصيروره المال ملكا للمتصرف عند العقد اللازم على مسلك الإباحة.

نعم لو عاد المال إلى الناقل بفسخ العقد اللازم بالإقاله أو بالفسخ من الطرف الآخر للخيار الثابت له فيمكن الالتزام بجواز التراد أخذا باستصحابه.

لا- يقال: لا- مجال لاستصحابه، للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسخ العقد اللازم، والجواز على تقديره فعلاً حكم آخر لم يعلم حدوثه، فإنه يقال: المستصحب جواز التراد وضعا، أى نفوذ التراد وصحته، وعدم إمكان التراد قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز.

ثم إنه رحمه الله ناقش في هذا الاستصحاب بأنه لا بد من الاقتصار على المتيقن في جواز التراد والرجوع في غيره بأصاله اللزوم، لعدم إحراز موضوع جواز التراد ليستصحب، وذكر أنه لا يجوز التراد بعد فسخ العقد اللازم حتى على القول بالإباحة، وذلك فإن العقد اللازم بحدوثه كاشف عن دخول المال في ملك المباح له وبعد

ص: ٤٣٦

نعم، لو قلنا بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعده السِّلْطَنَة جواز الترادُّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول أو عائداً إليه بفسخ.

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحه التصرف والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعه فى الأمر الرابع.

الشرح:

فسخه يرجع المال إلى مالكة، لا إلى ملك المبيح، ومقتضى دليل السلطنة نفوذ تصرفات المباح له لا المبيح، وليس فى هذا الفرض حاله سابقه لجواز التراد لىستصحب، بل الثابت سابقا هى الإباحه المنقطعه عند حدوث العقد اللازم.

نعم يتصور جواز التراد على الإباحه بالالتزام بأحد أمرين.

أحدهما: القول بأن العقد اللازم الحادث بحدوثه وبقائه كاشف عن حصول الملك للمباح له وبارتفاع العقد اللازم يرجع المال إلى ما كان عليه قبل العقد اللازم، فىكون ملكا للمبيح ومباحا للمباح له.

والأمر الثانى: أن يقال: العقد اللازم لا يتوقف على حصول الملك للمتصرف، لجواز كون الثمن فى العقد اللازم ملكا للمتصرف مع خروج المثلث عن ملك المبيح، ولكن قد مرّ عدم إمكان ذلك وأنه خلاف مقتضى المعاوضه، كما لا يمكن الأمر الأول أيضا فإن العقد اللازم لا يبطل بالفسخ من أصله حتى لا يكون كاشفا عن حصول الملك للمباح له، بل الانفساخ يقع من حين الفسخ وصحته إلى زمان الفسخ لا تكون إلا مع حصول الملك للمباح له قبل العقد، وعلى ذلك فبفسخ العقد فيما بعد يرجع ملك المال إليه لا إلى المبيح.

ص: ٤٣٧

لكن الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. ولو كان الناقل عقدا جائزا [١] لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب، وكذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفه عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن الشرح:

[١] يعنى لو انتقل أحد المالكين بنقل جائز تكون المعاطاه لازمه ولا يجوز للمالك الفعلى للعين الموجوده الزام المتصرف بفسخ النقل الجائز، والوجه في ذلك أن التراد غير متحقق، أى غير ممكن ممن يملك العين الباقية فإنه عباره عن رد المال على مالكة الأصلى واسترجاع ما كان ملكا له منه، والمفروض ان المال بعد النقل الجائز غير باق في ملك صاحبه حتى يسترجع منه. نعم لصاحبه فسخ النقل الجائز وبفسخه يتمكن مالك العين الباقية على التراد ولكن تمكينه من ذلك غير واجب على صاحبه.

هذا بناءً على الملك في المعاطاه، وأما بناءً على الإباحة فالنقل الجائز ملزم لها من الجانبين، لأن النقل الجائز كاشف عن انتهاء ملك المبيح وحصوله للمباح له قبل تصرفه في المال بالنقل الجائز.

نعم لو كان النقل الجائز من الهبه مجاناً بأن لا تكون معاوضه فيمكن القول بأن تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له، بل تصرفه أى بالهبه يقع عن المبيح فهو الواهب حقيقه فيثبت في حقه جواز الرجوع في الهبه وجواز التراد في المعاطاه، على تقدير بقاء المال الآخر في يده أو رجوعه إلى يده من غير صيرورته ملكا له في زمان، فإنه لو صار ملكا له في زمان، فلازمه انتهاء ملكه وسلطانه على المال الآخر كانه انتهاء ملك صاحبه على المال الذى بيده.

سبق الملك إذ لا- عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد وانتقال المعوض إلى الآخر بل الهبه ناقله للملك عن ملك المالك إلى المتَّهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبه إلى المالك لا الواهب اتَّجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى، أو عودها إلى مالکها بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التَّلف. ولو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأوَّل [١] على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته وسائر تصرّفاتة الناقله. ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير إشكال. وينعكس الحكم إشكالا ووضوحاً على القول بالإباحه ولكلّ منهما ردّه قبل إجازته الآخر [٢]

ولو رجع الأوَّل فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفه لغى الرجوع، الشرح:

[١] فإنّ إجازة المالك الأول كبيعته المال مباشره في كونها فسحا للمعاطه فيكون المقام نظير بيع ذى الخيار ما انتقل عنه في الالتزام بحصول الملك له أنا ما قبل البيع الثاني، ولو أجاز المالك الثاني الذى انتقل المال إليه بالمعاطه تكون إجازته كبيعته مباشره ملزمه نافذه بلا إشكال، باعتبار كون المال ملكه.

وأما إجازة المباح له ففيها إشكال الالتزام بالملك أنا ما قبل إجازته فتكون الإجازة على مسلك الإباحه في جهتي الإشكال وعدمه عكس مسلك الملك المترزل.

[٢] فلا بد من كون ردّ المالك الأول بناءً على مسلك الملك في المعاطه بقصد الرجوع فيها وحينئذ يكون ردّه نافذاً أو مبطلاً للمعاطه أيضا فلا- يبقى مجال لإجازة الثاني إلا بناءً على كون الإجازة كاشفه عن انتقال المال إلى المشتري من الفضولى، وأن رجوع المالك الأول واقعا كان بعد هذا الانتقال.

ولكن الصحيح فساد هذه الإجازة، لأن شرط صحه الإجازة ونفوذها كون المجيز مالكا للمال مع قطع النظر عن إجازته وليس هنا كذلك، لرجوع المال إلى مالكة

ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ ويلغى الإجازة و إن جعلناها ناقله لغت الإجازة قطعاً. ولو امتزجت العينان [١] أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لا متناع الترادّ ويحتمل الشّركه وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به.

الشرح:

الأول لولا إجازته.

[١] على تقدير الملك في المعاطاه يحكم بلزومها بالامتزاج بناءً على عدم جريان الاستصحاب في جواز التراد في مقابل أصله اللزوم في الملك كما تقدم، وبناءً على مسلك الإباحه يجرى استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأول، وبهذا يحرز موضوع الشركه وهو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم إمكان تمييزهما عرفاً.

نعم لو كان الامتزاج موجبا لصدق التلف كما في خلط العسل القليل بالبن، فيدخل الفرض في تلف المال حتى على مسلك الإباحه.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين المسلكين وأنّ الامتزاج موجب للزوم المعاطاه حتى على القول بالإباحه، أخذاً بأصله نفوذ البيع ولزومه إلّا في المقدار المتيقن وهو المال قبل الامتزاج، كما أنّ مقتضاها عدم الفرق في ذلك بين الامتزاج والتصرف المغيّر للصوره.

ثم إنّه قد ظهر مما ذكرنا أنّه لا مجال للمناقشه في لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطيين، فإنه لا دليل لرفع اليد عن صحه البيع ولزومه إلّا في المقدار المتيقن، سواء على القول بالملك أو الإباحه، ولكن ظاهر كلام المصنف رحمه الله هو التفصيل بين القولين، وأنّها تلزم على القول بالملك، حيث إنّ جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين

نعم، لو كان المزج مُلحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلّف. ولو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصّوره كطحن الحنطه، وفصل الثوب فلا- لزوم على القول بالإباحه وعلى القول بالملك. ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز الترادّ ومنشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ أو حقيقيٌّ.

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللّازمه حتّى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعامله بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه، وعلى القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام بحيث ينافى الحكم فيه بالرّضا الباطنى بحيث لو علم كراهه المالك باطناً لم يجر له التصرّف، فلو مات أحد المالكين لم يجر لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، ولا- يجرى الاستصحاب. ولو جُنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

الشرح:

حكّمى، نظير جواز الرجوع في الهبه، ولذا لا تلزم المعاطاه من الابتداء باشتراط لزومها.

والحاصل: أنّ الجواز الحقيّ كالخيار يمكن القول فيه بالإرث، لأنّه من الحق الذى يتركه الميت لا- الجواز الحكّمى فإنّه تابع لثبوت موضوعه فقط، ولكن المال على القول بالإباحه ينتقل إلى الورثه فيكون رجوع الورثه في المعاطاه باعتبار أنّ المال ملكهم، فيكون رجوعهم نظير رجوع من قدم الطعام إلى الغير فى كون بقاء الإباحه له دايرا مدار بقاء رضاه.

أقول: قد تقدّم أنّ الإباحه على القول بها إباحه حكّميه لا مالكيه، والإباحه الحكّميه تدور مدار بقاء موضوعها فقط، وذكرنا أنّ الثابت منها فى مقابل العموم أو

[الأمر] السابع: أنّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك^[١] وجهين في صيروره المعاطاه بيعاً بعد التّلف أو معاوضه مستقله.

قال: يحتمل الأوّل، لأنّ المعاوضات محصوره وليست إحداها، وكونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل.

ويحتمل الثاني، لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التّلف؟ وتظهر الفائده في ترتّب الأحكام المختصّه بالبيع عليها، كخيار

الشرح:

الإطلاق المقتضى لحصول الملك اللازم بالمعاطاه مقدار اليقين، وهو مالم يقع موت أحد المتعاطيين كما لا يخفى.

[١] تعرض الشهيد الثاني رحمه الله (١) لكون المعاطاه بعد لزومها بيعاً أو معاوضه مستقله، وذكر لكل منهما وجهاً، فوجه كونها بيعاً أنّ سائر المعاوضات محصوره وليست المعاطاه منها، وكون المعاطاه معاوضه مستقله في مقابل تلك المعاوضات لا يساعد الدليل عليها، فيتعين دخولها في عنوان البيع. ووجه كونها معاوضه مستقله أنّ المعاطاه حين حدوثها لم تكن بيعاً ولا موجب لدخولها في عنوان البيع بعد ذلك.

وقال رحمه الله: وتظهر ثمره ذلك في ترتّب آثار البيع بعد لزومها، فعلى الوجه الأوّل تترتب عليها تلك الآثار، كخيار الحيوان حيث إنّ هذا الخيار حكم لشراء الحيوان، ثم على تقدير ثبوت هذا الخيار فهل الثلاثه أيام من حين المعاطاه أو من حين لزومها، فيه تردد.

ويرد على الأوّل أنّ المعاطاه ليست بيعاً حين حدوثها فكيف يثبت خيار الحيوان من ذلك الحين، وعلى ثبوته بعد لزومها بأنّ التصرف أو التلف لا يكون بيعاً، اللهم إلا أن يلتزم بحدوث خيار الحيوان من حين التلف أو التصرف باعتبار أن

ص: ٤٤٢

الحيوان، لو كان التّألف الثّمّن أو بعضه. وعلى تقدير ثبوته، فهل الثّلاثه من حين المعاطاه، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، ويشكل الأوّل بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، والثّانى بأنّ التصرّف ليس معاوضه بنفسها، اللهمّ إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السبب والتّلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمه، و إنّما يتمّ على قول المفيد ومن تبعه، وأمّا خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ، انتهى.

الشرح:

المعاطاه مع التصرف أو التلف تكون بيعاً تاماً، فالمعاطاه جزء السبب المملّك، لاتمامه.

وذكر رحمه الله في آخر كلامه: أنّ الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاه لا- من حينها ولا- من حين لزومها، كخيار المجلس، ونظره رحمه الله أنّ أدلّه خيارى الحيوان والمجلس ظاهرهما ثبوتهما في بيع يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازماً والمعاطاه ليست كذلك، إلّا على قول المفيد^(١). ومن تبعه القائلين بأنّ المعاطاه كالبيع العقدى لازمه من الأول.

نعم يثبت في المعاطاه خيار العيب والغبن، سواء قلنا بأنها عند لزومها بيع أو معاوضه مستقله؛ لأنّ الدليل على ثبوتها قاعده نفى الضرر الجارىه فيها، سواء قيل بأنها عند لزومها بيع أم لا، ولذا يثبتان في سائر المعاوضات.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ هذا الكلام من «المسالك»، أى كون المعاطاه بعد لزومها بيعاً أو معاوضه مستقله، متفرع على القول بالإباحه، وأمّا بناءً على مسلك الملك الجائر فلا مجال لهذا الكلام، فإنّ المحقق الثّانى صرّح بأنّ المعاطاه بيع غير لازم ويكون الملك الحاصل بها لازماً بحدوث أحد الأمور المتقدّمه، وعلى هذا المسلك

ص: ٤٤٣

١- (١) نقله عنه المحقق الثّانى في حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، ونسبه في جامع المقاصد (٤: ٥٨) إلى ظاهر عباره المفيد، ونحوه في مجمع الفائده ٨: ١٤٢.

والظاهر أنّ هذا تفريع على القول بالإباحة فى المعاطاه، وأمّا على القول بكونها مفيده للملك المتزلزل، فىلغى الكلام فى كونها معاوضه مستقله أو بيعاً متزلزلاً- قبل اللزوم، حتّى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ الظاهر أنّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال فى ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثّانى فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فىلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوتة للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدّم أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

الشرح:

يترتب على المعاطاه من حين حدوثها جميع الأحكام المترتبة على البيع، غير الأثر الذى يكون مترتباً على البيع اللازم، أى على كون البيع لازماً لولا- الخيار، فإن هذا الأثر لا يترتب على المعاطاه، لأن عدم لزومها ليست باعتبار كونها بيعاً خيارياً، بل عدم اللزوم فيها كما فى الهبة حكماً.

ثم إنّه اختار المصنف رحمه الله على مسلك الإباحة الاحتمال الأول، وهو صيرورتها بعد لزومها بيعاً، وذكر فى وجهه ما تقدم سابقاً من كون المعاطاه بيعاً عرفياً، غايه الأمر حصول أحد الملزمات المتقدمه، نظير التقابض فى بيع الصرف شرط لحصول الملك وقبل حصول أحدها يكون مال كل منهما مباحاً للآخر بإباحه حكميه، وعلى ذلك فىترتب على المعاطاه أحكام البيع غير الآثار المترتبة على البيع الحادث صحيحاً.

أقول: لازم توجيه الإباحه واشتراط حصول الملك ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتى الآثار المترتبة على البيع الواقع صحيحاً، فإن المعاطاه بيع صحيح عند حصول الملك، ولا فرق بينهما وبين الصرف عند حصول التقابض، وكما تترتب تلك الآثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاه بعد لزومها.

وأيضاً ظاهر كلامه رحمه الله كما ذكرنا أن كون الشئ ملزماً للمعاطاه على الإباحه

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، وبعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليبه بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر. والمحكي عن حواشي الشَّهيد [١]: أن المعاطاه معاوضه مستقله جائزه أو لازمه.

والظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة وكونها معاوضه قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضه لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن يقول بالإباحه اللازمه، فافهم.

[الأمر] الثامن: لا إشكال في تحقّق المعاطاه المصطلحه التي هي معركه الآراء بين الخاصه والعامه بما إذا تحقّق إنشاء التملك أو الإباحه بالفعل، وهو قبض العينين. أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قويناه سابقاً بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمه على اللفظ فلا إشكال في صيروره المعامله بذلك عقداً لازماً. وإن قلنا بمقاله المشهور من اعتبار أمور زائده على اللفظ، فهل يرجع ذلك لإنشاء القولي إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق به مطلقاً؟

الشرح:

مساوق لتمام البيع به، فيترتب عليها أحكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم، ولكن قد ذكر فيما تقدم (في صورته تلف العينين) كون الإباحه لازمه، بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، وظاهر ذلك عدم انتقال المالكين إلى الطرفين بتلفهما فراجع.

[١] يمكن أن يتوهم أن ما ذكره المصنف رحمه الله من أن المعاطاه على تقدير القول بحصول الملك بها بيع بلا خلاف، وأن الكلام في كونها بيعاً أو معاوضه مستقله مبني

تنبيهات المعاطاه العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاه أم لا؟

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاه، فالإنشاء القولى السابق كالعدم، لا عبره به ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولى السابق، نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين: الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيتين. قال المحقق فى صيغ عقود على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبره فى الصيغه: إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، وعلم التراضى منهما كان معاطاه، انتهى.

وفى الرّوضه فى مقام عدم كفايه الإشاره مع القدره على النّطق: أنها تفيد المعاطاه مع الإفهام الصّريح، انتهى.

الشرح:

على أنّ مسلك الإباحه ينافى ما حكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد^(١)، حيث ذكر فيها بأن المعاطاه معاوضه مستقله أو جايزه.

ووجه المنافاه أنه لو قيل بلزوم المعاوضه فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول، مع عدم كونها بيعاً، وكأنه رحمه الله دفع الوهم بأن كلام الشهيد رحمه الله مبنى على مسلكه فى المعاطاه وهى الالتزام بالإباحه، والمعاوضه فى كلامه معاوضه فى الإباحه لا الملك واللزوم، وهذه الإباحه باعتبار معاوضتها لا تقتضى حدوث الملك.

أقول: المعاوضه فى الإباحه تلازم حصول الملك بالمعاطاه فإنه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث أحد الملزمات، فإن تصرف المباح له فى مال صاحبه يتوقف على كونه مالكا ولا يتم إلاّ بحصول الملك له، وإذا قلنا إنها لازمه من ابتداء الأمر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول، والحاصل هناك فرق بين الإباحه المالكيه

ص: ٤٤٦

١- (١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٥٨ .

وظاهر الكلامين: صورته وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره. وظاهر تصريح جماعه منهم المحقق والعلامة: بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير، لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهه مجرّد اختلال شروط الصّيغه كما ربّما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصّيغه، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين وإمّا ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر [١].

وكيف كان فالصّوره الأولى داخله قطعاً، ولا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاه. وربّما يجمع بين هذا الكلام [٢] وما تقدّم من الشرح:

والشرعيه، فإن لزوم الأول من الابتداء لا يلازم الملك، بخلاف الثانيه كما لا يخفى.

[١] ووجه الظهور عدم تقييد الفاسد فى كلامهم بما إذا كان الفساد من جهه اختلال شروط الصيغه.

[٢] وحاصل الجمع (١) أنّ عدم جواز التصرّف فى المقبوض بالعقد الفاسد وضمانه يكون فى فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكاً له بالعقد، وعلى ذلك فلا يجوز لكل منهما التصرّف بمال الآخر ويكون ضماناً للمال، لأنّ جواز تصرفه إمّا باعتبار الملك والمفروض عدم حصوله، وإمّا باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكاً له والمفروض انتفاء هذا الرضا. وأما جواز التصرف وجريان حكم المعاطاه على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون فى فرضين.

أحدهما: ما إذا علما فساد العقد وعدم صيروره المال بالعوض ملكاً للآخر بالعقد ومع ذلك كان رضاهما بالملك باقياً إلى أن حصل القبض.

والثانى: كون كل منهما راضياً بتصرّف الآخر على كل تقدير سواء وقع العقد

ص: ٤٤٧

١- (١) الجامع هو السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٦٨ .

المحقق والشَّهيد الثَّانِينَ، فيقال: إنَّ موضوع المسأله في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرّضا إلا بزعم صحّه المعامله، فإذا انتفت الصحّه انتفى الإذن، لترتبه على زعم الصحّه، فكان التصرّف تصرّفًا بغير إذن وأكلًا للمال بالباطل، لانحصار وجه الحيل في كون المعامله بيعاً أو تجاره عن تراض أو هبه، أو نحوها من وجوه الرّضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الشرح:

صحيحاً أو فاسداً فيكون تصرف الآخر في فرض صحته بما هو مالك وفي عدم صحته بما هو مأذون، ولكن المصنف رحمه الله لم يرتض بهذا الجمع وذكر أنه لا- يمكن حمل كلام المحقق والشَّهيدين الثَّانِينَ (1) على الفرضين، وذلك فإنَّ المفروض في كلامهما حصول إنشاء واحد وتمليك واحد وهو العقد الفاسد وكان تراضى المالين بذلك العقد والتمليك، وإذا فرض عدم حصول الملك وعدم تماميه العقد فلا يبقى الإذن والرضا المتعلق به، ولو فرض رضاها بالملك مع الإغماض عن ذلك العقد بحيث حصل منهما إنشاء آخر بالقبض والإقباض، كان خارجاً عن كلامهما فإنَّ كلامهما في حصول المعاطاه بنفس ذلك العقد.

وكذا لا يصح حمل كلامهما على التراضى الجديد، بأن لا يحصل منهما إنشاء آخر بالقبض والإقباض ويكونا راضيين بالتصرّف حتى مع الإغماض عن العقد الفاسد، والوجه في عدم الصحه يرجع إلى أولاً: أنّ التراضى كذلك يكون من العالم بفساد العقد وكلام المحقق والشَّهيدين الثَّانِينَ مطلق. وثانياً: أنه لو كان الرضا بتصرف الآخر من دون قصد الملك والمعاوضه فلا تكون هذه معاطاه، بل إباحه مالهيه تبقى مادام العلم بالرضا ولا- يكفى فيها عدم العلم بالرجوع ولا يترتب عليه أثر المعاطاه من حصول الملك بتلف إحدى العينين أو جواز التصرف إلى إحراز الرجوع، وإن كان

ص: ٤٤٨

الفرض، وكذا البواقي، للقطع من جهة زعمهما صحه المعامله بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شىء فى المقابل، فالرضا المقدم كالعدم. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضاهما فلا كلام فى صحه المعامله، ورجعت إلى المعاطاه، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجه اتفق، سواء صححت المعامله أم فسدت، فإن ذلك ليس من البيع الفاسد فى شىء، انتهى.

أقول: المفروض أن الصيغه الفاقده لبعض الشرائط لا- تتضمن إلا- إنشاءً واحداً هو التملك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فى ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك، والموجود بعده إن كان إنشاءً آخر فى ضمن التقبض خرج عن محل الكلام، لأن المعاطاه حينئذ إنما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانين حصول المعاوضه والمراضاه بنفس الإشاره المفهمه بقصد البيع وبنفس الصيغه الخاليه عن الشرائط، لا بالتقبض الحاصل بعدهما.

الشرح:

الرضا بعنوان المعاوضه بين المالكين فى الملك فهذا هو الرضا بالملك فى العقد السابق وليس أمراً حادثاً، والمفروض عدم كونه مؤثراً فى حصول الملك بمجرد أو مع العقد المزبور.

أقول: التراضى الجديد بمعنى مجرد رضاه بتصرف الآخر فى ملكه، وأن لا يكون معاطاه فلا يجوز به إلا التصرف غير الموقوف على الملك؛ لأن التراضى المزبور إباحه مالكيه، إلا أنه يكفى فى بقائها الاستصحاب، وما ذكره رحمه الله من أن جواز التصرف يبقى مادام العلم بالرضا ولا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع غير صحيح.

وبتعبير آخر: قد لا يحرز تعلق الرضا من الأول بهذا التصرف الذى يريده الآخر

ومنه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاطاه بتراضٍ جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

ثم إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أنّ كلام الجميع مطلق يرد عليه: أنّ هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاطاه، بل كلّ منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظه رضا صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاه، بل هي إباحه مجانيه من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاطاه: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع، وإن كان على وجه المعاطاه فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكيه كلّ منهما لمالك الآخر، وليس تراضياً جديداً، بناءً على أنّ المقصود بالمعاطاه التملك كما عرفته من كلام المشهور خصوصاً المحقق الثاني فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: «إنّ الصّيغه الفاقده للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاه» التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضه.

وتفصيل الكلام: أنّ المتعاملين بالعقد الفاقدين لبعض الشرائط: إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضا من كلّ منهما في تصرف الآخر، بل حصل قهراً عليهما، أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

وكذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلّ منهما على ملكيه الآخر اعتقاداً أو تشريعاً كما في كلّ قبض وقع على هذا الوجه، لأنّ حيثه كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه جهه تقييده مأخوذه في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع،

كما في نظائره.

وهذان الوجهان ممّا لا- إشكال فيه في حرمه التصرّف في العوضين، كما أنّه لا- إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد وتقابضا بقصد إنشاء التّمليك ليكون معاطاه صحيحه عقيب عقد فاسد. وأمّا إن وقع الرّضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السّابق ولا قصد لإنشاء التّمليك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكيه الحاصله، بحيث لولاها لكان الرّضا أيضاً موجوداً، وكان المقصود الأصلي من المعامله التصرّف، وأوقعا العقد الفاسد وسيله له ويكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التّمليك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً فإدخال هذا في المعاطاه يتوقّف على أمرين:

الأوّل: كفايه هذا الرضا المركوز في النّفس، بل الرّضا الشّأنى، لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفايه ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا، ولعلّه لصدق طيب النّفس على هذا الأمر المركوز في النّفس.

الثانى: أنّه لا يشترط في المعاطاه إنشاء الإباحه أو التّمليك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر، والرّضا بالتصرّف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

وفيه إشكال: من أنّ ظاهر محل النزاع بين العامّه والخاصّه هو العقد الفعلى كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله في ردّ كفايه المعاطاه في البيع: إنّ الأفعال قاصره عن إفاده المقاصد، وكذا استدلال المحقّق الثّانى على عدم لزومها: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحه الدّلاله.

وكذا ما تقدّم من الشّهيد رحمه الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاه لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحه، إلى غير ذلك من كلماتهم الظّاهره في أنّ محلّ

الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامه، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطى.

ومن أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطى فى كلماتهم لمجرد الدّلاله على الرّضا، وأنّ عمده الدليل على ذلك هى السيره، ولذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، والسيره موجوده فى المقام أيضاً فإنّ بناء الثّاس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس فى الموضع المعدّ له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس فى كوز الحمامى.

فالمعيار فى المعاطاه: وصول المالىن أو أحدهما مع التراضى بالتصرّف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحه [١]

الشرح:

ففى مثل ذلك لا مورد للاستصحاب باعتبار كون الرضا بالتصرف انحلالياً، وهذا الفرد من التصرف لم يحرز تعلق الرضا به من الأول وقد يعلم أنه كان راضياً بهذا التصرف ويحتمل الآن حصول البداء ورجوعه عن رضاه، وهذا مورد الاستصحاب.

[١] أقول: الإباحه فى المعاطاه ليست مالكيه، بل هى حكميه ويكون قصد المتعاطيين الملك لا- الترخيص للآخر فى ماله، والملك المنشأ فى المعاطاه بناءً على الإباحه لا يكون ممضى إلاّ بعد حصول الملزمات المتقدمه، وعلى ذلك فكيف يمكن تحقق الملك بدون الإنشاء قولاً أو فعلاً.

وأما مسأله أخذ الماء ووضع الفلوس فى داخل السقاء وأخذ البقل ووضع الفلوس فى المكان المعدّ له، فقد ذكرنا فيهما فى الأمر الثانى، فراجع.

ص: ٤٥٢

حرمه الكذب ... ٥

الأخبار الداله على حرمه الكذب ... ٦

أقسام الوعد وحكمها ... ١١

الكذب فى الهزل ... ١٤

التوريه وحكمها ... ١٦

مجوزات الكذب ... ٢٣

الكهانه وحكمها ... ٣٨

حرمه اللهو ... ٤٤

حرمه مدح من لا يستحق المدح ... ٥٠

حرمه معونه الظالمين ... ٥١

حرمه النجش ... ٥٩

حرمه النميمة ... ٦٠

النوح الباطل ... ٦٣

التولى عن الجائر ... ٦٥

مجوزات الدخول فى الولايه عن الجائر ... ٦٩

ما يلازم الإباحه بالإكراه ... ٨٢

تحقق الإكراه ... ٩٠

الإكراه على قبول الولايه ... ٩٦

الإكراه على القتل ... ١٠٠

الولاية من قبل الجائر ١٠٦٠٠٠

هجاء المؤمن ١١٢٠٠٠

ص: ٤٥٣

هجر المؤمن ... ١١٤

أخذ الأجره على الواجب ... ١١٥

أخذ الأجره على الواجب الأمر الأول ... ١١٧

أخذ الأجره على العباده ... ١١٩

أخذ الأجره على الواجب بالأمر الثانى ... ١٢٥

أخذ الأجره على الواجبات [الأمر الثالث] ... ١٢٧

أخذ الأجره على الصناعات الواجبه ... ١٣٥

أخذ المرأه الأجره على إرضاعها ... ١٤١

أخذ الأجره على المستحبات ... ١٤٢

طواف الأجير حال إطفاه الغير ... ١٤٧

أخذ الأجره على الأذان والإقامه ... ١٥١

أخذ الأجره على الإمامه ... ١٥٤

أخذ الأجره على الشهاده وأدائها ... ١٥٥

الواجبات والمستحبات التى لا يجوز أخذ الأجره عليها يجوز ارتزاق مؤديها من بيت المال ... ١٥٧

حكم بيع المصحف ... ١٥٩

بيع المصحف من الكافر ... ١٦٧

بيع الدراهم من الكافر ... ١٦٩

جوائز الجائر وعماله ... ١٧٠

عدم العلم تفصيلاً ولا إجمالاً بوجود الحرام فى أموال الجائر وعماله ... ١٧٠

العلم الإجمالى بالحرام فى أموال الجائر وعماله ... ١٧٢

العلم تفصيلاً بحرمة المأخوذ من الجائر وعماله ... ١٩٠

ضمان ما تلف بيده ... ١٩٣

لزوم الردّ إلى المالك ... ١٩٦

الواجب في الرد وجوب الإقباض ... ١٩٧

وجوب الفحص عن المالك ... ١٩٨

ص: ٤٥٤

حكم المال المجهول مالكة ... ٢٠٥

فى تعيين من يجب عليه التصرف بالمال المجهول ... ٢١٣

فى مستحق الصدقه ... ٢١٥

فى ضمان المتصدق بالمال المجهول مالكة ... ٢١٦

العلم الإجمالى باشتمال المال المأخوذ من الجائر على الحرام ... ٢٢١

انقسام الأخذ من الظالم بحسب الأحكام الخمسه ... ٢٢٣

الدين الثابت فى ذمه الجائر ... ٢٢٤

أخذ الخراج والمقاسمه والزكاه من الجائر ... ٢٢٧

تصرفات الجائر فى الخراج ... ٢٣٠

شراء الخراج والمقاسمه والزكاه من السلطان ... ٢٣١

المعامله على الزكاه والخراج مع الجائر قبل وصولهما بيده ... ٢٤٦

فى الأراضى التى يجوز المعامله عليها مع السلطان ... ٢٥٩

المراد من السلطان هو الجائر المدعى للرئاسه العامه ... ٢٦١

لا يعتبر فى حل الخراج اعتقاد المأخوذ من استحقاق الأخذ له ... ٢٦٤

فى الخراج ومقداره ... ٢٦٧

هل يشترط استحقاق من يصل إليه الخراج أو الزكاه؟ ... ٢٧٠

فى الأراضى الخراجيه ... ٢٧٣

كيف يثبت كون الأرض مفتوحه عنوه أو صلحاً ... ٢٧٨

الحكم عند الشك فى حال الأرض ... ٢٨٣

ما يشترط فى كون الأرض خراجيه ... ٢٨٦

فى اعتبار الحياه فى الأرض حال فتحها... ٢٩٠

طرو الممات على الأراضى الخراجيه... ٢٩٣

الوظيفه عند الجهل بحال الأرض... ٢٩٥

إطلاق أرض السواد على العراق باعتبار الغلبه... ٢٩٦

كتاب البيع

حقيقه البيع... ٢٢٩

ص: ٤٥٥

جواز كون المعوض منفعه ٣٠٤

أقسام الحقوق ٣٠٦

تعريف البيع في كلمات الفقهاء ٣١٢

مناقشات في التعريف ٣١٤

استعمال البيع في معانٍ أخر ٣٢١

وضع ألفاظ المعاملات للصحيح ٣٢٧

في المعاطاه ٣٣١

أدله إفاده المعاطاه الملكيه ومناقشتها ٣٤٤

كلام بعض الأساطين ٣٥٦

لزوم الملك في المعاطاه ٣٧١

تنبيهات المعاطاه ٣٩١

تنبيهات المعاطاه المعيار في المعاطاه ٣٩٧

تنبيهات المعاطاه تمييز البائع من المشتري ٣٩٩

تنبيهات المعاطاه صور ما يقصده المتعاطيان ٤٠٦

تنبيهات المعاطاه مسأله أعتق عبدك عنى ٤١١

تنبيهات المعاطاه في الملك التقديرى ٤١٥

تنبيهات المعاطاه في صحه الإباحه بالعوض ٤٢١

تنبيهات المعاطاه جريان المعاطاه في غير المبيع ٤٢٤

تنبيهات المعاطاه ملزمات المعاطاه ٤٢٨

تنبيهات المعاطاه المعاطاه بيع أم لا؟ ٤٤٢

تنبيهات المعاطاه العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاه أم لا؟ ٤٤٦ ...

الفهرس ٤٥٣ ...

(٤٥٦)

المجلد ٣

كتاب البيع

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الثالث

ص: ٤

في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود ممّا نقل عليه الإجماع وتحقّق فيه الشّهرة العظيمه مع الإشاره إليه في بعض النّصوص [١] لكنّ هذا يختصّ بصوره القدره. أمّا مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدره على التّوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشاره مقامه، وكذا مع

الشرح:

[١] المراد الروايات المتقدمه في المعاطاه التي ذكر رحمه الله أن فيها ظهورا وإشعارا إلى اعتبار اللفظ في البيع اللازم كروايه: «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» (١).

أقول: لازم ما ذكر رحمه الله في هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاه على المعامله المنشأه باللفظ غير المعترف مع ما سيأتى منه رحمه الله من اعتبار اللفظ في البيع اللازم وعدم كفايه الكتابه مع التمكن على التلفظ، أن يحكم بالفساد فيما إذا كان إنشاء البيع بالكتابه مع التمكن على التلفظ بأن لا يجرى عليه حكم المعاطاه أيضا، ولا أظن إمكان الالتزام ببطان المعاملات الدارجه بين العقلاء من المشرعه وغيرهم التي يكون إنشاؤها بالكتابه.

ص: ٥

القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه، كما قيل، لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل [١]، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ الشرح:

[١] يعنى الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله وعدم حدوث الانتقال، ولكن لا يخفى أن هذا الأصل لا تصل النوبه إليه فى مقابل إطلاق أدله المعاملات وعموماتها، فإن اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زائد على أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك فى الاعتبار مقتضى الإطلاق أو العموم عدمه، كما مر تفصيل ذلك فى بحث المعاطاه وذكرنا عدم الفرق فى صحه هذا التمسك فى موارد الشك بين القول بإفاده المعاطاه الملك أو الإباحه، فعلى كلاً- التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصيص أو التقييد صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ، وأما مع عدمها فلا تخصيص ولا تقييد.

فما يظهر من كلام المصنف رحمه الله من أن الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف على القول بإفاده المعاطاه الملك لا يمكن المساعده عليه.

لا- يقال: ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث إن المقرر هناك جريان البراءه عن كون الشىء شرطاً أو جزءاً أو مانعاً وتكون باعتبار كونها معينه لمتعلق الأمر حاكمه على استصحاب الوجوب، وفى المقام تكون أصالة عدمه فى ناحيه اعتبار اللفظ مثلاً فى حليه البيع ووجوب الوفاء به معينه لكون الموضوع لهما ذات البيع.

وبالجملة: لا- فرق فى جريان البراءه بين مورد الحكم التكليفى والوضعى، يكون جريانها فى ناحيه عدم القيد معينه لموضوع الحكم الوضعى ومع تعينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم، يعنى عدم حدوث الأثر.

فإنه يقال: لا تجرى البراءه فى نفي الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق، إلا فيما

فى طلاق الأخرس [١] فإنّ حملة على صورته عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الشرح:

إذا كان الحكم المجعول واحدا ودار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيدا بقيد كما فى مسأله دوران الأمر بين الأقل والأكثر الارتباطيين، وأما إذا كان الحكم انحلاليا كما فى المقام فلا مورد للبراءة عن القيد، لأن ثبوت الحكم للأفراد الواجده للقيد محرز والشك فى ثبوت حكم آخر للفرد الفاقده، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله أن عدم الرجوع إلى البراءة باعتبار أنّ الشرطيه أو المانعيه غير أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى متعلق الأمر أو موضوع الحكم وليس أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى نفسه تكليفا لتجرى البراءة عنه، وما يكون فى موارد الأقل والأكثر الارتباطيين مجرى البراءة هو الوجوب المتعلق بالأكثر ولا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث إنّ أصاله البراءة لا- تعم موردا لا- يكون جريانها فيه امتنانا وجريانها فى ناحيه الأقل خلاف التوسع ولا يكون فى رفعه امتنان، ومن الظاهر أنه لا تكليف فى المقام، بل ثبوت الأثر للمعاطاه الفاقده للشرط المحتمل غير محرز والأصل عدمه.

أقول: ليس لنا سبيل إلى أنّ مجرى البراءة لابد من أن يكون تكليفا، بل كل ما يكون قابلاً للرفع والوضع فالبراءة ترفعه وأخذ الشىء فى متعلق التكليف فيه كلفه زائده، حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته فى المأتى به فأصاله البراءة تجرى فى ناحيته ولو مع عدم كونه تكليفا، والصحيح فى توجيه أصاله الفساد فى المعامله ما ذكرنا، فتأمل.

[١] وتقريره أنّ الطلاق يعتبر فى إنشائه الصيغه الخاصه فلا- يكفى فيه مطلق اللفظ، فضلاً عن غير اللفظ ومع ذلك قد ورد أن طلاق الأخرس يكون بالإشاره

الفرد النَّادر، مع أنَّ الظَّاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا: بأنَّ الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكيه، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ. والظَّاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق، مع أنَّ الظَّاهر عدم الخلاف فيه.

وأما مع قدره على الإشاره فقد رجَّح بعض الإشاره.

ولعلَّه لأنَّها أصرح في الإنشاء من الكتابه.

وفي بعض روايات الطلاق ما يدلُّ على العكس، وإليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك.

ثمَّ الكلام في الخصوصيات المعتبره في اللفظ: تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفاده المعنى بالصِّيراحه والظهور والحقيقه والمجاز والكنايه، ومن حيث اللغه المستعمله في معنى المعامله. وأخرى في هيئته كلّ من الإيجاب والقبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، وكونه بالماضى. وثالثه في هيئته تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالاه.

أما الكلام من حيث الماده، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة: الزَّابع من شروط الصيغه: التّصريح، فلا يقع بالكنايه بيع البتّه، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذته منّي بكذا، أو سلّطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنَّ المخاطب لا يدرى بِمَ خوطب، انتهى.

الشرح:

ولا يمكن حمل ذلك على صورته عدم تمكنه على التوكيل فإن عدم التمكن عليه فرض نادر لا يمكن حمل الإطلاق عليه، وإذا جاز الإنشاء بالإشاره مع التمكن على التوكيل في الطلاق جاز في غيره قطعاً.

ص: ٨

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: «أعطيتك بكذا» أو «تسلط عليه بكذا».

وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقه في الصيغه، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

والمراد بالصريح، كما يظهر [1] من جماعه من الخاصه والعامه في باب الطلاق، وغيره: ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغه أو شرعاً، ومن الكنايه: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادته نفسه بالقرائن، وهي على قسمين عندهم: جليته وخفيته. والذي يظهر من النصوص المتفرقه في أبواب العقود اللازمه والفتاوى المتعرضه لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض أنواعه وفي غير البيع من العقود اللازمه، هو: الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعث وملكت، وبين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا، وهذا هو الذي قواه جماعه من متأخري المتأخرين.

الشرح:

أقول: لا- يمكن استفاده عدم لزوم التوكيل في مطلق غير التمكن على مباشره اللفظ من روايه طلاق الأخرس، بل غاية الأمر أن يقال بجواز إشاره الأخرس في سائر العقود والإيقاعات أيضاً إلحاقاً لها بالطلاق بالفحوى، وأما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفه باللغه العربيه مثلاً- فلا- يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغه المخصوصه ليتعدى منه إلى سائر العقود والإيقاعات، بل اللازم التوكيل أخذا بما دل على أنّ الطلاق لا يكون إلا بالصيغه الخاصه.

[1] وخلاصه ما ذكر رحمه الله أن المراد بالصريح: التعبير عن المعامله بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعاً لتلك المعامله لغه وشرعاً، كما أن المراد بالكنايه اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازماً لتلك المعامله فتكون دلالتة على اللازم بالوضع وعلى

ص: ٩

وحكى عن جماعه ممن تقدّمهم كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنّه حكى عن شيخه المحقّق: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، وأنّه اختاره أيضاً.

وحكى عن الشّهِيد رحمه الله في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: «سلمت إليك»، و«عاوضتُك» وحكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين. بل هو ظاهر العلّامه رحمه الله في التّحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النّقل، مثل: «بعتك» أو «ملككتك»، أو ما يقوم مقامهما. ونحوه المحكّي عن التبصره والإرشاد وشرحه لفخر الإسلام. فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النّقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما يدعى: أنّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاصّ، كالشّيوخ وأتباعه، فتأمل. وقد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السّلم. وصرّح جماعه أيضاً في بيع «التّولية»: بانعقاده بقوله: «وليتك العقد» أو «وليتك السّلمه»، والتّشريك في المبيع بلفظ: «شركتك».

الشرح:

الملزم، أى تلك المعامله بالقرينه، كانت تلك القرينه جليه أو خفيه، والقول باعتبار الصّراحه بهذا المعنى فى العقود اللازمه، وعدم كفايه الكنايه سواءً كانت القرينه جليه أو خفيه فلا تساعد عليه الروايات المتفرقه فى أبواب العقود وكلمات الأصحاب الناظره إلى بيان صيغ مطلق البيع أو بعض أفراده كبيع السلم وصيغ سائر العقود، فإن مقتضاها الاكتفاء فى الإنشاء بكل لفظ يكون ظاهرٌ فى المعامله المقصوده، سواءً كان ظهوره فيها بالوضع أو بالقرينه.

وقد اختار ذلك جماعه من المتأخّرين وحكوه عن جماعه أخرى، وبما أنّ ملاحظه كلمات الفقهاء فى أبواب العقود تقتضى بعدم اعتبار الصّراحه بالمعنى

وعن المسالك في مسأله تقبل أحد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمره : أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثه لازمه عند جماعه. هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

وأما في غيره، فظاهر جماعه في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوزوه بقوله: «تصرف فيه أو انتفع به وعليك ردّ عوضه»، أو «خذه بمثله»، و«أسلفتك»، وغير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات، مع أن القرض من العقود اللازمه على حسب لزوم البيع والإجاره. وحكى عن جماعه في الرهن: أن إيجابه يؤدى بكل لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقه عندك»، وعن الدروس تجويزه بقوله: «خذه»، أو «أمسكه بمالك». وحكى عن غير واحد: تجويز إيجاب الضمان الذى هو من العقود اللازمه بلفظ «تعهدت المال» و«تقلدته»، وشبه ذلك.

وقد ذكر المحقق وجماعه ممن تأخر عنه: جواز الإجاره بلفظ العاريه، معللين بتحقيق القصد. وتردد جماعه في انعقاد الإجاره بلفظ بيع المنفعه.

وقد ذكر جماعه: جواز المزارعه بكل لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعه، وعن مجمع البرهان كما فى غيره : أنه لا خلاف فى جوازها بكل لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، وعن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع».

الشرح:

المتقدم، ومع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبره فى المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثانى بين الأمرين بحمل المنع على المجازات البعيده.

ثم ذكر رحمه الله أن الأحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما إذا لم تكن القرينه الداله على المقصود أو تعيينه لفظاً، فإن مع عدم القرينه اللفظيه تخرج المعامله عن كون إنشائها والداله عليها باللفظ.

وقد جَوَزَ جماعه: الوقف بلفظ: «حرمت» و«تصدقت» مع القرينه الدالّه على إرادته الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنّهما من الكنايات [١].

وجَوَزَ جماعه: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنّه ليس صريحاً فيه. ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنّه لا- يجوز بالألفاظ المجازيه؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبه والبعيده كما تقدّم عن بعض المحقّقين. ولعلّه لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيه في العقود اللازمه، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقّق الثاني على ما حكى عنه في باب السّلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده، وهو جمع حسن، ولعلّ الأحسن منه: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدّلاله اللفظيه الوضعيه، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينه لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفاده بالأخره إلى الوضع، إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصّراحه بين إفاده لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمه لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادته المطلب من ذلك اللفظ.

وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالتة على المطلب لمقارنه حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين وإن كان من المجازات القريبه جدّاً رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبّره بغير الأقوال في إنشاء الشّرح:

[١] أي لا- يباع ولا- يوهب من الكنايات بالإضافه إلى الوقف فإن من لوازم الوقف، يعنى أحكامه عدم جواز بيعه وهبته، فيكون ذكرهما وإرادته الوقف من الكنايه.

المقاصد، ولذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاه ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدلّ على إرادته البيع جزماً. ومما ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي اتكّالاً على القرينه الحالیه المعينه، وكذا المشترك المعنوی.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارته التذكيره بقوله رحمه الله: «لأنّ المخاطب لا يدرى بيم خوطب»، إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب ولو بالقرائن الخارجيه، بل المراد أنّ الخطاب بالكنايه لَمَّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد المزوم لأنّ اللّازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدلّ على المزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجمع مع المزوم الخاصّ فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدرى المخاطب بيم خوطب، وإتّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيه الكاشفه عن قصد المتكلم.

والمفروض على ما تقرّر في مسأله المعاطاه أنّ التيه بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل والانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجري [١] في جميع ما ذكره من أمثله الكنايه، ثم إنّه ربّما الشرح:

[١] أي حمل المنع في كلماتهم على ما إذا لم تكن القرينه لفظيه لا- يمكن في جميع كلمات الأصحاب، فإنّ العلامه ذكر في التذكيره (١) عدم جواز البيع بمثل قوله: «أدخلته في ملك فلان بكذا»، مع أن كل ذلك من تمليك العين بعوض، والدلاله عليه تكون باللفظ فإنّ قوله: «جعلته لك»، دال على التمليك وذكر العوض بقوله: بكذا، دال على كون التمليك بعنوان المعاوضه بين المالين، فتم الدال اللفظي على البيع.

أقول: بل الجمع المزبور في نفسه غير صحيح فإنّ رعايه القرينه الحالیه مثلاً في الدلاله، لا تخرج الدلاله على المعامله وإنشائها عن كونها باللفظ، فلاحظ مثلاً من رأى

ص: ١٣

يدعى: أن العقود المؤثره فى النقل والانتقال أسباب شرعيه توقيفيه [١] كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع له الشارح صيغه مخصوصه بالاستقراء، فلا بد من الاقتصار على المتيقن.

وهو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها.

الشرح:

بطلاً- شجاعا فى الحمام وذكر عند خروجه أن فى الحمام أسدا، فإنه يصح القول بأنه أخبر عن وجود بطل فى الحمام، والزائد على هذه الدلاله اللفظيه غير معتبر فى إنشاء العقود، حيث إن مع القرينه المزبوره يكون إنشاء الملك واعتباره بالتلفظ، بخلاف المعاطاه التى تكون باعتبار الملك وإنشاؤه بالفعل.

نعم لا يكفى ذلك فى مثل الطلاق لاعتبار الصيغه الخاصه فيه، لا لكون القرينه حالیه، بل لو كانت مقالیه أيضا لا تكفى.

والحاصل: أن غايه ما يمكن الالتزام به هو اعتبار إنشاء المعامله فى العقود اللازمه باللفظ وكون اللفظ المزبور دالاً على تلك المعامله بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفى، سواء كان بطور الحقيقه أو المجاز والكنايه وكانت القرينه حالیه أو مقالیه، وذلك للزوم الأخذ بالإطلاق أو العموم فى أدله العقود فى غير مورد اليقين بالتخصيص والتقييد، وهو ما إذا خلت المعامله عن اللفظ رأساً، بأن كان إنشاؤها بالفعل أو نحوه.

[١] وملخص ما ذكر أنه لا- ينبغى الريب فى عدم جعل الشارح سبباً خاصاً لكل معاملة يراد بها النقل والانتقال كالبيع والإجاره، ليكون الحكم بكون الشئ سبباً لهما محتاجاً إلى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لابد من رعايه تعبير الشارح عن المعامله بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصه، بأن ينشأ تلك المعامله بذلك اللفظ أو بتلك الألفاظ أو ما يرادفها لغه أو عرفاً، فإن تعبير

وأما ما ذكره الفخر قدس سره ، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغه شرعاً، هي: اشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعامله به في كلام الشارع، فإذا كانت علاقته الحادته بين الرجل والمرأه معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجيه، أو المتعه، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبه أو البيع أو الإجاره أو نحو ذلك، وهكذا الكلام في العقود المنشأه للمقاصد الأخر كالبيع والإجاره ونحوهما. فخصوصيه اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوين الدائره في لسان الشارع، أو ما يرادفها لغه أو عرفاً، لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعيه التي لا تحصى.

وعلى هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائره في لسان الشارع، إذ لو وقع بإنشاء غيرها. فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد الشرح:

الشارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها، وإذا كان الإنشاء بغير تلك الألفاظ وغير مرادفها وقصد المعنى الأخر كلفظ الهبه، بأن يكون قصد المرأه منها في قولها للرجل: وهبتك نفسى، معنى التسليط مجاناً، فيحكم بالفساد باعتبار أنه لم يتحقق إنشاء النكاح الذى رتب الشرع عليه الآثار، وإن لم يقصد باللفظ الأخر إلا العنوان المقصود في الألفاظ الوارده في خطاب الشرع ففساده باعتبار دخول الفرض في الكنايه التي لا اعتبار بها؛ لخروجها عن الدلاله اللفظيه.

أقول: يلحق بدعوى أن العقود المؤثره في النقل والانتقال أسباب شرعيه توقيفيه، الالتزام برعايه التعبير عنها بالألفاظ الوارده في خطاب الشرع أو بمرادفاتها من سائر اللغات، وذلك فإن اللازم أن يكون الكلام المستعمل دالاً على العنوان المترتب عليه الأثر، سواء كانت دلالته عليه بنحو تعدد الدال والمدلول أو المجاز والكنايه. وإذا قالت المرأه للرجل: «وهبتك نفسى وجعلتها لك بمنزله حواء من آدم»،

المراه إلا هبه نفسها أو إجاره نفسها مدّه للاستمتاع لم يترتب عليه الآثار المحموله فى الشريعة على الزوجيه الدائمه أو المنقطعه. وإن كان بقصد هذه العناوين دخلت فى الكنايه التى عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفاده المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر قدس سره مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده قدس سره. وإليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقاه من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

وما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار فى العقود اللازمه على الألفاظ المنقوله شرعاً المعهوده لغه، ومراده من «المنقوله شرعاً»، هى: المأثوره فى كلام الشارع.

وعن كنز العرفان فى باب النكاح: أنّه حكم شرعى حادث فلا بدّ له من دليل يدلّ على حصوله، وهو العقد اللفظى المتلقى من النصّ. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثه، وعللها بورودها فى القرآن.

ولا يخفى أنّ تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه: من تفسير توقيفيه العقود، وأنها متلقاه من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن. ومن هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغه من الألفاظ المتقدمه فى أبواب الشرح:

كفى ولا يحتاج إلى الإتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغه أو عرفاً أو بما ورد التعبير فى خطاب الشرع.

وثانياً: أن قول المراه كما ذكر مع قصدها الزوجيه يكون من الكنايه التى لا تكون خارجه عن الدلاله اللفظيه، وهو من قبيل التعبير عن الإجاره ببيع المنفعه أو بيع سكنى الدار كما فى بعض الروايات، والمساواه فى الدلاله بين الإجاره وبين البيع المضاف إلى المنفعه فى الصراحه وعدمها لا تكون دائره مدار ورود اللفظ والتعبير فى كلام الشارع وعدم ورودهما كما لا يخفى.

العقود المذكوره من غيره. وأنّ الإجاره بلفظ العاريه غير جائزه، ولفظ بيع المنفعه أو السكنى مثلاً لا يبعد جوازه، وهكذا. إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.

منها: لفظ «بعت» فى الإيجاب، ولا- خلاف فيه فتوىً ونصيّاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبه إلى البيع والشراء، لكن كثره استعماله فى وقوع البيع تعينه.

ومنها: لفظ «شريت» لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغه، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلا فى البيع.

وعن القاموس: شراه يشريه ملكه بالبيع [١] وباعه كاشترى فيهما ضدّ، وعنه ايضاً كلّ من ترك [٢] شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه وربّما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً فى البيع وكونه محتاجاً إلى القرينه المعينه وعدم نقل الإيجاب به فى الأخبار وكلام القدماء، ولا يخلو عن وجه.

الشرح:

[١] بالتخفيف، يعنى اشتراه، وقوله: باعه، يعنى ملكه بالتشديد، ومثل الشراء الاشتراء فى كونه ايضاً بمعنى ملكه بالبيع وباعه، وقوله: فهما يعنى الشراء والاشتراء ضدّان يحتمل كل منهما فى فعل البايع والمشتري، ومقتضى ذلك أن يكونا من الألفاظ المشتركه لفظاً.

[٢] وظاهر الحكايه كون لفظ الاشتراء مشتركاً معنوياً بين فعل البايع والمشتري.

أقول: يحتمل أن يكون لفظ الشراء ايضاً كذلك.

ولعل القائل أراد أن لفظ التملك معناه الحقيقى هى الهبه، فيكون استعماله فى البيع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له فى البيع، والجواب: أن التملك مشترك معنئ بين البيع وغيره، فإن كان فى البين ذكر العوض للمال الذى تعلق به التملك بحيث كانت المعاوضه بين المالىن فهو بيع لا غير، وإن لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون

ص: ١٧

ومنها لفظ «مَلَّكت» بالتشديد والأ-كثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كـ «بعت» و«مَلَّكت»، ويدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع من أنّ التملّيك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغَةً كما صرّح به فخر الدّين حيث قال: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب: مَلَّكت غيرى، وما قيل من أنّ التملّيك يستعمل في الهبه [١] بحيث لا- يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أنّ الهبه إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملّيك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمنه المقابله وبين المجرد عنها، فإن اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه.

وقد عرفت سابقاً أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبه المعوّضه أو قصد المصالحة بنى صحّه العقد به على صحّه عقد بلفظ غيره مع التّيه. ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدّين في شرح الإرشاد أنّ معنى «بعت» في لغة العرب: مَلَّكت غيرى.

الشرح:

ظاهراً في الهبه وفي تمليك المال مجاناً، سواء كان لنفس التملّيك عوض كما في الهبه المعوّضه أو لا. ولو قال: ملكت بكذا، وأراد به الهبه المشروطه أو المصالحة، كانت صحتها مبتنيه على جواز إنشاء العقد بالمجازات، حيث إن تمليك العين بالعوض هو البيع لا- غير، بخلاف ما إذا قال: ملكت هذا على أن تملكنى كذا، فإنه هبه معوّضه بلا خلاف، حيث إن التملّيك الآخر في الهبه المعوّضه عوض عن التملّيك الأول.

[١] لأنه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الأنسب أن يقال: إيجاب البيع «بعت» و«مَلَّكت» و«شريت».

وأما الإيجاب بـ«اشترت»، ففي مفتاح الكرامه أنه قد يقال بصحّته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد.

أقول: وقد يستظهر ذلك من عبارته كلّ من عطف على «بعت» و«ملك» شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادته خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً [١] وحمله على إرادته ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن إرادته ما يرادفهما لغه أو عرفاً، فيشمل «شريت» و«اشترت»، لكن الإشكال المتقدّم في «شريت» أولى بالجريان هنا، لأنّ «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلّا فيه، بخلاف «اشترت».

ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبه ذلك غير صحيح، لأنّ الاعتماد على القرينه الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه، إلّا أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصّيراحه مختصّ بصراحه اللفظ من حيث دلّته على خصوص العقد، وتميّزه عمّا عداه من العقود. وأمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الزّاجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصّيراحه، بل يكفي استفادته المراد، ولو بقرينه المقام أو غلبته أو نحوهما، وفيه إشكال.

وأما القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشترت» و«شريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملك» مخفّفاً.

الشرح:

[١] ظاهره أنه يثبت البيع ولكن لا يترتب على كل منهما أثر خصوص عنوان البائع وعنوان المشتري، وليس في المقام أثر خاص لكل منهما حتى يكون مورد نزاعهما من موارد التحالف.

وأمرًا «بعث»، فلم ينقل إلّا من الجامع، مع أنّ المحكى عن جماعه من أهل اللغه: اشتراكه بين البع والشراء، ولعلّ الإشكال فيه كإشكال «اشتريت» فى الإيجاب.

واعلم أنّ المحكى عن نهايه الأحكام والمسالك: أنّ الأصل فى القبول «قبلت»، وغيره بدل، لأنّ القبول على الحقيقه ممّا لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو «اشتريت» و«ابتعت» ممكن، وسيأتى توضيح ذلك فى اشتراط تقديم الإيجاب. ثمّ إنّ فى انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها، وجهين.

فرع: لو أوقعا العقد [١] بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول ثمّ اختلفا فى تعيين الموجب، والقابل إمّا بناءً على جواز تقديم القبول، وإمّا من جهه اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّه بكلّ من البع والاشتراء على واحد منهما.

مسألة: المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد، والمحقّق والشهيد الثانى اعتبار العريه فى العقد؛ للتأسى [٢] كما فى جامع الشرح:

[١] نعم قد يكون للشراء أثر خاص، كما إذا وقع البع بين الثوب والحيوان وأدعى من انتقل إليه الحيوان أنه كان مشتريا له بالثوب لإنشاء صاحبه إيجاب ببعه بالثوب وادعى من انتقل إليه الثوب أنه اشترى الثوب بالحيوان بإنشاء صاحبه الثوب إيجاب البع، فليس فى البين خيار حيوان، وعلى ذلك فىدخل الفرض فى مورد الدعوى والإنكار، حيث إن قول من انتقل إليه الثوب مطابق لأصالة اللزوم وقول صاحبه مخالف له.

[٢] لا يخفى أن البع وغيره من المعاملات التى وقعت مورد الإمضاء وسائر الأحكام أمور اعتباريه يعرفها أبناء الملل وسائر الأقوام، وليست أموراً توقيفيه ليقع فعل النبى أو الأئمه عليهم السلام مورد التأسى، واختيارهم العريه فى إنشاءاتهم باعتبار أن

المقاصد ولأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضى يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أولى، وفي الوجهين ما لا يخفى وأضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي. فالأقوى صحّته بغير العربي.

وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّه والهيئّه بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيّه هو لزوم الاختصار على المتيقّن من أسباب الثّقل، وكذا اللحن في الإعراب [١].

وحكى عن فخر الدّين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» بفتح الباء وبين ما لو قال: «جوزتك» بدل «زوّجتك»، فصحّح الأوّل دون الثّاني إلّا مع العجز عن التعلّم والتوكيل. ولعلّه لعدم معنى صحيح في الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر، فاستعماله في التّرويج غير جائز. ومنه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

الشرح:

المعاملات كانت من مراداتهم التي كان تفهيمها وتفهمها في عرفهم بالعربيّه.

وبالجمله: مقتضى إطلاق المعاملات وعموماتها عدم اعتبار شيء من العربيّه والماضويه أو تقديم القبول وغير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء في صدق العقد وعنوان المعامله من البيع والإجاره والنكاح وغير ذلك، وأما ما قيل من عدم صحه البيع بغير الماضى من العربيّه يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى، فلا يخفى ما فيه؛ لأنّ إنشاء البيع وغيره بغير الماضى صحيح، وصحته بغيره أيضا مقتضى الإطلاق والعموم. وثانيا ما الوجه في كون العربيّه بغير الماضى أولى من غير العربيّه، ومثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي؟

[١] إذا كان اللفظ ظاهرا في المعامله المقصوده في عرف المتكلم، سواء كان مع اللحن في الإعراب أو الماده أم لا، بحيث يصدق معه في عرفه أنه باع أو تزوج أو غير

ثم هل المعتبر عربيه جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم يكفي عربيه الصيغه الدالّه على إنشاء الإيجاب والقبول، حتّى لو قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟

الأقوى هو الأوّل، لأنّ غير العربى كالمعدوم، فكأنّه لم يذكر فى الكلام.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا- يجب فى القبول واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى، لكنّ الشّهد رحمه الله فى غايه المراد فى مسأله تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب.

ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل فى لغه العرب لإنشاء البيع؟

الظاهر هو الأوّل، لأنّ عربيه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلّم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميّز بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أوجدت البيع» وغيرها. بل على هذا لا- يكفي معرفه أنّ «بعث» مرادف لقوله: «فروختم»، حتّى يعرف أنّ الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلّم، فيميّز بين «بعتك» و«بعث» بالضمّ و«بعث» بفتح التاء فلا ينبغى ترك الاحتياط وإن كان فى تعينه نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه.

مسأله: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضويه، بل فى التذكّره: الشرح:

ذلك كفى فى شمول الإطلاق أو العموم، وعلى ذلك فما هو المتعارف عند أهل القرى والبوادي من تبديل حرف إلى آخر فى مقام التلفظ، فيقولون بدل «زوّجتك»: «جوّزتك»، كفى فى إنشاء المعامله ولا يكون اللحن فى الإيجاب أو القبول مع صدق عنوان المعامله مانعا عن صحتها.

الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيحك» أو «اشتر مني» ولعله لصراحتها في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضى فى الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجاره وعموم العقود، وما دلّ فى بيع الآبق واللبن فى الصّرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه فى النّكاح. ولا يخلو هذا من قوّه لو فرض صراحه المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام، فتأمل.

مسأله: الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح فى الخلاف والوسيله والسّرائر والتّدكره، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد، ولعله للأصل بعد حمل آيه وجوب الوفاء على العقود المتعارفه، كإطلاق «البيع» و«التجاره» فى الكتاب والسّنه. وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، وأنّه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

وحكى فى غايه المراد عن الخلاف: الإجماع عليه، وليس فى الخلاف فى هذه المسأله إلاّ أن البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به، فراجع.

خلافاً للشيخ فى المبسوط فى باب النّكاح، وإن وافق الخلاف فى البيع إلاّ أنّه عدل عنه فى باب النّكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحّته بين الإماميه، حيث إنّه بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر فى النّكاح بأن يقول الرّجل: «زوّجنى فلانه» جائز بلا خلاف قال: أمّا البيع، فإنّه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتهها» صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب، انتهى.

الشرح:

نعم فيما إذا اعتبرت صيغه خاصه كالطلاق، فاللحن فى ماده يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغه مع اللحن.

وكيف كان، فنسبه القول الأوّل إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع، وأمّا في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم، كالمحقق رحمه الله في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما وجماعه ممّن تأخّر عنهما، للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب [١] الوارد في كيفية الصّيغ المضملة على صحه تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله» إلى أن قال: فإذا قالت: «نعم»، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها. ورواه سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين كما قيل: المضملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها».

الشرح:

[١] وفي سننه ابراهيم بن الفضل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنة نبيّه، لا وارثه ولا موروثة كذا وكذا يوماً... وتسمى من الأجر... فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها» (١). ولكن ذكرنا في باب النكاح جواز إيجاب النكاح من كل من الرجل والمرأة، فإن كلاً منهما يخرج به عن الفرد إلى الزوج، وعليه فقول الرجل للمرأة بما ذكر إنشاء للزوج وإظهار المرأة رضاها قبول من غير أن يكون من قبيل تقديم القبول على الإيجاب.

نعم رواه سهل الساعدي (٢) من قبيل الاستيجاب والإيجاب، ولكن في جعل الاستيجاب قبولاً في القضية المزبورة كلام تأتي الإشارة إليه.

والحاصل: قد تكون المعاملة بنحو لا يمتاز فيها فعل أحد المتعاملين عن الآخر

ص: ٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث الأول.

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢ : ٢٦٣ / ٨، سنن البيهقي ٧ : ٢٤٢، وانظر الكافي ٥ : ٣٨٠، الحديث ٥، والتهذيب ٧ : ٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

والتحقيق: أن القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلت» [١] و«رضيت»، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو «بعنى» فيقول المخاطب: «بعتك».

وإمّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكيت» مخفّفاً و«ابتعت». فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته في صدر المسألة، بل المحكى عن الميسّيه والمسالك ومجمع الفائده: أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، وهو المحكى عن نهايه الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

الشرح:

كما في المصالحه حيث إنها تسالم إنشائي على أمر ما من المتصالحين، وفي مثل ذلك يصح لكل منهما إنشاء المعامله وإيجابها أولاً، وقد يكون فعل أحدهما ممتازاً عن الآخر كما في الإجاره، حيث إن فعل المؤجر تمليك المنفعه بالعوض، وهذا لا يصح إنشاؤه من المستأجر إلاّ- وكاله أو فضولاً- والنكاح من قبيل الأول والبيع من قبيل الثاني، وعليه فقول الرجل للمراه: أتزوجك، إنشاء نكاح وليس قبولاً مقدماً.

[١] تعرض رحمه الله في المقام لتقديم قبول البيع على إيجابه أولاً، ولتقديم قبول سائر العقود على إيجاباتها ثانياً، وملخص ما ذكر رحمه الله في تقديم القبول: أنه لا يجوز تقديمه على إيجابه فيما إذا كان بلفظ: «قبلت» أو «رضيت» أو بنحو الأمر والاستيجاب، ولكن لا بأس بالتقديم فيما إذا كان بلفظ «ملكيت» بالتخفيف أو «اشتريت» أو «ابتعت» ونحوها. والوجه في ذلك أنه يعتبر اشتغال قبول البيع على أمرين: أحدهما: الرضا بإيجاب البائع، والثاني: تمليك المشتري ماله للبائع عوضاً عن المبيع، بمعنى إنشاء ملكيه مال البائع لنفسه جاعلاً ماله عوضاً عن المبيع.

وإن شئت قلت: إدخال المشتري مال البائع في ملكه أولاً، كما هو مدلول

ويدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، وإلى كونه خلافاً المتعارف من العقد: أنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، لأنّ المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلاّ مع تأخر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل فى الحال، فإنّ من رضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضه التى أنشأها الموجب سابقاً، فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضيّة.

ومن هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعاً له وهو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيه اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض والتّزويل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يلقى إليه من الموجب، الشّرح:

«اشترت»، وإخراج ماله عوضاً ثانياً، كما هو مدلول قوله: بكذا، وهذا عكس إنشاء البائع فإنه يكون بإخراج ماله أولاً، كما هو مدلول قوله: «بعت»، وإدخال مال المشتري عوضاً عنه ثانياً، كما هو مدلول قوله: بكذا. ثم إن القبول بلفظ قبلت أو رضيت، مع تأخيره عن الإيجاب يدل على الرضا وعلى الإنشاء المزبور ولو بالالتزام، وأما مع تقديمه على الإيجاب فلا دلالة له إلاّ على الرضا بما يفعله البائع فى المستقبل، وأما الإنشاء فعلاً بأن ينشئ المشتري ملكيه مال البائع لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه، فلا دلالة على ذلك حتى بالالتزام.

والموجب مناوئاً كما يقول السائل فى مقام الإنشاء: «أنا راض بما تعطينى وقابل لما تمنحنى» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو آخر، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول ولو بلفظ «قبلت» و«رضيت» إن لم يتم إجماع على خلافه، انتهى.

ووجه الفساد: ما عرفت سابقاً من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل فى الحال، بل هو رضا منه بالانتقال فى الاستقبال، وليس المراد أنّ أصل الرضا بشىء تابع لتحقيقه فى الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذى يعدّ قبولاً وركناً فى العقد.

وممّا ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: «بغنى هذا بدرهم» فقال: «بعتك»، لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرّد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فى الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

وأما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصّحة به، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

الشرح:

نعم إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» و«ابتعت» و«ملكته» ونحوها، فمع تقديمها أيضاً يتحقّق كلا الأمرين، فإنّ القبول مع الألفاظ المزبوره ظاهر فى الرضا بالإيجاب، وفى أنّ القابل قد أنشأ ملكيه مال صاحبه لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه.

والحاصل: يكون مدلول مثل لفظ «اشتريت» حتى مع تقديمه على الإيجاب قبولاً، وليس المراد ب «اشتريت» متضمن لمعنى المطاوعه التى هى ملاك تحقّق القبول حقيقه، والمراد بالمطاوعه أن ينشئ الإنسان التزامه بما حصل من إيجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول الأثر، واشترت أو نحوه من الألفاظ لا- يتضمن هذه المطاوعه إلّا مع تأخيرها عن الإيجاب؛ ولذا يقال: الأصل فى القبول لفظ «قبلت» وغيره بدل، بل المراد أنه لا دليل على

وأما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناءً على منع دلاله روايه سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبى صلى الله عليه وآله، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول منع الفحوى، وقصور دلاله روايه أبان، من حيث اشتمالها على كفايه قول المرأة: «نعم» فى الإيجاب.

ثم اعلم: أن فى صحه تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال فى المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال: «بعتك»، صح، والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت»، واختار ذلك فى الخلاف. وصرح به فى الغنيه، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: «بعنيها بألف»، فيقول: «بعتك» فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت»، وصرح به أيضاً فى السرائر والوسيله. وعن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاهى.

وحكى الإجماع أيضاً عن ظاهر الغنيه أو صريحها. وعن المسالك: المشهور، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب والقبول.

الشرح:

اعتبار المطاوعه فى تحقق قبول البيع فإن المعتبر فى صدق الشراء إنشاء الملكيه على ما تقدم مع إظهار الرضا بالإيجاب، فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل «اشتريت».

ومما ذكر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستيجاب والأمر، بل لابد من قبول البيع بعد تحقق الإيجاب، حيث إن الأمر والاستيجاب يدلان على الرضا ببيع البائع وأما إنشاء الملكيه فهو خارج عن مدلولها، والاستدلال على جواز قبول البيع بهما بفحوى ما ورد فى النكاح من روايه سهل الساعدي وخبر أبان بن تغلب ضعيف، لأن جواز

ومع ذلك كله، فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح: بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا مشعر بقريته السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدا، فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال: «زوجتك» فقال: «قبلت التزويج» صح.

وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف، وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوجنيها» فقال: «زوجتكها» صح وإن لم يُعَد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي: «قال: زوجنيها يا رسول الله، فقال: زوجتكها بما معك من القرآن»، فتقدم القبول وتأخر الإيجاب، وإن كان هذا في البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب، انتهى.

وحكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى فى الكامل، بل يمكن نسبه هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، وتمسك له فى النكاح بروايه سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا أن المحقق رحمه الله مع تصريحه فى البيع بعدم كفايه الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

وذكر العلامة قدس سره الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاه وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردد فى اعتبار تقديم القبول.

وكيف كان، فقد عرفت أن الأقوى المنع فى البيع، لما عرفت، بل لو قلنا الشرح:

التقديم فى الأصل يعنى النكاح الغير الثابت، حيث إن روايه سهل لا دلالة لها على اكتفاء الساعدي فى قبول النكاح باستيجابه السابق، بل من المحتمل أنه قد قبل الإيجاب بعد قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن

بكفايه التّقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا، بناءً على اعتبار الماضويه فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفايه مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفايه مطلق الصّيغه في الملك.

وأما على ما قويناه سابقاً في مسأله المعاطاه: من أنّ البيع العرفي موجب للملك وأنّ الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يقدّم إجماع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعامله ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم، وأما في غير ذلك فالأصل اللزوم.

وقد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكى عن الكامل أيضاً، فتأمل. وإن كان التّقديم بلفظ «اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا بكذا» فالأقوى الشّرح:

فعلّمها إياه»(١).

ويؤيد هذا الاحتمال وقوع الفصل الطويل بين الاستيجاب والإيجاب بما جرى بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وآله من أخذ وردّ، وخبر أبان قاصر الدلاله على جواز التّقديم من حيث دلّالته على جواز إيجاب النكاح بقول المرأة: «نعم»، مع أنّ المعروف بينهم من ألفاظ النكاح: «أنكحت» و«زوجت» و«متعت».

ثم على تقدير ثبوت الجواز في الأصل، يعنى النكاح يكون التعدى إلى البيع بالأولويه ممنوعاً، فإنه يمكن أن يكون تجويز قبول النكاح بالاستيجاب للتوسعه، فإن

ص: ٣٠

١- (١) عوالى اللآلى ٢ : ٢٦٣ / ٨ ، سنن البيهقى ٧ : ٢٤٢ ، وانظر وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٢ ، الباب الأول من أبواب عقد النكاح ، الحديث ٣.

جوازه، لأنّه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضه كالبائع إلا أنّ البائع ينشئ ملكيته ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكيته مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس. وحينئذٍ فليس في حقيقه الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعه ومفهوم القبول، أطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخّر، لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنّما ينشئ انتقال المثلث إليه كذلك، لا بمدلول الصيغه.

وقد صرّح في التّهايه والمسالك على ما حكى : بأنّ «اشترت» ليس قبولاً حقيقه، وإنّما هو بدل، وأنّ «الأصل» في القبول «قبلت»، لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، ولفظ «اشترت» يجوز الابتداء به. ومرادهما: أنّه بنفسه لا يكون قبولاً، فلا ينافى ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أنّ «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه. فكلّ من «رضيت» و«اشترت» بالنسبه إلى إفاده نقل المال [١] ومطاوعه البيع عند التقدّم والتأخّر متعاكسان.

الشرح:

الإيجاب فيه يكون من المرأه وربما حياؤها يمنعها البدء بالإيجاب أولاً، فشرع فيه تقديم القبول بالأمر والاستيجاب؛ ولذا نرى بعض العامه مع تجويزهم ذلك في النكاح منعه في البيع.

[١] يعنى لفظ رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء الملكيه، بل يدل على

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: «اشتريت» حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء المالك لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطه، فإنه لا قبول فيه رأساً.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمراً وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاعه وقبول الأثر، فلا. فقد تبين من جميع ذلك: أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعاً لتضمن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصل مما ذكرناه: صحه تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» وفاقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعزز إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب، وقد عرفت عدم الملازمه بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشتريت»، وكذا السبب في الغنيه، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاه وبالاستيجاب والإيجاب، وكذا ظاهر الشرح:

المطاعه، أى الرضا بما يفعله البائع، ولفظ اشتريت مع التقديم يدل على إنشاء الملكيه دون المطاعه.

أقول: دلالة لفظ «اشتريت» على المطاعه بمعنى الرضا بفعل البائع متحققه التزاماً حتى في صورته تقديمه، وإنما لا يكون فيه المطاعه بمعنى إنشاء الالتزام بقبول الأثر، وهذه المطاعه لا تكون في لفظ رضيت أيضاً مع تقديمه؛ ولذا قيل: إن القبول حقيقه لا يمكن أن يتقدم على الإيجاب، ويأتى منه رحمه الله عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطاعه في قبوله.

إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل: أنّ المصرّح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي وابن حمزه، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب بأنّ ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل. ولعمري أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، وقد تبهنا على أمثال ذلك في مواردنا. نعم، يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصّيغه تقديم الإيجاب، ولا- فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسأله الآتية، وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبولٍ [١] يؤدّي بإنشاء مستقلّ كالإجاره التي يؤدّي الشرح:

[١] وهذا تعرض لجواز تقديم القبول على الإيجاب في سائر العقود.

وحاصله: أنه لو كان القبول المعتبر في العقد مثل قبول البيع في اعتبار دلالته على الرضا بالإيجاب وتضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما في قبول الإجاره بلفظ «تملكت المنفعه» لجاز فيه التقديم. ولو قال المستأجر: «ملكت» أو «تملكت المنفعه الفلانيه بالأجره الكذائيه»، وقال المؤجر بعد ذلك: «ملكتها بها»، ونحو ذلك كفى. ويجوز أيضا تقديمه على الإيجاب في كل عقد لا يعتبر في قبوله إلّا- الرضا بالإيجاب كما في قبول الرهن والقرض والهبة والوكاله والعاريه ونحوها، إلّا- أن الظاهر عدم كفاية القبول في الرهن والقرض والهبة كذلك، بل يعتبر في قبولها المطاوعه، بمعنى إنشاء الالتزام بالأ- ثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب، وقد تقدم أنّنا أن تحقق المطاوعه يكون بتأخر القبول فقط.

والحاصل: لا يجوز تقديم القبول فيها كما لا يجوز تقديمه في العقد الذي لا يختلف فيه إنشاء الموجب والقابل كالمصلحه التي تتضمن المعاوضه بين المالين،

قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا» أو «ملكت»، والنكاح الذى يؤدى قبوله بلفظ «أنكحت» و«تزوجت». وأما ما لا إنشاء فى قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمّن ك «ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام فى قبوله بشىء كما كان فى قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمر مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهنك هذا عندى» فيقول: «رهنت». والتحقّق: عدم الجواز، لأنّ اعتبار القبول فيه من جهه تحقّق عنوان المرتهن.

ولا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقّق الرهن، لأنّ الإيجاب إنشاء للفعل، والقبول إنشاء للانفعال.

الشرح:

فإنه يمكن إنشاء هذه المصالحة من كل منهما بقوله: «صالحت مالى بمالك»، وحيث إن المصالحة من العقود ولا تكون بالإيجابين، بل بالإيجاب والقبول، فلا بد من صدور القبول من أحدهما. وبما أن «قبلت» أو «رضيت» مع تقدمها على الإيجاب لا يدلان إلا على الرضا بالإيجاب دون إنشاء المعاوضة، فلا بد من تأخيرهما عن الإيجاب؛ ليتم دلالتهما على الأمرين معا، وهذا بخلاف المصالحة على ملك المال مجانا أو على الإبراء، فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال والمبرئ بالكسر.

فقد تحصّل من جميع ما ذكر جواز تقديم القبول على الإيجاب فى موردين: أحدهما: ما يكون القبول فيه حتى مع تقديمه دالاً على الرضا بالإيجاب وعلى الإنشاء المغاير لإنشاء الموجب. الثانى: ما لا يعتبر فى قبوله إلا الدلالة على الرضا بالإيجاب وأنه لا يجوز تقديمه فيما إذا لم يكن إنشاء القابل مغايراً لإنشاء الموجب كالمصلحة فى المالىين، كما لا يجوز فى عقد يكون المعتر فيه حصول المطاوعه فى قبوله بمعنى إنشاء الالتزام بأثر الإيجاب، كما فى الرهن والهبة والقرض.

ص: ٣٤

وكذا القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشيء، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب، ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض.

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً، لصدق الموجب عليه لغه وعرفاً. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين. وتحقق من جميع ذلك: أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز، إذ لا قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و«رضيت».

وقد عرفت أن «قبلت» و«رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص ممّا ذكرنا: أن القبول في العقود على أقسام، لأنه: إما أن يكون التزاماً بشيء من القابل، كنقل مال عنه أو زوجيته، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. والأول على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل: إما أن يكون نظير الشرح:

هذا ملخص كلامه رحمه الله في المقام وفيه موارد للنظر، منها ما ذكره من اعتبار المطاوعه، بمعنى الانفعال وإنشاء الالتزام بالأثر في قبول القرض والهبة والرهن، فإنى لا أظنه رحمه الله أو غيره بالالتزام بعدم كفايه قبول القابل إذا قال للواهب: «تملكت مالك مجاناً»، وقال الواهب بعد ذلك: «وهبتك إياه» أو «ملكتك إياه»، وكذا الحال في القرض بأن قال المقترض: «تملكت منك مئة دينار مع الضمان»، وقال المقترض: «خذها»، أو قال المرتهن: «أخذت مالك الفلاني رهنا على دينك»، وقال الراهن: «أرهنّت». ومنها ما

الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاقتراض. والثاني أيضاً على قسمين، لأنه: إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعه كالارتهاق والانهاب والاقتراض. وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعاريه وشبههما. فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

ثم إن مغايره الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمّى مشترياً، وكل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

وبعبارة أخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلا فكل منهما في الحقيقه يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملك مال غيره بإزاء ماله.

الشرح:

ذكره رحمه الله من أن «قبلت» و«رضيت» لا- دلالة لهما على الإنشاء مع تقديمهما على الإيجاب، والوجه في النظر أنه لو قال المشتري: «قبلت هذا الثوب بدينارين» مثلاً، وقال البائع بعد ذلك: «قد بعته بهما»، فقد تم البيع؛ لأن لكل من «قبلت» و«رضيت» حتى مع تقديمه على الإيجاب دلالة على الإنشاء المعترف في القبول مع ذكر المالكين بنحو ما ذكروا. ثالثاً: لا يبعد أن لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإيجاب أو بعده.

والحاصل: أن المعترف في حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإيجاب، والمحصل من جميع ما ذكرنا: أن المتبع في المعاملات هو الإطلاع أو العموم في أدله إمضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على إيجابها أو تأخره عنه، ودعوى الانصراف إلى الثاني يدفعها تتبع المعاملات العرفيه وأنه لا دخل في صدق عناوينها كيفيه إنشائها من جهة تقديم الإيجاب أو تأخره.

ص: ٣٦

ومن جمله شروط العقد: الموالاه بين إيجابه وقبوله ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامه والشهيدان والمحقق الثاني، والشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد: الموالاه معتبره في العقد ونحوه، وهي مأخوذه من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه، وقال بعض العامه: لا- يضمر قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله والصلاه على رسول الله، قبلت نكاحها ومنه الفوريه في استتابه المرتد[١].

فيعتبر في الحال، وقيل: إلى ثلاثة أيام ومنه: السكوت في أثناء الأذان[٢].

فإن كان كثيراً أبطله ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءه غيرها، وكذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة[٣] قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعه واعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه ومنه الموالاه في التعريف[٤] بحيث لا ينسى أنه تكرر والموالاه في سنه التعريف، فلو رجع في أثناء المده استؤنفت ليتوالى، انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورته اتصاليه في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه الشرح:

[١] أي من اعتبار الاتصال وجوب الفوريه في توبه المرتد، حيث يجب عليه المبادره إليه بعد طلب التوبه منها، وقيل: عليه الإجابته إلى ثلاثة أيام.

[٢] أي من اعتبار الاتصال السكوت الحاصل في أثناء الأذان فاللازم أن يكون قليلاً فإن كان كثيراً أبطله.

[٣] يعني من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين في صلاه الجمعة قبل ركوع الإمام.

[٤] يعني من اعتبار الاتصال لزوم الموالاه في تعريف اللقطه، بأن تعرف على نحو لا ينسى في كل مره أنه تكرر للتعريف السابق.

فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيصدق تخلل الفصل المنحل بهيئته الاتصاليه، ولذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقراءة.

وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم [١] في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك أما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. وأما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فلائنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة، فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، وقد صرح في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة، كذا ويحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الشرح:

[١] أقول: لا فرق بين عنوان العقد وعنواني البيع والتجاره وغيرهما، فإن المعاملات مركبات اعتباريه لها صور اتصاليه عند العقلاء، فإن لم يصدق عنوان العقد مع الفصل الطويل لا يصدق عنوان البيع أيضاً هذا أولاً.

وثانياً: إن المولاه بالمعنى المزبور لا اعتبار بها حتى في صدق عنوان العقد، بل لو كان الإيجاب السابق له بقاء في الاعتبار بحيث يتم مع قبوله عنوان العقد، ويظهر ذلك بملاحظه المعاملات الجاربه بين العقلاء من الأقوام والملل بالكنايه والمخابره أو حتى بإيصال المال فإن إيصال المال بقصد تملكه بالعوض إلى آخر في بلد آخر إيجاب، وليس الإيجاب هو إيصال إلى زمان الوصول كما ذكر

الصِّدْق. فصدقه يتوقّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقبح فصار أصلاً في اعتبار الموالاه بين أجزاء الكلام، ثم تُعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطه بالكلام لفظاً [١] [أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاصّ عليه لكونه عقداً أو قراءه أو أذاناً ونحو ذلك، ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسأله توبه المرتدّ. فإنّ غايه ما يمكن أن يقال في توجيهه [٢] إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

وأما مسأله الجمعه فلائنّ هيئه الاجتماع في جميع أحوال الصِّلاه من القيام والرُّكوع والسُّجود مطلوبه، فيقدح الإخلال بها وللتأمل في هذه الفروع وفي صحه تفريعها على الأصل المذكور مجال.

ثمّ إنّ المعيار في الموالاه موكول إلى العرف كما في الصِّلاه والقراءه والأذان ونحوها ويظهر من روايه سهل الساعدي المتقدّمه في مسأله تقديم الشرح:

النائيني رحمه الله (١) وادعى أن الإيجاب هو أمر واحد مستمر إلى حين القبض الذي يعتبر قبولاً، وذلك فإنّ الإيصال بحدوثه بقصد التمليك بالعوض إيجاب وقبض الآخر قبول، ويشهد لذلك مراجعه بناء العقلاء. نعم رد الإيجاب وإلغاؤها يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتئم مع القبول بعد ذلك.

[١] كما إذا كان به تمام اللفظ كالإعراب ومدخول الإعراب ومدخول الحروف ونحوها، والارتباط بالكلام معنى كونه من متممات المعنى كالظرف في الكلام أو سائر العقود.

[٢] ظاهر الروايات هو استتابه المرتد إلى ثلاثه أيام، فإن تاب إلى تمامها فهو وإلا يقتل.

ص: ٣٩

القبول جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصّحابي «زوّجنيها» والإيجاب قوله صلى الله عليه وآله بعد فصل طويل «زوجتكها بما معك من القرآن»، ولعلّ هذا موهن آخر [1] للزوايه، فافهم.

الشرح:

والحاصل: أن التوبه وإن كانت واجبه بعد الاستتابه إلا أنها ليست باعتبار المولاه بينها وبين التوبه، بل باعتبار أن الإسلام في كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابه وقبلها كما لا يخفى. وكذلك يجب على المأمومين في صلاه الجمعه التكبيره قبل ركوع الإمام لا لا اعتبار المولاه بينها وبين تكبيره الإمام، بل باعتبار أنه لا يكون إدراك الصلاه إلا بذلك؛ ولذا لو كبر الإمام والمأمومين دفعه واحده كفى.

[1] الموهن الأول: ما تقدم آنفاً من أنه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه، ووجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان كيفية عقد النكاح، بل حكاية قضيه شخصيه لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً.

والموهن الثاني: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإن قبول الإيجاب ليس استدعائه الأول؛ ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه وبين إيجاب النكاح، بل أنه قد كرر استدعائه بعد نداء رسول الله صلى الله عليه وآله .

ثانياً وثالثاً، وقد سأله رسول الله صلى الله عليه وآله في الثالثه عن عرفانه القراءه في الفحص عما عنده مما يمكن جعله مهراً فأجاب الرجل بنعم، الذي يمكن جعله في أمثال المقام قبولاً من غير تخلل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي أو غيره، وعلى تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا فصل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي الطويل، فلاحظ الحديث (1).

ص: ٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٤٢، الباب ٢ من أبواب المهور، الحديث الأول.

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعه: التنجيز في العقد بأن لا يكون معلقاً على شىء بأداه الشرط [١] بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله فى صوره وجود ذلك الشىء، لا فى غيرها.

ومين صرح بذلك: الشيخ والحلى والعلامة وجميع من تأخر عنه، كالشهيدين والمحقق الثانى وغيرهم (قدس الله تعالى ارواحهم). وعن فخر الدين فى شرح الإرشاد فى باب الوكالة: أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإماميه، وكذا غيره من العقود، لازمه كانت أو جائزه.

الشرح:

وذكر النائنى رحمه الله (١) وجها آخر لاعتبار المولاه بين إيجاب العقد وقبوله، وهو أن العقد فى حقيقته خلع ولبس وأن الموجب كأنه يخلع ثوب سلطانه على المال مثلاً ويلبسه القابل، ومع تحقق الفصل يتحقق الخلع دون اللبس.

وفيه: أن العقد ليس كذلك، والشاهد ملاحظه العقود حتى التملك كبيع الكلى بالذمه فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربه والوكالة ونحوها. وثانياً، على تقدير كون العقد فى حقيقته ما ذكر فيكفى فى تحقق اللبس بقاء الخلع وعدم إلغائه، ومع حصول اللبس فى أى زمان يتحقق المجموع.

والحاصل: يعتبر فى حصول القبول بقاء الإيجاب وعدم إلغائه فى اعتبار العقلاء إلى حصول القبول، وعليه فإذا شك فى بقاءه وعدمه فى إعتبارهم يحكم بالبطلان؛ لأن التمسك فيه بعموم الوفاء بالعقد، بل بإطلاق حل البيع ونحوه كما ذكر يكون من التمسك بالعام أو المطلق فى الشبهه المصدقيه.

[١] المراد بالتعليق أن يكون مفاد العقد مساوياً للقضية الشرطيه التى يجعل فيها المنشأ جزءاً والمعلق عليه لذلك المنشأ شرطاً، سواء كان فى البين تصريح بتلك

ص: ٤١

١- (١) حاشيه المكاسب للمحقق النائنى ١ : ٢٩٠، نقله السيد الخوئى قدس سره فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢ : ١٣٣.

وعن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه، وظاهر المسالك في مسأله اشتراط التّنجيز في الوقف : الاتفاق عليه. والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد، وإن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام. ويدلّ عليه: فحوى فتاويهم ومعاهد الإجماعات في اشتراط التّنجيز في الوكاله، مع كونه من العقود الجائزه التي يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى أنّ العلامه ادّعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحّحه أن يقول الموكّل: «أنت وكيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى»، وعلى صحّحه قوله: «أنت وكيلى، ولا تبع عبدى إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود واحداً.

وفرّق بينهما جماعه بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التّعليق : بأنّ العقود لَمّا كانت متلقّاه من الشّارع أنيطت بهذه الضّوابط، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفادت فائدتها. فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكاله فكيف الحال في البيع؟ وبالجمله، فلا شبهه في اتّفاقهم على الحكم. وأمّا الكلام في وجه الاشتراط، فالذى الشّرح:

القضيه الشرطيه كقوله: «إذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلى في بيع دارى»، أم لا كقوله: «أنت وكيلى يوم الجمعة في بيع دارى»، فإنّ يوم الجمعة بحسب الظهور العرفى قيد لنفس الوكاله المنشأه وبذلك يفترق عن قوله: «أنت وكيلى ولا تبع إلّا يوم الجمعة»، فإنّ يوم الجمعة في هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكاله، يعنى بيع الدار لا- لنفس الوكاله، فيكون الفرق بينه وبين سابقه كالفرق بين الواجب المشروط والمعلق، فالقيد فى الأول نظير ما فى الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء، يعنى الحكم، وفى الثانى قيد للمتعلق.

ولا- يخفى أن الشرط فى المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعليق العقد عليه، بل هو إلزام والتزام آخر زائد على أصل العقد فلا- يكون مثل قوله: «بعت هذا بكذا على أن تخطى لى هذا الثوب»، بمعنى تعليق البيع المزبور على الخياطه، فإنّ شرطها التزام الطرف بخياطته زائدا على أصل البيع، وتوضيحه موكول إلى باب الشروط.

صرّح به العلامة في التذكرة: أنه مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرّع عليه عدم جواز التعليق. قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وإن شرط المشيئة، للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدّته، وهو أحد قولى الشافعى، وأظهرهما عندهم: الصّحة، لأنّ هذه صفه يقتضيها إطلاق العقد، لأنّه لو لم يشأ لم يشتر، انتهى كلامه.

وتبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأنّ الانتقال بحكم الرّضا ولا رضا إلاّ مع الجزم، والجزم ينافى التعليق، انتهى.

ومقتضى ذلك: أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرّح به المحقّق في باب الطّلاق. وذكر المحقّق والشّهيد الثانيان في الجامع والمسالك في مسأله «إن كان لى فقد بعته»: أنّ التعليق إنّما ينافى الإنشاء فى العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

الشرح:

وكيف كان، فقد يظهر من كلام العلامة (1) والشهيد قدس سرهم (2) أن الوجه في اشتراط التنجيز في العقود وكون التعليق فيها مبطلًا هو اعتبار الجزم فيها، وهو مقابل التردد بأن يكون العاقد عالما بحصول المنشأ في نظره، وإذا قال: «إن جاء ولدى من سفره هذا اليوم فقد بعتك المال بكذا»، فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملكيه للطرف في نظره وبحسب إنشائه فيجيب بلا أدري، وهذا التردد مانع عن صحه العقد.

ولا يخفى أنه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلازمه عدم البأس بالتعليق فيما إذا كان المعلق عليه وصفا إلى ما يكون حصوله ولو في المستقبل محرزا إذ مع الإحراز لا يكون للعاقد ترديد، واعتذار الشهيد رحمه الله بأن العبره في فساد العقد بجنس الشرط

ص: ٤٣

١- (١) التذكرة ١ : ٤٦٢ .

٢- (٢) القواعد والفوائد ١ : ٦٥، القاعده ٣٥ .

لكن الشَّهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أن الجزم ينافي التعليق، لأنَّه بعرضه عدم الحصول ولو قدَّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف، لأنَّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمَّ قال: فإن قلت: فعلى هذا يبطل قوله في صورته إنكار التوكيل [١] «إن كان لي فقد بعته منك بكذا»، قلت: هذا تعليق على واقع [٢] لا على متوقَّع الحصول فهو علَّه للوقوع الشَّرح:

حيث إن جنس الشرط في معرض عدم الحصول ولا عبره ببعض أنواعه كما ترى.

[١] يعني لازم ما ذكر من اعتبار الجزم وعدم جواز التعليق أن لا يصح قول البائع للمشتري: إن كان المتاع لي فقد بعته بكذا، كما إذا اشترى المشتري المزبور المتاع من قبل بئمن بدمته وادعى على الآخر أنه اشتراه له وكاله فالمتاع له والئمن على عهده، فأنكر الآخر الوكاله وقال للوكيل المزبور: إن كان المتاع لي فقد بعته بمثل الثمن المزبور، حيث ذكر جماعه أن بيع الموكل المزبور بهذه الطريقة على نحو الاحتياط، ليكون المال ملكا واقعيا للوكيل المزبور، فيثبت الثمن بدمته. وكذا فيما إذا زوجه شخص امرأه بدعوى الوكاله منه فأنكر الزوج الوكاله أو ادعت المرأة أنها زوجه له فأنكر الزوج، فإن طريق الاحتياط في أمثال المقام على ما ذكروا هو الطلاق بقوله: إن كانت زوجتي فهي طالق.

وعلى ما ذكر من اعتبار الجزم في العقود والإيقاعات لا يصح هذا الاحتياط.

[٢] وبعبارة أخرى: التعليق إنما يكون مانعا فيما إذا أمكن إطلاق العقد وتنجيزه، وأما إذا كان العقد بحيث لا يمكن جعله منجزا مع دخاله المعلق عليه في ذلك وعدم تماميته بدونه فلا بأس بالتعليق عليه.

لا يقال على ذلك فيصح القول: «إن ملكت المال الفلاني فقد بعته منك بكذا»، أو «إن تزوجتُ بالمرأه الفلانيه فهي طالق».

أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، وكذا لو قال في صورة إنكار وكاله التزويج وإنكار التزويج حيث تدعيه المرأة، «إن كانت زوجتي فهي طالق»، انتهى كلامه رحمه الله .

وعلل العلامة في القواعد صحه «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضّر جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه، انتهى.

وتفصيل الكلام: أن المعلق عليه [١] إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق وعلى الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك كغير أمّ الولد وغير الموقوف ونحوه وكون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً كأن لا يكون عبداً، وممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، وإما أن لا يكون كذلك.

الشرح:

فإنه يقال: هذا غير صحيح، لعدم الاضطرار إلى إنشاء البيع قبل تملك المال أو إيقاع الطلاق قبل التزويج، هذا مع النص الوارد في عدم الطلاق قبل الزواج وعدم البيع إلا بعد التملك وهكذا.

[١] ذكر رحمه الله للتعليق صوراً ثمانية، فإن المعلق عليه إما أن يكون أمراً حالياً أو استقبالياً، وكل منهما إما محرز حصوله أو محتمل، وكل من هذه الأربعة إما أن يتوقف صحه العقد وتمايمته على حصوله أولاً ويستفاد من كلامه رحمه الله الحكم بالصحة في خمس صور منها والبطالان في ثلاث، فإنه إن كان المعلق عليه أمراً حالياً محرزاً حصوله فلا بأس بالتعليق عليه، سواء كانت صحه العقد موقوفه على حصوله أم لا، بل لا تعليق واقعاً مع إحراز حصول المعلق عليه عند الإنشاء، وإذا كان المعلق عليه أمراً استقبالياً محرزاً حصوله، فإن كان حصوله الاستقبالي دخيلاً في صحه العقد وتمايمته كقبض الثمن في المجلس في بيع السلم فلا بأس به، كما تقدم عن الشهيد ويأتي في

ثمّ التعلیق إمّا مصرّح به وإمّا لازم من الكلام كقوله «ملکتک هذا بهذا يوم الجمعة» وقوله في القرض والهبة «خذ هذا بعوضه» أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة» فإنّ التملیک معلق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال ولهذا احتمل العلامه في النّهايّه، وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ حياته معللاً بأنّ العقد وإن كان منجزاً في الصّوره إلاّ أنّه معلق والتّقدير إن مات مورّثي [١] فقد بعثك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنّه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق والعلامه والشّهيدين والمحقّق الثّاني والصيمري .

وحكى أيضاً عن المبسوط والإيضاح في مسأله ما لو قال «إن كان لي فقد بعته» بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادّعى في الرّياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً. وما كان معلوم الحصول في المستقبل وهو المعبر عنه بالصّيفه فالظاهر أنّه داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به الشّهيد فيما تقدّم عنه الشّرح:

فحوى كلام الشيخ من «المبسوط» (١) في مسأله «إن كان لي فقد بعته».

وإذا لم يكن الأمر الاستقبالي المحرز حصوله دخيلاً في صحه العقد ويعبر عنه بالوصف فالتعلیق عليه مبطل بالإجماع، وإن كان المعلق عليه مشكوك الحصول ولم تكن صحه العقد موقوفه عليه فالتعلیق عليه مبطل أيضاً، سواء كان أمراً حالياً أو استقبالياً، بل هذا هو المتيقن من صور التعلیق المبطل، وإن كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحه العقد أمراً حالياً أو استقبالياً فالظاهر من كلام الشيخ رحمه الله (٢) في مسأله «إن كان لي فقد بعته»، عدم البأس به، فهذه هي الصور الثمانية.

[١] ليس المراد «إن مات مورثي مستقبلاً»؛ ليكون من قبيل: «إن تملك المال

ص: ٤٤

ونحوه الشَّهيد الثَّاني فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارته المبسوط في باب الوقف كونه ممَّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامَّة: فإنَّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشَّهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف، لأنَّه مثل البيع والهبة. وعندنا مثل العتق أيضاً، انتهى.

فإنَّ ذيله يدلُّ على أنَّ مماثله الوقف للبيع والهبة غير مختصَّ بالإماميه.

نعم مماثلته للعتق مختصَّ بهم وما كان منها مشكوك الحصول وليست صحه العقد معلَّقه عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقَّن من معقد اتَّفاقهم، وما كان صحَّه العقد معلَّقه عليه كالأمثله المتقدِّمه . فظاهر إطلاق كلامهم يشمله، إلاَّ أنَّ الشَّيخ في المبسوط حكى في مسأله «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض النَّاس بالصَّحَّه، وأنَّ الشَّرط لا يضرُّه، مستدلاًَّ بأنَّه لم يشترط إلاَّ ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنَّه إنَّما يصحَّ البيع لهذه الجاربه من الموكل [١] إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرَّ إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثَّمن أو تسليم المثلثن أو ما أشبه ذلك، انتهى.

الشرح:

الفلاني فقد بعته منك بكذا»، أو «لو زوجت فلانه فهي طالق»، بل المراد «إن كان مورثي ميتا بالفعل فقد بعته المال»، وهذا من التعليق الذي ذكره الشَّهيد رحمه الله بعدم البأس به باعتبار توقف صحه العقد عليه، وسيأتي وجه جوازه في كلام الشَّيخ رحمه الله أيضاً في مسأله: «إن كان لي فقد بعته». ولا يخفى أن هذا التعليق إنَّما يتصور فيما إذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي أو نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكا، وإلاَّ فلا معنى لتعليق البيع، كما أنه لا تعليق فيه لفظاً.

[١] فرض المسأله ما إذا اشترى جاربه بمال على الذمه وادعى على آخر أنه كان وكيلاً عنه في شرائها فالجاربه له والثمن على عهدته فأنكر الآخر الوكاله وقال لمدعيها: إن كانت الجاربه لي فقد بعته منك بمثل الثمن المزبور، فهذا التعليق لا بأس

وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضاؤه له.

وحاصله: أنه كما لا يضّر اشتراط بعض لوازم العقد المترتب عليه، كذلك لا يضّر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غاياته فكما لا يضّر الإلزام بما يقتضيه العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به.

وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق [١] في إنشاء العقد لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفه المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء، بل ولا منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشّيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه مع أنّ ظاهر هذا التّوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصوره العلم.

الشرح:

به، لأنه إنما يصح بيع ذلك الآخر تلك الجارية من الوكيل على تقدير كونه مالكا لها بأن كان قد أذن للوكيل المزبور في الشراء له وهو فرض صحه دعوى الوكاله.

[١] وبتعبير آخر: مدلول عقد البيع مثلاً جعل ملكيه البيع للمشتري بإزاء الثمن، وهذا المدلول كما لا يكون معلقاً على تسليم الثمن أو المثمن كذلك لا يكون معلقاً على كون البايع مالكا، بل حكم الشارع بالملكيه وإمضائه المزبور معلق على ذلك، وهذا الإمضاء والحكم بالملكيه أمر خارج عن فعل العاقد ومترتب عليه ترتب الحكم على موضوعه، فتكون النتيجة أن مدلول العقد لا يكون فيه تعليق واقعا وما فيه التعليق ليس من كلام المتكلم أصلاً.

ص: ٤٨

ويؤيد ذلك: أنّ الشَّهيد في قواعده جعل الأصحَّ صحَّه تعليق البيع على ما هو شرطٌ فيه، كقول البائع «بعتك إن قبلت» ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد، ثمَّ إنَّك قد عرفت أنّ العمده في المسألة هو الإجماع [١] وربّما يتوهم أنّ الوجه في اعتبار التنجيز [٢] هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، وبطلانه واضح، لأنَّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصوّر فيه إلّا أنّ الكلام ليس فيه. وإن كان الكلام في أنّه كما يصحّ إنشاء الملكيه المتحقّقه على كلّ تقدير فهل يصحّ إنشاء الملكيه المتحقّقه على تقديرٍ دون آخر كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً». أو «خذ المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان» ونحو ذلك؟ فلا ريب في أنّه الشرح:

[١] إحراز كون الإجماع تعبدياً لا مدركياً مشكلاً جداً، فإن مع ذكر الوجوه المذكوره في عدم جواز التعليق وعدم تماميته عندنا لا يمكن الاطمينان بأن المدرك لاتفاقهم كان أمراً آخر لم يصل إلينا، ولو وصل لكان تاماً عندنا أيضاً ولكن يمكن دعوى انصراف أدله المعاملات عن التعليق في الصور الثلاث المتقدمه فالحكم فيها البطلان، لقصور دليل الإمضاء لا لمانع خارجي؛ ولذا لا يصح البيع بتمليك الشيء لآخر مستقبلاً حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق، حيث إن تمليك العين مؤقّتاً غير معهود عند العقلاء، بخلاف تمليك المنفعه كما لا يخفى. مع أنه لا يبعد أن يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالاً أو استقبالاً موجبا لكون البيع غررياً، ولكن هذا لا يجرى في جميع العقود فضلاً عن الإيقاعات.

[٢] ربما يستدل على بطلان التعليق في العقود بما اشتهر بأن الإنشاء غير قابل للتعليق، وأجاب المصنف رحمه الله بما حاصله أنه إن أُريد بالإنشاء نفس الاعتبار والجعل الذي يكون مدلول الهيئه في قول البائع: «بعت» أو «ملكك المال بكذا»، فإنه وإن لم يتصور التعليق فيه بأن لا يكون للقول المزبور مدلول إلا على تقدير حصول المعلق

أمرٌ متصوّر واقع فيالعرف والشّرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات ويتلو هذا الوجه في الضّعف ما قيل من أنّ ظاهر[١] ما دلّ على سبب العقد ترتّب مسببه عليه حال وقوعه، فتعلق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك.

وفيه بعد الغضّ عن عدم انحصار أدلّه الصحّح واللزوم في مثل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ دليل حليه البيع وتسلطّ الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك: أنّ العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إلّا مفاد «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» في أنّ العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعلّق فترتّب تحقّق المعلق عليه في تحقّق المعلق لا- يوجب عدم الوفاء بالعهد.

الشرح:

عليه ولكن الكلام في المقام ليس في التعلّق المزبور، بل الكلام في تعلّق المعتمد والمنشأ، أي الملكيه في المثال بأن يكون المجموع الملكيه على تقدير وهذا واقع عند العرف والعقلاء، فيقع البحث في وجه عدم جوازه وكونه موجبا لبطلان العقد.

[١] يعني أن يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته، وإذا كان في البين تعلّق يتخلل العقد ووجوب الوفاء به بانتظار حصول المعلق عليه، فأجاب رحمه الله عن ذلك بوجوه: أولاً: عدم انحصار دليل صحه البيع مثلاً بآيه (١) وجوب الوفاء بالعقود حتى لا يمكن التمسك بها في صورته تعلّق العقد، بل يمكن الأخذ في الحكم بصحه البيع على وجه التعلّق بآيه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) أو حديث: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣).

لا يقال: كما أنّ ما دل على ترتّب وجوب الوفاء بالعقد مقتضاه عدم التخلّل بين

ص: ٥٠

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) عوالي اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

والحاصل: أنه إن أُريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن أُريد به الأثر الشرعى وهو ثبوت الملكيه، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيه المنجزه، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعى الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكيه المعلقه، مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً. مع أن ما ذكره لا- يجرى فى مثل قوله: «بعتك إن شئت أو إن قبلت»، فإنه لا- يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه. مع أن هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا- موقوفاً. مع أن ما ذكره لا يجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام فى خصوص البيع، وليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل على حده.

الشرح:

العقد ووجوب الوفاء به كذلك آيه حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع وحليته ونفوذه، وكذا الأمر فى حديث السلطنه.

فإنه يقال: الظاهر من البيع معناه الاسم المصدرى كما ذكرنا سابقاً، ومعناه كذلك لا يتم إلا بعد حصول المعلق فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدرى ونفوذه فصل هذا على تقدير كون المراد من الحليه الوضع وعلى تقدير كونها تكليفاً فالأمر أوضح، فإن الحليه التكليفيه ترخيص فى إيجاد البيع أو فى التصرفات المترتبّه عليه فتكون ثابتة للبيع قبل إنشائه لا ثابتة له على تقدير إنشائه كما فى دليل وجوب الوفاء بالعقد، حيث آيه وجوب الوفاء بالعقد لا تقتضى وجوب نفس البيع والعقد، بل مقتضاها وجوب الوفاء به على تقدير حصوله، بخلاف: «أحلّ الله البيع» (١) فإنها ترخيص فى نفس البيع وفى التصرفات المترتبّه عليه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى حديث السلطنه. نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن

ص: ٥١

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم: التمسك في ذلك بتوقيفيه الأسباب الشرعيه الموجهه لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلاّ العقد العارى عن التعليق. إذ فيه: أنّ إطلاق الأدلّه مثل حليّه البيع، وتسلّط الناس على أموالهم، وحلّ التجاره عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلّه سائر العقود كافٍ في التوقيف.

وبالجملة، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً.

الشرح:

التمسك بحديث السلطنة إلاّ في مورد الشك في ولاية المالك على التصرف المشروع في نفسه لا في مورد الشك في مشروعيه نفس التصرف كما في المقام، لأن الكلام في مشروعيه تعليق العقد وعدمها.

وثانياً: بأن المستفاد من آيه وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملاً فإن كان مدلوله الملك المطلق فيكون الوفاء هو الالتزام بالملك مطلقاً، وإن كان معلقاً فيكون الوفاء به بالتمسك بالملك موقوفاً.

وبالجملة، فلزوم الوفاء بالعقد نظير وجوب الوفاء بالعهد الذي يكون مطلقاً ومعلقاً.

وأجاب ثالثاً: بأن تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع في موارد كالوقف والهبة فإن الملكيه فيهما مشروط بحصول القبض، بل كالمبيع في الصرف والسلم قبل حصول القبض في المجلس وكالمبيع في مورد ثبوت خيار المجلس، فليكن مورد التعليق منها.

ورابعاً: أن الدليل المزبور لا يمنع عن تعليق الإيجاب بحصول القبول بعده؛ لأن مع هذا التعليق لا يلزم تخلل الفصل بين تمام العقد ووجوب الوفاء به، حيث إن القبول جزء العقد لا أمر خارج عنه.

ص: ٥٢

ثم إنَّ القادح هو تعليق الإنشاء، وأمَّا إذا أنشأ من غير تعليق صحَّ العقد وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أنَّ المال له، أو أنَّ المبيع ممَّا يتموّل، أو أنَّ المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممَّا يتوقّف صحّحه العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي.

وقد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين، حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعامله ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد. نعم، ربّما يشكل الأمر في فقد الشّروط المقومه [١]

الشرح:

وخامساً: بأن الدليل المزبور لا يجرى في موارد التعليق على أمر حالي لم يحرز حصوله فإنه لو كان حصول للمعلق عليه في هذه الموارد فبتمام العقد يترتب عليه وجوب الوفاء به. وبتعبير آخر: يكون وجوب الوفاء في تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول أمر بعد ذلك.

وسادساً: بأن الدليل المزبور لا يجرى في الموارد التي ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصيه التمليكيه، فإن الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصى فلا مانع في تعليق الوصيه على أمر آخر أيضاً غير موت الموصى.

[١] يعنى ما يكون معتبراً في صحه العقد شرعاً كملكه المبيع للبايع كشرط في انتقاله إلى المشتري، فالعلم بانتفاء ذلك فضلاً عن التردّد فيه لا يكون موجبا لانتفاء قصد الإنشاء أو التعليق في العقد، وما يكون دخيلاً في تحقق عنوان المعامله حتى مع الإغماض عن حكم الشارع بصحتها، بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقق عند العرف بلا حصوله كما في الزوجيه، بالإضافة إلى الطلاق فإنه لا يكون لعنوان الطلاق وقوع بالخارج إلّا في مورد ثبوت علقه الزوجيه، وكالعتق فإنه لا يتحقق إلّا في مورد الرقيه ففي مثل ذلك لا يمكن الإنشاء، يعنى قصد الطلاق أو العتق مثلاً بدون إحراز الزوجيه أو الرقيه إلّا على وجه التقدير والتعليق، ولو قيل بعدم جواز التعليق حتى في

كعدم الزوجية أو الشك فيها في إنشاء الطلاق فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية وكذا الرقية في العتق وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بدّ من إبرازه بصوره التنجيز وإن كان في الواقع معلّقاً أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه؛ ولا- يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالِكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلاّ أنّ ظاهر الشّهد في القواعد الجزم بالبطان، فيما لو زوّجه امرأه يشكّ في أنّها محرّمه عليه أو محلّله فظهر حلّها وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد.

قال: وكذا الإيقاعات كما لو خالع امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها أو وليّ نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته، وإن ظهر أهلاً.

الشرح:

مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزاً.

ولكن يظهر من الشّهد رحمه الله (1) في القواعد أن العقد حتى بصوره التنجيز مع عدم الجزم باطل، وقد ذكر أنه لو تزوج بامرأه يشكّ في كونها محرّمه عليه فظهر حلّها فالنكاح باطل، لعدم الجزم حال العقد. ثمّ أرذف على ذلك الإيقاعات كما لو خالع امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها أو وليّ نائب الإمام قاضياً لا- يعلم أهليته فظهر أهلاً، فلا- يثبت الطلاق أو الولايه على القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال إيقاعهما.

وهذا بخلاف مسأله بيع الوارث المال لظن حياه مورثه فإنه صحيح فيما لو ظهر موت المورث، وذلك فإن قصد التمليك من الوارث حاصل جزماً كان هو المالك أو مورثه، غايه الأمر يكون التمليك في الثاني فضولياً وتكون صحته فعلاً على تقدير موت المورث، ونظير هذا البيع تزويج أمه أبيه من آخر فظهر موت أبيه حال تزويجها، فإن

ص: ٥٤

ثم قال: ويخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتاً، لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومه وإن قيل بالبطان امكن لعدم القصد إلى نقل ملكه، وكذا لو زوج أمه أبيه فظهر ميتاً، انتهى.

والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه [١]، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

وقال في موضع آخر ولو طلق بحضور خنثيين فظهرا رجلين أمكن الصّحّه وكذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

ومن جملة شروط العقد: التّطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاصّ [٢] من حيث خصوص

الشرح:

القصد والجزم بالنكاح حاصل، غايه الأمر يكون النكاح على تقدير حياه أبيه فضولياً.

[١] المراد من طرفي الطلاق تزويج امرأه يشك في أنها محرمة عليه فبان حلها وتوليّه نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته للقضاء فبان أهلاً، والوجه في الفرق بينهما وبين الطلاق أن عنوان الطلاق لا يحصل إلّا مع الزوجيه كما مر، بخلاف النكاح فإن عدم كون المرأه محرمة عليه شرط شرعي في النكاح كما أن عداله القاضي مثلاً شرط شرعي لتولي منصب القضاء، فيمكن إنشاؤهما مع الجزم وبلا تعليق.

أقول: بل لا فرق بينهما وبين بيع مال مورثه، لظنه حياته فبان ميتاً، وحكم الشهيد رحمه الله (١) ببطانتهما وبصحته بيع مال المورث لا يمكن مساعدته عليه.

[٢] اختلاف الإيجاب والقبول في المضمون: إمّا باختلاف في الملك كما إذا قال البائع: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال غير المخاطب: «قبلت»، وإما باختلاف في

ص: ٥٥

المشتري أو المثلمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد، ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول. وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موكلك بكذا»، فقال: «اشتريته لنفسى» لم ينعقد، ولو قال: «بعته هذا من موكلك» فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صح.

الشرح:

العوضين كما إذا قال: «بعتك هذا المال بدينار»، فقال: «قبلت بعشره دراهم»، وإما بالاختلاف فى الشرط فى المعامله كما إذا قال: «بعتك هذا بكذا على أن تخطط لى هذا الثوب»، فقال: «قبلت بلا شرط». والاختلاف فى كل مورد من الموارد الثلاثه موجب لعدم حصول عنوان البيع والمعاهده، فما ذكر من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول لا يكون لدليل خارج عن عموم الوفاء بالعقد وإطلاق حل البيع كما لا يخفى.

نعم بما أن معاملة الوكيل منسوبه إلى موكله فاختلف الإيجاب والقبول بخطاب الوكيل والموكل لا يضر كما إذا قال خطابا للوكيل بما هو وكيل: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال: «قبلت لموكلى»، أو قال للموكل: «بعتك هذا المال بكذا»، وقال وكيله: «قبلت». نعم إذا قال: «قبلت لنفسى»، لم يصح، وذلك مع كون الثمن كلياً كما هو المفروض فإنه يختلف باختلاف الأغراض، وربما يرضى مالك المبيع بتملكك عوض ماله بذمه شخص ويقدم على المعامله معه ولا يرضى بتملكه على عهده الآخر، وعلى ذلك فلا يكون تمليك ماله لأحد بإزاء مال ذمته وقبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعاً.

نعم إذا كان العوضان عينين خارجيتين فالمبادله بينهما مقتضاها دخول إحداها فى ملك من تخرج عن ملكه الأخرى فلا يضر الخطأ فى تشخيص مالتهما، بأن قال لأحد: «بعتك هذا المال بذلك»، زاعماً أنه مالك العوض، قال مالكه الأصلى «قبلت»، فلا يضر الخطأ المزبور بتمام المعامله وصدق البيع.

ومما ذكرنا فى المقام يظهر أنه لو قال: «بعتك هذا المال بكذا»، وبشرط أن ترتكب

وكذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل، ولو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال: «اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد.

الشرح:

الحرام الفلاني»، قال المشتري: «قبلت بلا شرط» فلا يصح البيع. نعم إذا تم البيع بإنشائه الرضا بالإيجاب المزبور يكون الشرط المزبور ملغى، حيث إنه لا يجب الوفاء ولا يجوز اشتراط الحرام في المعاملة.

وذكر السيد الخوئي رحمه الله (1) أن أصل الشرط خارج عن أصل المعاملة، ولو قال: «بعتك هذا المال بكذا بشرط أن تخط لي الثوب»، وقال المشتري: «قبلت بلا شرط»، تم الالتزام البيعي فيصح البيع فيما إذا رفع البايع يده عن شرطه. وفيه: أن البايع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع في ملك المشتري غايه الأمر يقوم ورثه البايع مقامه في فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط، ولا أظن الالتزام منه أو من غيره بذلك.

وذلك فإن اشتراط البايع الخياطة على المشتري معناه تعليق إيجاب البيع على التزام المشتري حال العقد بخياطته الثوب المزبور، وليس المراد أن الخياطة خارجا هي المعلق عليها في إيجاب البايع ليكون اشتراطها من تعليق العقد الموجب لبطلانه، بل المراد أن المعلق عليه لإيجاب البائع هو الالتزام الخارجى حال العقد بخياطته الثوب؛ ولذا ربما يصرح البايع «بأنك إن لم تلتزم بالخياطة فلا أبيعك المال». نعم الخياطة خارجا وفاء للمعاملة المذكوره وإذا لم يتحقق هذا الوفاء من المشتري لا يجب الوفاء على البايع أيضا، لكون وجوبه حقا ويثبت له خيار الفسخ والتفصيل في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

ص: ٥٧

وكذا لو قال: «بعتك العبد بمئه درهم»، فقال: «اشتريته بعشره دينار»، ولو قال للثنين: «بعتكما العبد بألف» [١] فقال أحدهما: «اشتريت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، ولو قال كلّ منهما ذلك لا- يبعد الجواز ونحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمئه» فقال المشتري: «اشتريت كلّ نصف منه بخمسين»، وفيه إشكال.

الشرح:

وعلى ذلك فلو قال البائع: «بعتك هذا المال على أن تخط لي هذا الثوب»، فقال: «قبلت بلا شرط»، لم يتم البيع باعتبار أن إنشاء ملكيه المبيع معلقه على أمر لم يحصل بالقبول المزبور.

[١] ولو قال لاثنين: «بعتكما هذه العين بألف»، وقبل أحدهما بيع نصفها بخمسمئه ولم يقبل الآخر بيع النصف الآخر يكون البيع في النصف غير تام أيضا باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، ونظير ذلك ما إذا قال لواحد: «بعتك هذه العين بألف»، فقال: «اشتريت نصفها بنصف الثمن»، وأما لو قبل الآخر أيضا النصف الآخر بخمسمئه في المثال الأول، أو قال المشتري في المثال الثاني: «اشتريت كل نصف بخمسمئه»، فالظاهر تمام البيع لا يخلو عن إشكال.

أقول: لا إشكال في الصحة لحصول التطابق بين الإيجاب والقبول بالإضافة إلى جزء المبيع وكله.

نعم الأظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد في المثال الأول أو قبول النصف فقط في المثال الثاني، والوجه في ذلك أن بيع المضاف إلى الكل ينحل إلى بيع أبعاضه المشاعه من النصف والثلث والربع إلى غير ذلك بنسبه ذلك البعض إلى الثمن، سواء كان ذلك الكل يعدّ عرفا واحدا خارجيا أو كان بنظرهم اثنين كما إذا جمع كتابي الرسائل والمكاسب وباعهما صفقه واحده، غايه الأمر يكون في هذا القسم للبيع انحلال آخر وهو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن، وإذا كانت القيمه

ص: ٥٨

ومن جمله الشروط في العقد: أن يقع [١] كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل التوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقده والمعاهده حينئذ.

الشرح:

السوقيه للرساله ثلث قيمه المكاسب يكون الانحلال إلى بيعها بربع الثمن وبيع المكاسب بثلاثه أرباعه.

وما عن بعض الأعظم رحمه الله من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط ولا يجرى بالإضافة إلى الأجزاء المشاعه للمبيع فضعفه يظهر بالرجوع إلى بناء العقلاء، فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبيعه ملكا لغير البائع لا يرون فساد البيع رأسا بل فسادة بالإضافة إلى ذلك الثلث.

وعلى كل فلا-ريب في انحلال البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعه للمبيع، غايه الأمر يكون التزام البائع أو المشتري بالوفاء ببيع كل من تلك الأجزاء موقوفا على تمام البيع بالإضافة إلى سائر الأجزاء، ومع تخلفه بالإضافة إلى سائر الأجزاء يثبت للآخر خيار التبعض.

وعلى ذلك فإذا قال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، وسكت الآخر في المثال الأول، أو سكت المشتري عن قبول النصف الآخر في المثال الثاني، فهو بمنزله قبول بيع النصف بلا- شرط فلا يكون بين الإيجاب والقبول تطابق، بخلاف ما إذا قال ذلك كل منهما أو بالإضافة إلى كل نصف كما لا يخفى.

[١] يعني أن الأمور المعتره في صحه التخاطب بحيث لا يكون الشخص مع فقدتها قابلاً له، كالحياه والعقل وعدم الإغماء، يجب حصولها لكل من البائع والمشتري

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقه، لا ركن، فإنَّ حقيقه الوصيه الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردَّ جاز له القبول بعد ذلك. وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد والتعاقد، لأنَّ المعتمد فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سيفه أو رِقِّ لو فرض أو مرض موت. والأصل في جميع ذلك: أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، الشرح:

من حين الإيجاب إلى تمام القبول، والوجه في اعتبارها كذلك عدم حصول عنوان التعاقد والتعاقد مع تخلل عدمها في واحد منهما قبل تمام القبول.

لا يقال: كيف يتم عقد الوصيه بقبول الموصى له بعد موت الموصى.

فإنه يقال: الوصيه حتى التملكه منها لا تكون من العقود، بل هي في حقيقتها إيقاع، غايه الأمر صحه الإيقاع ونفوذه مشروط بعدم رد الموصى له، ففي أى زمان حصل الرد المستمر يكون كاشفاً عن بطلانها؛ ولذا لا يترتب على فعل الموصى له آثار القبول فيجوز منه القبول بعد الرد، ولو مات يقوم مقامه ورثته في قبولها، بخلاف سائر العقود فإنه لا يصح فيها ذلك.

وكذا الحال في الأمور التي تعتبر في صحه تصرفات المالك ورضاه كعدم السيفه وعدم الحجر بالإفلاس وغيره، فإنه لا بد من حصولها لكل واحد من طرفي العقد من حين الإيجاب إلى تمام القبول، فإنه مع عدم ذلك لا يتحقق عنوان التعاقد والأصل في ذلك، يعنى ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما إلى تمام القبول أنه لو فسخ البايع إيجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الإيجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد، ولو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبرا بل كان المعتمد رضاه عند الإيجاب فقط لم يكن الفسخ المزبور نافذاً.

وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتم معنى المعاقده، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاقده.

الشرح:

لا يقال: على ذلك فكيف يصح بيع المكروه مع لحوق رضاه به إذا كان لحوق الرضا كافياً يكون الرضا بعد الإيجاب وعند القبول أولى بالكفايه.

فإنه يقال: يمكن القبول بأن كفايه الرضا المزبور في مورد الإكراه للإجماع. انتهى.

أقول: الأمور المعتره في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقده عنوان البيع أو نحوه عرفاً، بل يصح عندهم أن يقال: لا بيع كالاتفات والقصد في كل من المتعاقدين حال الإنشاء، وفي هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الاتفات من القابل إلى إنشاء الموجب حال إيجابه، بل لو علم إيجابه مقارنة لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوت الموالاه المعتره: «قبلت»، يحصل البيع.

وقد ذكرنا سابقاً أن إرسال الهدية مع قصد الملك، تمليك وتسلم المهدي إليه قبول، وإن لم يعلم بالإرسال عند حدوثه.

وبالجملة: المعتر في تحقق عنوان البيع حصول هذه الأمور للقابل عند قبوله ولو كان القابل عند إيجاب الباع في النوم الخفيف مثلاً وبعد إيجابه تيقظ والتفت إلى الإيجاب بخصوصياته فقبله تم عنوان البيع والعقد.

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد اليزدي رحمه الله (١) من عدم اعتبار هذه الأمور في الموجب حال قبول القابل، بل المعتر حصولها في الموجب حال إيجابه وفي القابل من حين إيجاب الموجب لا أساس له، وكذا لا يعتبر استمرار هذه الأمور في الموجب

ص: ٦١

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

الشرح:

من حين إيجابه إلى تمام القبول، ولو أخذه النوم بعد إيجابه واستيقظ قبل قبول المشتري أو قبل تمامه ولم يبلغ إيجابه تم عنوان البيع، وتخلل فقدها بين إيجابه وتمام القبول غير قادح كما ذكر السيد الخوئي رحمه الله (١).

والنحو الآخر ما يكون معتبراً في صحه البيع ووقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء والشرع كاعتبار المالكية في كل من البايع والمشتري أو البلوغ أو عدم الإكراه أو عدم الحجر فاعتبار هذه الأمور تابع للدليل الدال على اعتبارها، فقد يكون مفاده حصول ذلك الأمر في الموجب حال إيجابه وفي القابل حال قبوله كالبلوغ، وقد يكون مفاده حصوله ولو بعد العقد كطيب النفس ففي أي مورد حصل يتم البيع.

فقد ظهر مما ذكرنا أن القول باعتبار تحقق الأمور المعتره في كلا القسمين في كل من الموجب والقابل من حين العقد إلى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف رحمه الله، وتصريح النائيني رحمه الله بكونه من القضايا التي قياساتها معها (٢)، ضعيف.

ولذا يذكر رحمه الله فيما يأتي أن صحه بيع المكره بلحوق الرضا ليس بتعبد خاص للإجماع أو غيره، بل هو مقتضى دليل حل البيع كما ظهر حال فسخ الموجب قبل تمام القبول، فإن المعتبر من رضا البائع في تأثير العقد رضاه عند تمام البيع أو بعده، ومع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفى موضوع الحكم بالصحه.

ص: ٦٢

١- (١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ١٤١ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب للمحقق النائيني ١ : ٢٩٣ .

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النّقل كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسي أردؤها أخيرها [١]

والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزله الواقعيه الاضطراريه، فالإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحّته عند من يراه باطلاً- بمنزله إشاره الأخرس وإيجاب العاجز عن العربيه وكصلاه المتيّم بالنّسبه إلى واجد الماء أم هي أحكام عذريه لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها؟

الشرح:

[١] ووجه كونه أردأها أنه إذا قيل بأن الحكم الظاهري في حق أحد كالحكم الاضطراري في كونه واقعيًا ثانويًا وأنّ الإيجاب بالفارسيه مثلاً- كإشاره الأخرس، وتقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره في تمام العقد، يصبح العقد المزبور تامًا في حقهما معا ولو بحسب الحكم الواقعي الثانوي.

وهذا بخلاف ما ذكر رحمه الله في الموالاه والتنجز وعدم بقاء البايع على شرط المتعاقدين حال قبول المشتري، حيث إنه لو كان الإيجاب معلقا على أمر وقد رأى القابل بطلان التعليق يكون قبوله أيضا معلقا، لأنه لا يمكن التفكيك بين الإيجاب والقبول في التعليق مع التحفظ على التطابق بينهما.

والحاصل: إذا رأى الموجب عدم البأس بتعليق إيجابه ويرى القابل بطلان التعليق، لا تكون صحه الإيجاب بناءً على مسلك السببيه وكونه كإشاره الأخرس موجباً لصحه القبول من المشتري الذي يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقا، وكذا الحال في فقد الموالاه، حيث إنّ مع فقدها بين الإيجاب والقبول يكون فعل من يعتبرها باطلاً ولا يجدي في صحتها صحه فعل الآخر، ولكن قد يقال: إنّ المعامله لا يمكن تفكيكها في

والمسأله محرّره فى الأصول، هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصراحه والعريته والماضويّه والترتيب.

الشرح:

الصحه بالإضافه إلى المتعاقدين، فإن معنى صحه البيع مثلاً حصول ملكيه المبيع للمشتري بالعوض، وصحه النكاح بمعنى حصول الزوجيه بين المتعاقدين وهكذا.

وإذا كانت المعامله التى يرى الموجب مع فقد الموالاه صحيحه، فصحتها واقعا تحصل بحصول ملكيه المبيع واقعا للمشتري بإزاء الثمن كما هو مقتضى إطلاق دليل الاعتبار بناءً على مسلك السببيه، ولا يمكن مع حصولها كذلك فسادها وعدم حصول الملكيه لها بالإضافه إلى المشتري، وكذا الحال فى النكاح وغيره من المعاملات. ولو أمكن التفكيك فى الصحه أمكن أيضا فيما كان فعل أحدهما فى نظره صحيحا وفعل الآخر فاقدا للشرط فقط، كما إذا أنشأ الإيجاب باللغه الفارسيه فى النكاح ويرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العريه فإنه يمكن معه دعوى أن صحه الإيجاب باللغه الفارسيه بالإضافه إلى الموجب فقط، لا حتى بالإضافه إلى القابل المزبور.

والمتحصل أن الأحكام التكليفيه التى تكون موضوعاتها الأفعال الخارجيه فيمكن فيها أن يكون فعل خارجى موضوعا لحكم تكليفى بالإضافه إلى مكلف ولا- يكون موضوعا لذلك الحكم بالإضافه إلى مكلف آخر، كما إذا سافر المكلف إلى أربعه فراسخ ورجع فى يومه فيمكن على القول بالسببيه التبعض بأن يكون السفر المزبور موضوعا لوجوب القصر واقعا بالإضافه إلى مكلف ولا يكون موضوعا بالإضافه إلى آخر.

وكذا الحال فى الأحكام الوضعيه التى تكون موضوعاتها الأعيان الخارجيه أو الأفعال الخارجيه فيمكن أن تكون عين موضوعا واقعا للنجاسه بالإضافه إلى مكلف ولا تكون موضوعا لها بالإضافه إلى آخر.

وأما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك فى الصحه والفساد، بأن تصح بالإضافه إلى طرف دون الطرف الآخر. وفيه: أنه بناءً على مسلك السببيه يكون العقد المفروض

وأما الموالاه والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن الإخلال بالموالاه أو التنجز أو البقاء على صفات صحته الإنشاء يفسد عبارته من يراها شروطاً، فإن الشرح:

في المقام محكوماً عليه بالصحة بالإضافة إلى كلا الطرفين، حيث إنه بعد سقوط ما يكون معتبراً في فعل الموجب أو القابل باجتهاد صاحبه أو تقليده يتم العقد، لا لمجرد أن العقد لا يتبعص بالصحة بالإضافة إلى أحدهما والفساد إلى الآخر.

ليقال لا وجه بعد عدم إمكان تبعص العقد بالإضافة إليهما لتقديم الصحة على الفساد وأنه لو كان عدم إمكان التبعص موجبا لتقديم الصحة فلازمه أن يحكم بالصحة فيما إذا أتى المجتهد الذي يرى اعتبار العرييه بالإيجاب غيرها وأتى المجتهد الثاني أيضا القبول غيرها، حيث إن هذا العقد بنظر المجتهد الثاني صحيح والصحة لا تتبعص، بل الوجه في عدم الحكم بالصحة في هذا المثال هو أنه بناءً على مسلك السببيه الإيجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعا حتى بنظر المجتهد الثاني، كما هو مقتضى مسلك السببيه، حيث إن عدم اعتبار العرييه بناءً على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها. وعلى ذلك فإذا أتى المجتهد الأول الإيجاب بالعرييه وأتى الثاني القبول غيرها يكون العقد بناءً على ذلك المسلك صحيحا واقعا بحسب نظر كلا المجتهدين، فأما المجتهد الثاني فلأنه لا يرى اعتبار العرييه، وأما بنظر المجتهد الأول فلأن ذلك مقتضى سقوط العرييه عن الشرطيه في القبول الصادر عن المجتهد الثاني.

والحاصل: أن مقتضى مسلك السببيه تعين صحة العقد لا تردده بين أن يحكم بالصحة لكلا الطرفين أو بالفساد كذلك، ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحاً بلا- معين، ومما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذي ذكره المصنف رحمه الله فإنه إذا أتى بالإيجاب ممن يرى اعتبار الموالاه في العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذي لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحا حتى عند الموجب، بناءً على مسلك السببيه

الموجب إذا علق مثلاً، أو لم يبق على صفه الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيه ذلك، لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاه بزعم صحه ذلك فإنه يجب على الموجب إعادته ايجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاه، فتأمل.

الشرح:

ولكن إيجاب نفسه باطل، حيث إن الموالاه معتبره في الإيجاب الذي فعله حتى بناءً على مسلك السببيه، فتدبر.

هذا كله بناءً على السببيه، وأما بناءً على مسلك الطريقيه فيقع الكلام تاره في المعامله من شخصين يرى أحدهما بحسب اجتهاده أو تقليده صحه فعله ويرى الآخر بطلانه، كما إذا كان البايع مقلدا لمن يقول بطلان المعاطاه وقبل المشتري الإيجاب بنحو المعاطاه فهل يحكم بفساد البيع أم لا؟ وأخرى في أنه هل يجوز لشخص آخر من غير المتعاملين ترتيب آثار الصحه على المعامله الصادره التي يرى الآخر بحسب اجتهاده أو تقليده بطلانها، كما إذا أراد شراء مال يعلم أن بايعه تملكه بالمعاطاه التي لا يرى من يريد الشراء صحتها. ونظير ذلك ما إذا أراد شراء أرض من امرأه يعلم أنها تملكها من زوجها بالإرث، مع أن هذا الشخص يرى أن الزوجه لا ترث من العقار، فنقول في المقام الأول: لا ينبغى الريب في أن المعامله الواحده لا تتبعض في الصحه والفساد بالإضافة إلى المتعاملين، حيث لا تبدل في الشرايط المعتره في المعامله.

وأنه يكفي في بطلانها واقعا الإخلال بتلك الشرائط ولو من أحدهما، ولكن التفكيك بين المتعاملين في صحه المعامله وفسادها بالحكم الظاهري أمر ممكن، حيث لا بعد في قيام حجه عند أحدهما بصحه المعامله المفروضه وعند الآخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجه القائمه عنده، فإن لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم والتشاجر فهو، وإلا يكون المورد من الموارد التي لا بد من الرجوع فيها إلى الحاكم الذي يصح له القضاء، سواء كان المتخاصمان مجتهدين أو مقلدين،

ص: ٦٦

الشرح:

لاعتبار قضائه في حق كل منهما، ومع عدم إمكان ذلك يصح لمن يرى الصحة في مثل البيع الفسخ باعتبار أن صاحبه تخلف عن الوفاء به. وفي المقام تفصيل أبعده صاحب الكفاية رحمه الله وهو: أن من لا يرى اعتبار أمر في معاملة يرى الآخر اعتباره فيها لو كان مستندا إلى أصل عملي من أصاله الطهاره أو الحليه أو استصحابهما أو البراءه عن الشرطيه مثلاً يلزم من الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها، وإلا كان الأمر كما تقدم، وتعرض لهذا التفصيل في المقام الثاني إن شاء الله تعالى.

وأما المقام الثاني، فلا ينبغي الريب أيضا في أنه للآخر ترتيب آثار الصحة فيما إذا كان الصادر نكاحا يرى المتعاقدان صحته، بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم ببطلانه واقعا بحسب حكم الشارع فإن على ذلك سيره المسلمين، وتدل عليها أيضا معتبره أبي الحسن الحذاء، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فسألني رجل: ما فعل غريمك؟ قلت: ذاك ابن الفاعله، فنظر إليّ أبو عبدالله عليه السلام نظرا شديدا. قال: فقلت: جعلت فداك، إنه مجوسى أمه أخته، فقال: «أو ليس ذلك في دينهم نكاحا» (١).

ومقتضى هذه المعتبره أنه لا يجوز للابن نكاح زوجته أبيه مثلاً حتى فيما إذا علم الابن فساد ذلك النكاح، نعم لولا هذه المعتبره والسيره المشار إليها لم يكن قوله سبحانه: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (٢) شاملاً. لذلك النكاح، حيث إن ظاهره كظاهر خطابات سائر المعاملات هو الصحيح.

والحاصل: أن النكاح بناءً على مسلك الطريقيه يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الأول، فإنه إذا أنشأت المرأة النكاح بإيجاب يرى القابل بطلان ذلك

ص: ٦٧

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨: ١٧٣، الباب الأول من أبواب حد القذف، الحديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٢٢.

الشرح:

الإيجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعا ولا ظاهرا بالإضافة إلى الزوج.

وقد يقال: إنَّ المتعاقدين المختلفين إن كانت صحه فعل أحدهما مقتضى الأصل كأصالة الحليه أو الطهاره أو استصحابها أو البراءه فلا بد من الحكم بصحة العقد؛ لأن الأصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطيه بالإضافة إلى الأول، كما إذا رأت المرأه صحه النكاح المنشأ بغير العرييه وذكرت إيجابها بالفارسيه وقبله الرجل بالعرييه مع اعتقاده اعتبارها، فإنَّ العقد المزبور يكون صحيحا عندهما، أما عند المرأه فظاهر، وأما عند الرجل فإن أصاله البراءه الجاريه عند المرأه على اعتبار العرييه قد أسقط اعتبارها عند الإيجاب، ويكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفا لإمامه في جزء الصلاه أو شرطها كما إذا كان الإمام معتقدا عدم وجوب السوره بعد الحمد في الركعتين الأوليتين فتركها والمأموم معتقدا وجوبها، فإنه يجوز له الاقتداء.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا رأى المتعاقدان صحه العقد لعدم اعتبار أمر فيه عندهما، ويرى الغير الذي يريد ترتيب الأثر على عقدهما اعتباره أنه لا مانع من ترتيب الأثر فيما إذا كان المستند لعدم اعتبار المتعاقدين هو الأصل العملي.

أقول: ما ذكر في اختلاف الإمام والمأموم صحيح، وأنه يجوز اقتداء المأموم المفروض بالإمام بلا فرق بين كون منشأ اعتقاد الإمام صحه صلاته أصلاً عملياً أو أماره، والسرفى ذلك أن مثل حديث: «لا تعاد»^(١) يقضى بصحة صلاه الإمام في غير مورد إخلاله بما ذكر في المستثنى من ذلك الحديث بسقوط غير ما ذكر فيه من الاعتبار مع الإخلال عن عذر، ولو كان اختلافهما في اعتبار ما لا يقضى حديث: «لا تعاد»

ص: ٦٨

١- (١) وسائل الشيعه ١ : ٣٧١، الباب ٣ من أبواب الوضوء، الحديث ٨.

الأول: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد [١] لم يملكه، وكان مضموناً عليه. أما

الشرح:

سقوطه عن الاعتبار لم يجز له الاقتداء به، كما إذا تيمم الإمام في مورد يرى المأموم لوظيفه هي الوضوء فلا يجوز له الاقتداء به، سواء كان المنشأ لاعتقاد الإمام الأصل العملي أو الأماره.

والحاصل: لا خصوصية للأصل العملي ولا لباب الصلاه، بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الأولى سقوطاً واقعياً للجهد أو غيره، ومفاد الأصل كالأماره لا يكون إلاً حكماً طريقياً والحكم الطريقي شأنه التنجيز والتعذير، لا حكماً نفسياً ليكون حاكماً على أدله الاشتراط، ويرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك.

الأ- ترى أنه لو جرت أصاله الطهاره أو استصحابها في ماء غسل به المتنجس ثم انكشف نجاسه ذلك الماء لا يحكم بطهاره ذلك المغسول مع أنه على الحكومه لا بد من الحكم بطهارته، وكذا لو اشترى ما يشك في كونه وقفاً ظهر كونه وقفاً إلى غير ذلك من موارد التخلف من المعاملات وغيرها.

[١] المراد بفساد العقد، إما فساده من جهة خصوص الأمور المعتره في نفس العقد أو الأعم منها، بحيث يعم ما يعتبر في المتعاقدين والعوضين، وكيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد لا يدخل في ملك القابض لفساد البيع ويكون ضمان تلفه عليه، ويستدل على هذا الضمان بروايه: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١)، التي رواها العامه وذكرها بعض أصحابنا في كتبهم الفقيهيه. ومفادها ضمان المال المقبوض وخساره تلفه على عهده الآخذ كما هو مقتضى إسناد الظرف إلى المال، كما أن إسناد الظرف إلى فعل ظاهره الوجوب تكليفاً.

ص: ٦٩

عدم الملك، فلائته مقتضى فرض الفساد. وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه وهو أحد الأمور المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، وأدعى الشيخ في باب الزهن، وفي موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد وفي السرائر: أنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا.

الشرح:

وبالجملة: إسناد الظرف إلى المال يفيد ضمانه الذي يكون من قبيل الحكم الوضعي، وحيث إن هذا الحكم لا يختص بالبالغين فلا يعد شمول الرواية للصبى والمجنون أيضاً فيما إذا صدق أنهما وضعا يدهما على المال، كما إذا كان الصبى مميزاً وجنون المجنون خفيفاً.

أقول: الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها، لقوه استنادهم في حكمهم بالضمان إلى ما نذكر من جريان سيره العقلاء على الضمان في مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان وبلا إذن في إتلافه مجاناً.

ويستدل على ضمان التلف أيضاً بمرسلة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقه، قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»^(١)، وهذه وإن كانت مرسله إلا أن مضمونها وارد في البعض الآخر من الروايات المعتبرة.

ووجه الاستدلال بها: أن ضمان المشتري الولد بقيمته لكون الولد المفروض نماء الأمه، وباعتبار كونه حراً يكون من النماء الذي لم يستوفه المشتري فيلزم ضمان

ص: ٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

ويدلّ عليه: التّبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي». والخدشه في دلّالته: بأنّ كلمه «على» ظاهره في الحكم التّكليفى فلا يدلّ على الضّمان، ضعيفه جدّاً، فإنّ هذا الظّهور إنّما هو إذا اسند الظّرف إلى فعل من أفعال المكلّفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه دين»، فإنّ لفظه «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في العهده، عينا كان أو ديناً.

الشرح:

الأصل بطريق أولى، ولكن يمكن المناقشه في الاستدلال بوجه.

منها: أن يأخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا تقتضيه قاعده ضمان التلف فإن الولد تابع للأب فالولد حر، وفرضه رقاً وإعطاء قيمته لمالك الجاربه عوضاً عما فات من منفعتها عند المشتري وهى قابليه رحمها للاستيلاد تعبد، غايه الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع إنسان أرض الآخر فعليه عوض منفعه تلك الأرض الفائته بيده، أى أجره مثلها.

ودعوى أن عليه قيمه الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجه عن قانون ضمان التلف.

وبالجملة: بما أن الحكم في الروايه تعبد فلا يمكن التعدى إلى ضمان تلف الجاربه، فضلاً عن كونه بالأولويه.

ومنها: أن الروايه لا دلّاله لها على الضمان في تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعامله الفاسده مع مالكه كما هو محل الكلام أو دخل فيه وإنما تدل على الضمان في مورد فساد البيع بالغصب وعدم كون بايعه مالكا والضمان في هذه لا يلازم الضمان في الأولى.

ومنها: ما أشار إليه رحمه الله بقوله: «فليس استيلادها من قبيل إتلافها . . . إلخ»، وحاصل المناقشه أن المفروض في الروايه من قبيل إتلاف المنفعه فيكون ضمانها ضمان إتلاف

ومن هنا كان المتّجه صحّحه الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه، لعدم التّمييز والشّعور.

ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام فى الأمه المبتاعه إذا وُجِدَت مسروقه بعد أنّ أولدها المشتري: «إنّه يأخذ الجاربه صاحبها، ويأخذ الرّجل ولده بالقيمه»، فإنّ ضمان الولد بالقيمه مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، وليس استيلادها من قبيل إتلاف النّماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم.

ثمّ إنّ هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وهذه القاعده أصلاً وعكساً وإن لم أجدّها بهذه العبارة فى كلام من تقدّم على العلّامه، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشّيخ رحمه الله فى المبسوط، فإنّه علّل الضّمان فى غير واحد من العقود الفاسده: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

الشرح:

لا ضمان التلف، كما هو مورد الكلام فى المقام.

وأجاب رحمه الله: أن استيلاذ الأمه ليس من إتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض فى مورد إتلاف مال الغير، بل يكون استيلاذها من إنمائها بنماء لا- يدخل ذلك النّماء فى ملك أحد بحكم الشارع، وليس عدم دخوله فى ملك أحد فعل المشتري حتى يضاف التلف إليه، بل إلى حكم الشارع بكون الولد حراً فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشتري.

أقول: قد ذكرنا أن الولد لا يكون من نماء الرحم الذى يكون لصاحب الجاربه، بل ملكه قابليه رحمها للاستيلاذ التى استوفاها المشتري باستيلاذها، فالضمان فى المورد من ضمان المنفعه المتلفه على مالك الجاربه كما لا يخفى.

ص: ٧٢

وحاصله: أن قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلى موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسده التي تضمن بصحيحها.

وذكر أيضاً في مسأله عدم الضمان في الزهن الفاسد: أن صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده؟ وهذا يدل على العكس المذكور. ولم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق في أنه يستحق السابق أجره المثل أم لا؟

وكيف كان، فالمهم بيان معنى القاعده أصلاً وعكساً، ثم بيان المدرك فيها.

فنقول ومن الله الاستعانه: إن المراد ب«العقد» أعم من الجائر واللازم، بل مما كان فيه شائبه الإيقاع، أو كان أقرب إليه [١] فيشمل الجعالة والخلع.

الشرح:

نعم لا حاجه في الحكم بضمن اليد إلى الروايه فإن الضمان في غير موارد الاستيمان المالكى أو الشرعى قد جرت عليه سيره العقلاء ولم يردع عنها الشرع، فيكون الضمان في ذلك نظير سائر الأحكام التي يكون الدليل عليها سيره العقلائييه.

[١] الأول: كما في الجعالة، حيث قيل إنها من الإيقاع وإنها تتم بالإيجاب من الجاعل فقط، وإن العمل من العامل لا يكون قبولاً، ولذا يكون رد الضاله ولو بعد زمان تفوت معه الموالاه بين الإيجاب والقبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل، وكذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبى الراد للضاله مع عدم الاعتبار بقبوله. وكيف ما كان، فلو تم القول بأنها عقد يكفى في قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور، فيكون فيها شائبه الإيقاع واحتماله.

والثاني: وهو ما كان أقرب إلى الإيقاع كالخلع فإنه في حقيقته طلاق على شرط العوض والفديه، والطلاق من الإيقاع ولكن لشرط الفديه على الزوجه يحتاج إلى قبولها.

والمراد بالضمان في الجملتين [١] هو كون ذرّك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته وذرّكه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه، وأمّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إن الإنسان ضامن لأمواله.

ثمّ تداركه من ماله، تاره يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو والمالك على كونه عوضاً وأمضاه الشارع، كما فى المضمون بسبب العقد الصّحيح. وأخرى بأداء عوضه الواقعى وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه.

وثالثه بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعى والجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التّعويض قبل دفع العوض.

الشرح:

[١] وحاصل ما أفاده رحمه الله : أن الضمان عبارته عن كون ذرّك المال وخساره تلفه على الشخص، بأن يجب عليه تداركه من ماله بأداء البدل منه، والتدارك بالبدل إما أن يكون بأداء العوض المسمى كأداء الثمن فى ضمان المبيع والأجره المسماه فى ضمان المنفعة أو يكون بأداء البدل الواقعى، يعنى المثل أو القيمة أو أقلّ الأمرين من العوض المسمى والبدل الواقعى. وإطلاق الضمان وعدم تقييده بالعوض المسمى أو بأقلّ الأمرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعى، ولذا يحمل إطلاقه على ذلك فى الضمان المشترط فى مثل العاربه أو فيما ورد فى أدله المضمونات من المغصوبات وغيرها.

وبالجمله: فالتفكيك فى الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعى وبين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينه فى الثانى، وإطلاقه فى الأول لا باعتبار أن ضمان المبيع مثلاً بالثمن المسمى ينافى فرض الفساد، فإنه يمكن فرض فساد المعامله ومع ذلك يكون المال عند تلفه ملكاً له، كما مرّ نظير ذلك فى ملزمات المعاطاه على القول بالإباحه.

ص: ٧٤

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنّ هذا هو التدارك حقيقه، ولذا لو اشترط ضمان العاربه لزم غرامه مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق.

وأما تداركه بغيره فلا- بدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يُمضيه الشارع. فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغايه، لا لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرج من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّه نظير المعاطاه على القول بالإباحه بل لأجل ما الشرح:

أقول: لا- يخفى أن الضمان في صحيح البيع مثلاً- ضمان معاوضى يثبت ملك الثمن للبايع ويكون على المشتري دفعه إليه مع استلام المبيع، سواء تلف ذلك المبيع بعد قبضه أم لم يتلف.

وبعبارة أخرى: لا يكون ثبوت هذا الضمان معلقاً على تلف المبيع. نعم مثل ضمان الذهب أو الفضة في عاريتهما ضمان تلف سواء كانت العاربه صحيحه أو فاسده، فلا بد من أن يراد بالضمان المعنى العام وهو ثبوت البدل للمال، والمعنى أن كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لمالكه مع صحه العقد، سواء كان ثبوت ملك البدل معلقاً على تلف المال كما في مورد ضمان عاربه الذهب والفضه ونحوهما، أو مطلقاً كما في ضمان المشتري الثمن للبايع ويثبت البدل مع فرض فساد العقد، غايه الأمر يكون البدل في فرض الفساد من ضمان التلف دائماً.

والحاصل: أن ما ذكره المصنف رحمه الله في المراد بالضمان في القاعده وهو: كون

عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصّحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير [١] لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة فافهم.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع [٢] ليكون أفراده مثل البيع والصّالح والإجاره ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، وإنما المقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصّنف، مثلاً الصّالح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد إلا فائده الهبه الغير المعوّضه أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على الشرح:

خساره المال ودركه في ماله الأصلي وأنه إذا تلف وقع النقص فيه بتداركه منه لا يتم في ضمان المشتري المبيع مع صحه البيع، لما ذكرنا من أن ضمانه المبيع لا يكون بمعنى تدارك خساره تلفه كما لا يخفى.

نعم يكون فيه الضمان بمعنى ان المبيع يتلف مملوكا للمشتري، ولكن ذكر رحمه الله أن هذا ليس معنى الضمان فلا- يقال: الإنسان ضامن لأمواله.

[١] يعنى أن الضمان يراد به كون خساره المال ودركه عليه بتداركه من ماله وإفاده كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال والمدلول، ومع عدم الدال الآخر يكون مقتضى إطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعي، يعنى المثل أو قيمه، وقد ظهر أن لفظ الضمان في القاعده المزبوره لم يستعمل إلا في معنى واحد بالإضافه إلى صحيح العقد وفاسده، فلا يلزم فيها التفكيك بينهما.

[٢] أنواع العقود مختلفه في الضمان وعدمه، فقد يكون نوع من العقود موجبا للضمان كالبيع والإجاره بمعنى أن جميع أفراد النوع لو كان في صحيحها ضمان لكان

المعاوضه، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصِّلح الصَّحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبه المعوّضه، وكذا عاريه الذهب والفضّه.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصَّيد الذي استعاره المحرم: أنّ صحيح العاريه لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها، ولعلّ المراد عاريه غير الذهب والفضّه، وغير المشروط ضمانها.

الشرح:

في فاسدها ضمان أيضاً، وقد لا يكون لنوع آخر موجبا للضمان بمعنى أنه لا يكون في أفراده الصحيحه ضمان كالوديعة فتكون أفراده الفاسده أيضاً كذلك، وثالثه لا- يكون النوع موجبا للضمان مع ثبوته في بعض أصنافه كالعاريه فإن نوعها لا يوجب الضمان ويكون الضمان في مثل عاريه الذهب والفضّه.

وعلى ذلك فلو كان العموم في القاعده بحسب الأنواع فقط أصلاً وعكسا لكان مفادها عدم الضمان في فاسد عاريه الذهب والفضّه باعتبار أنه لا يكون في نوع العاريه ضمان، وعلى ذلك فلا بد من كون العموم في القاعده بلحاظ الأنواع والأصناف بأن يكون مفادها أن كل نوع من العقد أو صنف من نوعه كان في صحته ضمان ففاسده أيضاً يكون تابعا لصحته في الضمان، فيكون الضمان في العاريه المزبوره باعتبار ثبوته في ذلك الصنف في فرض صحته.

لا- يقال: ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب أفراد العقد، لا الأنواع أو الأصناف، فيكون مفادها أن كل ما يكون في الخارج من أشخاص العقد فإن كان فيه الضمان في فرض صحته يكون الضمان في فرض فساده أيضاً، وإلى ذلك أشار رحمه الله في عبارته بقوله: وربما يحتمل في العبارة... إلخ، وعلى ذلك فلو باع البايع متاعه بلا ثمن بأن قال: «بعتك بلا ثمن» وقبله المشتري فلا يثبت في ذلك ضمان المبيع؛ لأن هذا البيع على

ص: ٧٧

ثم المتبادر من اقتضاء الصّحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصّحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجاره فاسده واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحيحه يضمن الشرح:

تقدير صحته وإمضاء الشارع له لم يكن فيه ضمان فلا- يكون الضمان مع فساده أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا كان العموم في القاعدة بحسب الأنواع أو الأصناف، فإنه بناءً عليها يثبت في المثال الضمان، فإن نوع البيع فيه ضمان مع صحته.

فإنه يقال: ظاهر عبارته القاعدة تبعيه فاسد العقد لصحيحه في الضمان وأنه إذا ثبت في مورد الضمان بالعقد الصحيح يثبت الضمان في ذلك المورد بفساده فلا بد من كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف، ليكون له فرد صحيح وفساد فعلاً ويكون فاسده تابعا لصحيحه، وهذا بخلاف ما كان الاستغراق بحسب الأشخاص فإنه لا يمكن الصحة والفساد في الشخص إلا على نحو التقدير والتعليق.

وبالجملة: ظاهر عبارته فعليه القسمين لا تقديرهما، فيكون مفادها ثبوت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان في جميع الأفراد الصحيحه لنوع البيع أو الإجاره.

أقول: الظاهر عدم الفرق في النتيجة بين إرادته النوع أو الصنف أو الأشخاص وأنه لا يثبت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار أن البيع بمعناه لا ينطبق على المعامله المزبوره، حيث إن مفاد قوله: «بعتك بلا ثمن»، إرادته التملك مجاناً، وهذا في حقيقته هبه مجانيه قد عبر عنها بلفظ البيع فلا- ضمان فيها ولا يبعد صحتها، إذ لا يعتبر في إنشاء الهبه لفظ خاص. وكذا الحال في قوله: «آجرتك بلا أجره»، فإنه من تملك المنفعه مجاناً فلا ضمان فيه.

به ولو لأجل الشَّرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العاريه المضمونه.

ويظهر من الرِّياض اختيار الضَّمان بفسادها مطلقاً [١] تبعاً لظاهر المسالك.

ويمكن جعل الهبه المعوّضه من هذا القبيل بناءً على أنّها هبه مشروطه لا معاوضه.

وربّما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ويترتب عليه عدم الضَّمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجره كما اختاره الشَّهيدان أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلّامه في القواعد، ويضعّف بأنّ الموضوع هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح وفساد لا ما يفرض تاره صحيحاً وأخرى فاسداً فالتعنين بمقتضى هذه القاعده الضَّمان في مسأله البيع، لأنّ البيع الصَّحيح يضمن به.

نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعده بأنّه أقدم على العين مضمونه عليه لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعده لا في مدرَكها.

ثمّ إنّ لفظه «الباء» [٢] في «بصحيحه» و«بفساده»، إمّا بمعنى «في»، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضَّمان في صحيحه تحقّق في فاسده، وإمّا لمطلق السَّبب الشَّامل للناقصه لا العله التامه، فإنّ العقد الصَّحيح قد لا يوجب الضَّمان إلاّ بعد القبض، كما في السَّلم والصَّرف، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أنّ دَرَكَه عليه، ويتداركه برّد الثَّمن، فتأمّل، وكذا الإجاره والنكاح والخلع، فإنّ المال في ذلك كلّ مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه.

الشرح:

[١] أي بفساد الإجاره، سواء كان الضمان له شرط أم لا.

[٢] إن كانت الباء بمعنى في فالمفاد واضح، وإن كانت بمعنى السبب فلا بد من

وأما العقد الفاسد، فلا يكون علّه تامّه أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وإمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه، ولا- ريب أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه.

والغرض من ذلك كلّ: دفع ما يتوهم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا- العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصّحيح في سببيه الضمان ويقال: كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أنّ ظاهر القاعده عدم توقّف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعده بإجماع ونحوه.

الشرح:

كون المراد بها الدخاله ولو بشرط القبض، وأنه إذا كان صحيح العقد دخيلاً في الضمان ولو كانت دخالته بالنحو الناقص كما في بيع الصرف والسلم حيث يتم الضمان فيهما بالقبض يكون كذلك فاسده.

أقول: لعمري إن الكلام في القاعده وتصحيح مفادها بلا- طائل، فإن الضمان كما ذكرنا في أول البحث يكون ضماناً معاملياً، وآخر ضمان تلف ويحتاج ثبوت عقد كل منهما إلى دليل إمضاء ذلك العقد أو الحكم به فيه كالحكم في النكاح بضمن الزوج المهر المسمى أو بضمن المستعير تلف الذهب أو الفضة، ومع فرض فساد النكاح أو العاريه ينتفى الضمانان ولا يمكن الحكم بثبوتهما في فاسدهما؛ لأن حكم الشارع بهما ثابت في مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه بفاسده، ولو كان في الفاسد الضمان بالأدله العامه فلا بد من التكلم في تلك الأدله بدلاً عن التكلم في القاعده فيرى أن تلك الأدله تعم العقود الفاسده أم لا.

ص: ٨٠

ثم إنَّ المدرک لهذه الکلیه [١] على ما ذکره فی المسالک فی مسأله الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان [٢]، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه و آله : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

والظاهر أنه تبع فی استدلاله بالإقدام الشیخ فی المبسوط، حيث علل الضمان فی موارد كثيره من البيع والإجاره الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم یسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القیمه.

الشرح:

[١] ولعل مراد المسالک (١) فی تعرضه للقاعده فی مسأله الشروط هو: أن كون العين المرهونه مبيعاً بإزاء الدين عند انقضاء أجل الدين شرط فاسد، حيث إن الشرط المزبور من شرط النتيجة وكون البيع محتاجاً إلى الإنشاء ظاهر.

لا يقال: الاشتراط المزبور بنفسه إنشاء للبيع.

فإنه يقال: على تقدير كونه إنشاءً فهو بيع معلق.

والحاصل: بما أن العين المرهونه فی الرهن الصحيح ليست مضمونه على المرتهن فلا تكون مضمونه فی فاسده أيضاً، هذا بالإضافة إلى قبل انقضاء الأجل والبناء على أن الشرط المزبور فاسد ومفسد للرهن، وأما بعد انقضاء الأجل فتدخل العين المرهونه فی ضمان المرتهن، حيث إن صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان بفاسده أيضاً، والمفروض تحققه بفعليه المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة، فيكون المشتري يعنى المرتهن ضامناً للعين المرهونه بعدها.

[٢] قد ذكر فی أدله الضمانات أمور: منها قاعده الإقدام على الضمان، وأورد عليها المصنف رحمه الله بوجهين:

الأول: أن المشتري فی البيع الفاسد يكون إقدامه على ضمان المبيع بالثمن

ص: ٨١

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل، لأنهما إنما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو قيمه، والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصيصه أخرى، فالضمان بالمثل أو قيمه إن ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله وليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كله، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب، إذ قد يكون

الشرح:

المسمى، وإذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضمّان التلف بلا موجب فإنه ضمان لم يقدم عليه المشتري.

والثاني: أن النسبه بين الإقدام وثبوت الضمان العموم من وجه، فلائنه قد لا يثبت الضمان بمجرد الإقدام عليه كما فى البيع قبل القبض فإن إقدام المشتري على ضمان المبيع يكون بشرائه، مع أن ضمانه عليه يثبت بعد قبضه، وقد لا يكون إقدام ولكن يثبت الضمان، كما إذا اشترى متاعا بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض، فإنه لا يكون مع الشرط المزبور إقدام من المشتري على الضمان، وكذا فى مورد البيع بلا ثمن أو الإجاره بلا أجره.

أقول: الأولى فى المثال للضمان مع عدم الإقدام فيما إذا أخذ العين الموهوبه له مجانا فبانت ملك لآخر فإنه بقبوله الهبه من غير مالکها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلاً.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من المثال لثبوت الضمان مع عدم الإقدام فيمكن المناقشه فيه بعدم ثبوت الضمان فى مثالى البيع بلا ثمن أو الإجاره بلا أجره كما مرّ، وأما مسأله شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البايح حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى، ويصح أصل البيع ويثبت الضمان المعاملى فيجب على المشتري دفع الثمن عند أخذه المبيع.

ص: ٨٢

الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا أجره».

نعم، قوّى الشّهيديان في الأخير عدم الضّمان، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

وبالجملة، فدلّيل الإقدام مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طرداً وعكساً.

وأما خبر «على اليد» فدلالته [١] وإن كانت ظاهره وسنده منجبراً إلّا أنّ مورده مختصّ بالأعيان فلا- يشمل المنافع والأعمال المضمونه في الإجاره الفاسده، اللهم إلّا أن يستدلّ على الضّمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنّه لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه وأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد مضافاً إلى أدلّه نفى الضرر فكلّ عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحيث يقع بأمره الشّرح:

[١] قد تقدم أن الحديث نبوي (١) ضعيف ذكر في بعض الكتب الفقهيه أخذاً من العامه.

ودعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعه بأنه لم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان، ويكفي في ذلك ملاحظه كلام الشيخ رحمه الله (٢) واستدلّاه على الضمان بالإقدام دون الحديث، وفي دلّالته أيضاً على ضمان المنافع قصور فإنّ الذيل فيه قرينه على انحصار مدلوله بما إذا كان المأخوذ قابلاً للردّ إلى مالكة كما في العين، وأما المنافع فهي غير قابله للرد المستوفى منها أو غيرها، حيث إنها تفوت بمرور الزمان وهذا بالإضافة إلى منافع الأعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الأعيان، وأما الأفعال كالخياطه

ص: ٨٣

١- (١) الحديث المذكور في المتن، عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢- (٢) المبسوط ٦: ٣٠٢.

وتحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر.

ثمّ إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشّيخ [١] ومن تبعه من الاستدلال على الضّمان الشّرح:

فإنها غير قابلة للأخذ فلا يكون الحديث دالاً على ضمان المستأجر فيما إذا خاط الأجير ثوبه بالإجاره الفاسده.

نعم يمكن أن يقال: لا- يكون ذيل الحديث قرينه على اختصاص الموصول بالأعيان حيث إن انتهاء الضمان كما يكون بردّ المأخوذ كذلك يكون برد بدله.

وبعبارة أخرى: لا بد من تقييد إطلاق الذيل بذكر العدل وهو رد البدل والمنافع كالأعيان التالفه قابله للرد ببدلها، وأما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الإلتلاف أو الاستيفاء لا ضمان التلف سواء كان المتلف عينا أو منفعه، فإن عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذي تلفت عينه ومنفعته بآفه سماويه لا ينافي قاعده الاحترام، خصوصا فيما إذا كان المشتري غافلاً عن فساد البيع، وعلى ذلك فلا- يكون ما دل على حرمة مال المسلم وأنها كحرمة دمه (١) وأنه لا يصلح هدر حق أحدٍ كافياً في إثبات ضمان التلف، وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه» (٢) لا يدل على الضمان أصلاً، بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه.

وأما قاعده اللاضرر (٣) فلا حكومه لها في المقام، فإن مقتضاها انتفاء الأحكام الموجه للضرر والضرر هنا ناشٍ عن التلف، سواء حكم بالضمان أولاً، والحكم به مع أنه معارض بالضرر على الضامن، فلا يمكن أخذ عمومها لمورد تعارض الضررين تداركاً للضرر بحسب الحكم، وتكون خارجه عن مدلول القاعده.

[١] وحاصله أن الموجب للضمان في مورد تلف العين أو المنفعه هي قاعده

ص: ٨٤

١- (١) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣، الحديث ٤ .

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

بالإقدام والدخول عليه: بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض، كما فى العمل المتبرّع به والعين المدفوعه مجاناً أو أمانه، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال واحترام الأعمال.

نعم فى المسالك ذكر كلاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلاً فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص والاعتراض.

ويبقى الكلام حينئذٍ فى بعض الأعمال المضمونه التى لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره كالسبب فى المسابقه الفاسده حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل خلافاً لآخرين ووجهه: أنّ عمل العامل لم يعدّ نفعه إلى الآخر ولم يقع بأمره أيضاً.

الشرح:

الاحترام ولكن هذه القاعده كقاعده اليد ليست تمام السبب للضمان، حيث يمكن أن يمنع عن الضمان دفع المالك العين مجاناً أو أمانه أو عمل العامل تبرعاً، وتعليل الشيخ(١) ومن تبعه الضمان بإقدام الآخذ عليه لبيان أن المانع عن قاعده اليد المقتضيه للضمان غير حاصل فتكون القاعده مع الإقدام المزبور تمام الموضوع للضمان، لا أن لكل واحد منهما وجه مستقل للضمان، كما هو ظاهر المسالك(٢).

أقول: الصحيح أن يقال: إنّ وضع اليد على مال الغير، من دون إلغاء مالكه حرمة ذلك المال كما فى الهبه مجاناً أو الإذن فى إتلافه كذلك، ومن دون جعل المالك قابض المال أميناً موجب لكون ضمان تلفه عليه، سواء كان المال المزبور عيناً أو منفعة؛ لأن وضع اليد على المنفعة يكون بوضعها على العين، وهذا الضمان فى الموارد المشار

ص: ٨٥

١- (١) المبسوط ٦: ٣٠٢.

٢- (٢) المسالك ٣: ١٥٤ و ٤: ٥٦.

فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا- يقضى بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه: لأنه ليس كالمستوفى له، ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعده، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل وتمام الكلام في بابه.

الشرح:

إليها مما جرت عليه سيره العقلاء ولم يردع عنها الشرع فتكون كسائر الأحكام التي يكون الدليل عليها سيره العقلانيه في مواردنا.

ثم إنه ربما يحكم الشارع بكون القابض أميناً ولا يكون له ضمان التلف كما في أخذ اللقطه، وربما يحكم بالضمان في مورد الأمانه المالكه كما في عاربه الذهب والفضه فيكون المال في الأول أمانه شرعيه، وفي الثاني مضمونا بتضمين شرعي، وهذا كله بالإضافة إلى ضمان التلف في الأعيان والمنافع التابعه لها، وأما في الأعمال فإن لم يكن للعمل ماله عند العقلاء فلا يكون العمل موجبا للضمان على أحد إلا إذا كان ضمانا معامليا أمضاه الشارع، كما في ضمان السبق في عقده، ومع البطلان لا يكون ضمان؛ أما المعاملي فلفساد المعامله، وأما ضمان الاحترام فالمفروض عدم الماليه له.

وأما الأعمال التي لها ماله عند العقلاء فإن كان العامل متبرعا بها وهذا معنى إسقاطه حرمه عمله فلا ضمان على أحد، وكذا إذا لم يكن عمله بالمعامله مع الغير أو بأمر ذلك الغير أو إذنه في العمل بالأجره وأما إذا كانت في البين معاملة فإنه يثبت معها ضمان الأجره المسماه مع صحتها، ويثبت مع فسادها أجره المثل، وكل ذلك للسيره الدارجه فيما بينهم من أهل الملل وغيرهم.

فتحصل مما ذكرنا أن مجرد عدم إقدام الشخص على الضمان لا يمنع عن الضمان في الأعيان ومنافعها، بل لا بد من إلغاء المالك حرمه ماله، وعلى ذلك فلو ظهر أن العين الموهوبه مجانا كانت ملكاً للغير ضمن المتهم ضمان تلفه ولو مع إقدامه عليه. نعم، في الأعمال مجرد عدم إقدام الشخص على ضمانها كافٍ في عدم ثبوت أجره المثل عليه.

ص: ٨٦

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفساد [١] بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أن القابض جاهل، مدفوع، باطلاق النص والفتوى، وليس الجاهل مغروراً لأنه أقدم على الضمان قاصداً وتسليط الدافع العالم لا- يجعلها أمانه مالكيه، لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانه عنده أو عاريه، ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تتمه ذلك في مسأله بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكليه المذكوره.

وأما عكسها وهو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضماناً كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربه والعاريه الغير المضمونه، بل المضمونه بناءً على أن المراد

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله أنه إذا كان في صحيح العقد ضمان يثبت ضمان تلف المقبوض في فاسده، سواء كان دافع ذلك المال عالماً بفساد العقد أو جاهلاً، لأن حديث: «على اليد» بإطلاقه يقتضى الضمان في كلا الفرضين، كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعتمهما.

نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورته علم الدافع بوجهين:

الأول: أن الدافع مع علمه بفساد المعامله وعدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله وتمليكا له مجاناً، وليس في التمليك المجاني ضمان سواءً كان صحيحاً أو فاسداً، وهذا الوجه على تقدير تماميته ينفي الضمان عن القابض، سواءً كان هو أيضاً عالماً بفساد المعامله أو جاهلاً، حيث إن أخذه المال في كلا الفرضين مجاني، ولا يمكن دفع هذا الوجه بإطلاق حديث: «على اليد» (١) فإن موارد

ص: ٨٧

بإفاده الصّحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه وغير ذلك من العقود اللّازمه والجائزه [١].

الشرح:

إلغاء المالك حرمة ماله بالتسليط المجاني ونحوه خارجه عن ذلك الحديث.

والوجه الثاني: كون الدافع مع علمه بفساد المعامله غارا لدفعه المال إلى القابض الجاهل بالحلال، فيكون القابض مغرورا، وضمان التلف والإتلاف على الغارّ، كمن قدم طعام الغير إلى ضيفه الجاهل بالحلال.

أقول: الوجه الثاني ضعيف جداً، فإن القابض الجاهل لم يقدم على أخذ المال مجاناً، بل أقدم على أخذه بعنوان المعاوضه، فلا يكون مغرورا، ولا يقاس بالضعيف لإقدامه على أكل الطعام مجاناً، مع أن قاعده الغرور لا تنفي الضمان، سواءً كان ضمان التلف أو الإتلاف، وإنما توجب استقرار الضمان على الغار.

ويقرب من الوجه الثاني في الضعف الوجه الأول، فإن دفعه المال إلى القابض لا يكون تمليكاً مجانياً، بل وفاءً بالمعامله السابقه، ودفعاً للمال إلى الآخر ليقبض عوضه، وعلمه بعدم استحقاقه العوض شرعا كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لا ينافي الدفع وفاءً بالمعاوضه المعتبره عنده؛ ولذا لو باع الغاصب بالمعاطاه وأجازه المالك يصح البيع للمالك ولا يكون علم الغاصب بعدم صحه المعاوضه موجبا لكون إعطائه تمليكاً مجانياً، لتكون إجازة المالك مصححه للهبه كما لا يخفى.

[١] يعني سائر العقود التي لا ضمان في صحيحها، سواءً كانت لازمه كالإجاره بالإضافة إلى العين المستأجره، أو جائزه كما في العاريه، وعلى ذلك فمقتضى عكس القاعده عدم ضمان العين في الإجاره الفاسده لعدم ضمانها في صحيحها، بل مقتضاه عدم ضمانها في الفاسده حتى مع اشتراط الضمان، فإن الضمان في صحيحها على تقدير الاشتراط كان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً، لأنَّ صحيح الإجاره غير مفيد لضمانها كما صرَّح به في القواعد والتحرير وحكى عن التذكرة وإطلاق الباقي، إلا أنَّ صريح الرِّياض الحكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، والظاهر أنَّ المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة.

وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: إنَّ الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجره فاسداً باستيفاء المنفعه، والذى ينساق إليه التَّنظر هو الضمان، لأنَّ التصرّف فيه حرام، لأنَّه غصب فيضمنه، ثم قال: إلاَّ أنَّ كون الإجاره الفاسده لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك، فيقال: إنَّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً والأصل براءة الذمّه من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونه، ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأنَّ استيلاءه بغير حقّ وهو باطل، انتهى.

الشرح:

وبتعبير آخر: ثبوت الضمان مع الاشتراط باعتبار نفوذ الشرط ولا يكون الشرط مع فساد العقد نافذاً، بل يكون تابعا للعقد فى الفساد، وبهذا يظهر الحال فى العاريه الفاسده المشروط فيها ضمان العين.

ومع كل ذلك فقد ذكر فى جامع المقاصد (1) بعد بيان ظاهر عدم ضمان العين المستأجره فى الإجاره الفاسده حتى مع استيفاء منفعتها، أن الصحيح ثبوت الضمان فى الإجاره الفاسده حتى مع عدم اشتراط الضمان باعتبار أن وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالإضافه إلى العين والمنفعه، ولكن هذا الضمان مخالف لقاعده ما لا يضمن بصحيحه.

وأجاب المصنف رحمه الله عن المخالفه بوجهين:

ص: ٨٩

ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة: إمّا لخروجها عن قاعده «ما لا يضمن»، لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، وحيث كانت في صحيح الإجاره أمانه مأذوناً فيها شرعاً ومن طرف المالك، لم يكن فيه ضمان، وأمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيه، والمفروض عدم الاستحقاق، فیده عليه يد عدوان موجب للضمان. وإمّا لأنّ قاعده ما لا يضمن معارضه هنا بقاعده اليد. والأقوى: عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره، ولا متخصّصه.

الشرح:

الأول: تخصيص قاعده ما لا يضمن بصحيحه في الإجاره الفاسده بالإضافة إلى العين المستأجره بحديث: «على اليد» (١) فإنّ الحديث المزبور يعم العين فيها.

نعم لو كانت الإجاره صحيحه كانت العين باعتبار كونها أمانه مالكيه في يد المستأجر وقد أمضاها الشارع خارجه عن عموم الحديث.

والثاني: أن القاعده المزبوره ناظره إلى بيان الضمان وعدمه في مورد العقد ومورد المعامله في صحيح الإجاره وفاسدها المنفعه لا العين.

وبعبارة أخرى: ضمان العين أو عدمه في الإجاره خارج عن أصل القاعده وعكسها بالتخصيص، ولكنه رحمه الله ذكر في آخر كلامه عدم ضمان العين في الإجاره الفاسده وأنها باقيه في عكس القاعده وليست خارجه عنها، لا بالتخصيص كما هو مقتضى الوجه الأول، ولا بالتخصيص بأن يكون المراد من الضمان وعدمه في أصل القاعده وعكسها هو ضمان مورد المعامله وعدمه كما هو مقتضى الوجه الثاني.

أقول: دفع العين المستأجره إلى المستأجر في موارد تعارف دفعها إنّما هو بشرط

ص: ٩٠

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

ثم إنه يشكل أطراد القاعده فى موارد:

منها الصّيد الذى استعاره المحرم [١] من المُحَلِّ، بناءً على فساد العاريه فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمه مع أنّ صحيح العاريه لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثانى فى الضّمان على تقديرى الصّيح والفساد. إلا أن يقال إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته: أنّ المستقرّ عليه قهراً الشّرح:

ضمنى ارتكازى فى عقد إجارتها، وهذا فى حقيقته شرط جعل العين أمانه فى يد المستأجر ليستوفى منها ملكه ومع اشتراط الأمانه ينتفى موضوع الضمان، سواءً كانت الإجاره صحيحه أولاً، لما ذكرنا من أنه لا سيره على الضمان فى موارد الاستيمان، سواء كان الاستيمان ممضى شرعاً أو لا، كما أنه لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين يكون ضمانه عليه كما هو مقتضى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١)، وليس جعل العين المستأجره أمانه عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الإجاره لينافيه اشتراط الضمان، لأن الذى من مقتضيات الإجاره فى مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر إما بطور الأمانه أو التضمين، فهو تابع للاشتراط.

وعلى ذلك فلو اشترط التضمين فى الإجاره الفاسده يثبت الضمان أيضاً للسيره المشار إليها، وأن وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان ومن غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان.

[١] ذكر المحقق رحمه الله فى «الشرايع»: «ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً؛ لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه» (٢). انتهى.

وظاهر ذلك ضمان تلف العين فينافى هذا الضمان عكس قاعده ما يضمن. ونقل

ص: ٩١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) شرايع الإسلام ٢: ٤٠٨، كتاب العاريه، الثانى فى المستعير.

بعد العاربه هي القيمه لا العين، فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التّلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التّلف.

الشرح:

السيد اليزدي رحمه الله (١) في تعليقه عن «الشرايع» العبارة هكذا: «ولا يجوز أن يستعير من محل صيدا؛ لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ثم أرسله ضمنه وإن لم يشترط».

وقال رحمه الله: «ظاهر ذلك ضمان الإتلاف، فإن إرسال الصيد إتلافه»، والكلام في قاعده ما يضمن أصلاً وعكسا في ضمان التّلف لا في ضمان الإتلاف فلا مخالفه للقاعده.

أقول: إضافه «ثم أرسله» إلى عبارة «الشرايع» باعتبار وقوعه في عبارة «الجواهر» (٢) فزعم أنه من عبارة المتن، أي «الشرايع».

كيف كان، فذكر المصنف رحمه الله أيضا أن الحكم بالضمان في المسأله لا ينافي القاعده، فإن الضمان فيها للإتلاف، حيث إن حكم الشارع على المحرم بإرسال الصيد إيجاب إتلافه، وهذا الإيجاب إتلاف تعبدى يوجب الضمان.

وفيه: أن إيجاب الإتلاف ما لم يقع الإتلاف خارجا لا يوجب الضمان، ولذا لو لم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلا-ك نفسه من الجوع فمات لم يكن مديونا لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قيمته، كما لا يصح القول بأن إيجاب الأكل عليه تحفظا على نفسه من الهلا-ك إتلاف لطعام الغير، وعلى ذلك فلو لم يرسل الصيد حتى أخذه صاحبه لم يكن على المستعير شىء.

هذا مع أنه لا-دليل على وجوب الإرسال عليه، بل غايه الأمر عدم جواز إمساكه، وتحصل الموافقه بدفعه إلى صاحبه أو إيصاله إليه. نعم لو أرسله فعليه ضمان الإتلاف،

ص: ٩٢

١- (١) حاشيه المكاسب للمحقق الطباطبائي: ٩٤، و نقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٦٠.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٣.

ويشكل أطراد القاعده أيضاً في البيع فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها[١] فإن هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح مع أنها مضمونه في العقد الفاسد إلا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد.

وفيه نظر: لأن نفس المنفعه غير مضمونه بشيء في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

ويمكن نقض القاعده[٢] أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في الشرح:

والأولى نقض عكس القاعده بعاريه الصبي ماله من آخر فإنه يثبت على الآخر ضمان تلف ماله، مع أنه لا ضمان في صحيح العاريه.

فإن قيل: ما الفرق بين عاريه البالغ حيث إن فيها مع فسادها لا ضمان على المستعير، وبين عاريه الصبي حيث يثبت للمستعير ضمان تلفها.

فإنه يقال: إن فساد عاريه الأول لا- يوجب بطلان إذن المالك للمستعير في حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان كما تقدم، بخلاف عاريه الصبي لبطلان إذنه كعاريته وسائر معاملات.

[١] وربما يقال كما عن السيد الخوئي رحمه الله (١): بأنه لا وجه لتقييد المنافع بغير المستوفاه، فإن المستوفاه وغيرها كلاهما غير مضمون في البيع الصحيح فزمانهما ينافى القاعده. وفيه: أن ضمان المستوفاه لا ينافى القاعده، لا بأصلها ولا بعكسها فإنها ناظره إلى ضمان التلف لا- الإلتلاف والاستيفاء إلتلاف، وعدم ضمان المنافع المستوفاه مع صحه البيع لكونها تابعه لملك العين، فاستيفائها إلتلاف لملك نفسه لا لملك الغير ليضمن، بخلاف صورته فساد البيع.

[٢] أقول: لا يصحح ضمان الحمل في البيع الفاسد فرض اشتراط دخوله في

ص: ٩٣

المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير: من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين، والمحقق الثاني وبعض آخر تبعاً للعلامة في القواعد، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع.

وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذ لا نقض على القاعده.

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسده [١]، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان. ثم إن مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولويه. وحاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

الشرح:

البيع، والوجه في ذلك أن مجرد اشتراط دخوله لا يجعل الحمل جزء المبيع بأن يكون الثمن بإزائه وإزاء الأم مع ليكون بالإضافة إلى الحمل ضمان معاملي، ويثبت ضمان تلفه مع فساد البيع.

والحاصل: الضمان المعاملي يجرى في جزء المبيع لا الشرط، وأن الحمل على تقدير اشتراط الدخول يكون كسائر المنافع التي تدخل في ضمان المشتري مع فساد البيع من غير ثبوت الضمان المعاملي بالإضافة إليها كما لا يخفى.

[١] ووجه النقص أن مع صحة عقد الشركة وجواز تصرف كل من الشريكين في المال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانه مالكيه فلا يضمن، بخلاف صورته فساد عقدها والبناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك فإنه تكون يده على مال صاحبه يد عدوان فيضمن، وهذا يناهض القاعده المزبوره في عكسها، لأن مقتضى عكسها عدم الضمان فيما لا ضمان في صحيحه.

أقول: الظاهر أنه لا ضمان على الشريكين حتى لو قلنا بعدم جواز تصرف كل من

وتوضيحه: أنّ الصّحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضّمان مع إمضاء الشّارع له، فالفاسد الّذى هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضّمان، لأنّ أثر الضّمان إمّا من الإقدام على الضّمان والمفروض عدمه، وإلّا لضمن بصحيحه، وإمّا من حكم الشّارع بالضّمان بواسطه هذه المعامله الفاسده، والمفروض أنّها لا تؤثّر شيئاً [١].

ووجه الأولويه: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضّمان أمكن أن يقال: إنّ الضّمان من مقتضيات الصّحيح، فلا يجرى في الفاسد لكونه لغواً غير مؤثّر، على ما سبق تقرّبه: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، والشّارع لم يمضه فيرتفع أصل الضّمان، لكن يخذشها: أنّه يجوز أن يكون صحه الرّهن والإجاره المستلزمه لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثّره في رفع الضّمان، بخلاف الفاسد الّذى لا يوجب تسلّطاً لهما على العين. فلا أولويه.

الشرح:

الشريكين في المال المشترك، حيث إن الضمان وعدمه في القاعده أصلاً وعكسا هو ضمان التلف لا الإتلاف، وفيما إذا لم يكن تلف المال مستندا إلى تصرف أحدهما، كما إذا سرق المال المشترك من يد أحدهما فلا موجب للضمان، لأن المال مع صحه الشركه كان في يده أمانه مالكيه وكذلك مع فسادها، والأمانه المالكيه خارجه عن حديث: «على اليد» (١)، ولا يعمها السيره المشار إليها سابقا، بل لا ضمان فيما إذا تلف المال المشترك بتصرف أحد الشريكين، كما إذا اشترى به متاعا ثم نزلت قيمه السوقيه للمتاع فباعه بالأقل، حيث إن بطلان عقد الشركه لا يوجب بطلان الإذن في التصرف، بل البطلان يوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحه العقد، كما هو الحال في بطلان سائر العقود الإذنيه.

[١] لا يخفى ما فيه، فإن فساد العقد معناه عدم ترتب الأثر المترقب من العقد

ص: ٩٥

فإن قلت: إنَّ الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أنَّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونه على القابض، وبقي الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دلَّ على أنَّ من لم يضمنه المالك سواء ملكه إتياءه بغير عوض أو سلَّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقِّه أو العمل فيه بلا أجره أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أمَّا في غير التملك بلا عوض [١] أعنى الهبة فالدليل المخصِّص لقاعده الضمان عموم ما دلَّ على أنَّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتهمه.

وأمَّا في الهبة الفاسده فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد» بفحوى ما دلَّ على خروج [صور] الاستئمان. فإنَّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريقٍ أولى. والتقييد بالمجانیه لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنه عين التضمنين.

فحاصل أدلِّه عدم ضمان المستأمن [٢]: أنَّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي أعنى المثل أو قيمه ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

الشرح:

عليه لا عدم ترتب حكم شرعي أصلاً كضمان المال.

[١] المستأمن بالفتح مبنى على المفعول، يعنى حاصل أدله عدم ضمان الأمين أن من دفع إليه المالك ماله على وجه لا يضمنه بالتشديد، يعنى لا يجعله ضامناً بعوض واقعي أو جعلي، فليس عليه ضمان.

[٢] يعنى الدليل على عدم الضمان في غير الهبة الفاسده من موارد الاستيوانات

الثانى: من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه فوراً إلى المالك والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه [١] على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح فى التذكرة كما عن جامع المقاصد أنّ مؤنه الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم الردّ إلّا به وإطلاقه يشمل ما لو كان فى ردّه مؤنه كثيره إلّا أن يقيد بغيرها بأدله نفي الضرر.

ويدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأ ما تصرف فى مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه «لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه» ولو نوقش فى كون الإمساك تصرفاً كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله «لا يحلّ مال امرى مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه» حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التى منها كونه فى يده.

الشرح:

إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين كموثقه غياث بن ابراهيم (١)، حيث إن دعوى اختصاصها بالأمانه المالكية الصحيحه ضعيفه، كما أن الدليل على نفي الضمان فى الهبه الفاسده فحوى ما دل على عدم ضمان الأمين، فإن الاستيمان مع عدم التسليط المطلق فى مواردّه إذا كان موجبا لنفي الضمان يكون التسليط المطلق مجانا كذلك بطريق أولى، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمنين.

[١] يعنى لا خلاف فى وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح عدم الخلاف على هذا التقدير من مجمع الفائدة (٢)، والوجه فى ذلك أن الإمساك به تصرف فيجب ردّه تخلّصا من الإمساك المزبور، والظاهر عدم جواز التصرف فى المقبوض بلا فرق بين علم الدافع بفساد البيع وعدمه.

ص: ٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأول.

٢- (٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٩٢ .

وأما توهم: أن هذا ياذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضيه باعتبار عدم سلامه العوض له شرعاً، والمفروض أن كونه على وجه الملكيه المجائيه ممّا لم ينشئها المالك وكونه مالاً للمالك وأمانه في يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه ولو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبه جديده.

الشرح:

وما ربما يقال: من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده، بدعوى أن الدفع مع العلم المزبور ترخيص في كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه فإن علم الدافع بفساد البيع شرعاً لا- يمنعه من إنشاء تمليكه بعوض، حيث إن إمضاء الشارع التمليك المزبور وعدمه خارج عن قصده وإنشائه، كما أن الرضا بالتمليك المزبور لا يتضمن إذناً لصاحبه في التصرف مع بقاء المال في ملكه.

وأما بالإضافة إلى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه، وأنه في بعض المبيعات التي يكون المتعارف في بيعها حملها إلى المشتري لغايه التسليم إليه ليس على المشتري مع فساد البيع إلاّ التخليه بين المقبوض وبين بائعه ولو بإخباره أن ماله عنده فله أخذه؛ لفساد المعامله وبقائه على ملكه، وفي المبيعات التي يكون المتعارف فيها تخليه البائع وأخذ المشتري المال من عند البائع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بائعه ولا- يكفي التخليه المزبوره، بل لو كانت في إيصاله مؤونه كانت على المشتري، وحديث: «لا ضرر»^(١) لا يجرى في المقام، باعتبار أن حبس المال على بائعه ضرر على البائع.

وقد ذكر في محله أن قاعده لا ضرر لا تعم موارد تعارض الضررين، ولو تلف المال في القسم الأول قبل التخليه المزبوره يكون ضمان تلفه على المشتري بخلاف

ص: ٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

هذا ولكن الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه. وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب وهو ضعيف والنسبه غير ثابتة، ولا يبعد إرادته صورته الجهل لأنه لا يعاقب.

الشرح:

ما إذا تلف بعدها، فإن أخبار البايع بأن ماله عنده فله أخذه يخرج المال عن إمساكه المحرم ويدخله في التبرئة من ضمانه على تقدير مماطلته المالك في الأخذ، حيث لا يكون معها في سيره العقلاء ضمان، وهذا بخلاف الصوره الثانيه فإنه مادام لم يتحقق رد المال على مالكة فضمان تلفه عليه حتى فيما إذا كان ردّه حرجياً عليه، وباعتباره جاز له إمساكه إلى ارتفاع الحرج، حيث إن دليل نفى الحرج لا ينفي الضمان.

ثم لا يخفى أن الرد لا يكون وجوبه نفسياً حتى في الأمانات المالكيه عند مطالبه مالِكها، بل وجوبه كما أشرنا إليه غيرى تخلصاً من حرمة الإمساك بالمال، كما يظهر ذلك بملاحظه ما دل عليه كصحيحه زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حين قضى مناسكها، إلى أن قال: اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانه فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ بطيبه نفسه»^(١).

وما يظهر من بعض الكلمات من أن المفهوم من عدم حل مال الغير وجوب الرد عليه نفساً ضعيف، بل الأمر بالعكس بشهاده مثل الصحيحه، وقد يقال: إن حديث: «على اليد»^(٢)، يدل على كل من الضمان ووجوب الرد؛ إما لأن ضمان العين قبل تلفها يستلزم وجوب الرد، فلا معنى له غير وجوب الرد، أو لأن كلاً من الضمان ووجوب الرد مدلول مطابقى للحديث ومستفاد من كون المال على العهد.

وفيه: أن ظاهر إسناد الظرف إلى المال هو ضمانه فقط، واستفاده التكليف من

ص: ٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٠، الباب الأول من أبواب القصاص، الحديث ٣.

٢- (٢) مرّ سابقاً .

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري[١] قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر، من كونه بمنزله المغصوب: الاتفاق على الحكم.

الشرح:

الحديث محتاج إلى إسناد الظرف إلى فعل مقدر أيضا، بأن يقال: على اليد رد ما أخذت، والتقدير خلاف الأصل، كما أن الجمع بين التقدير ليستفاد التكليف وبين إسناد الظرف إلى نفس المال ليستفاد الضمان غير ممكن.

وأما دعوى أن اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو وباستلزام الضمان التكليف بالرد، فلا يمكن المساعدة عليها، لإمكان اعتبار شيء على العهده من غير التكليف برده، كما في الديون التي تعتبر على عهده الشخص مع عدم تمكنه على أدائها.

والحاصل: أن وجوب الرد باعتبار أن الإمساك بأموال الناس غير جائز، ولو لم يكن في البين حرمة الإمساك بها والمستفاده من مثل صحيحه زيد الشحام لما كان للحديث: «على اليد»، دلالة عليه. ولو تنزلنا عن ذلك وبنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينه على كون المراد بالرد هو خصوص الإيصال، بل يعم التخليه في الموارد التي أشرنا إليها، فتدبر.

[١] لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعه استوفاهها المشتري يكون عليه ضمانها زائدا على ضمان العين على المشهور بين أصحابنا، بل ظاهر ما في السرائر (من أن المأخوذ بالبيع الفاسد كالمغصوب عند المجتهدين من أصحابنا) (١) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف والضمان، ويقتضى هذا الضمان قاعده احترام مال المسلم المستفاده من مثل موثقه غياث بن ابراهيم (٢) المتقدمه، وكما ذكرنا سابقا أن استيفاء

ص: ١٠٠

١- (١) السرائر ٢: ٢٨٥ و ٣٢٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٣٩، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأول.

ويدلّ عليه: عموم قوله عليه السلام: «لا- يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه»، بناءً على صدق المال على المنفعة، ولذا يجعل ثمناً في البيع وصداقاً في النكاح. خلافاً للوسيلة، فنفي الضمان، محتجاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل. وتفسيره: أنّ من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببيه أو المقابله، فالمشترى لما أقدم على ضمان المبيع وتقبّله على نفسه بتقبيل البائع وتضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

الشرح:

منفعة المبيع إتلاف لملك الغير فيوجب الضمان، وأما الاستدلال بقوله عليه السلام: «لا- يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه»^(١) كما عن المصنف رحمه الله، فلا يمكن المساعدة عليه؛ لما ذكرنا سابقاً من أن مقتضاه عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفاً ووضعاً. وأما الضمان أو عدمه فلا دلالة فيه عليها أصلاً، خلافاً لابن حمزه في «الوسيلة»^(٢)، حيث نفى ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد وتمسك في ذلك بما في النبوي المرسل: «الخراج بالضمان»^(٣). والمراد بالخراج منافع الشيء وعوائده، والباء بمعنى السببيه أو المقابله فيكون مفاده أنّ ضمان العين بإزاء منافعها، أو أنّ ضمانها سبب لكون منافعها للضامن.

والحاصل: أنّ مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاه وغيرها.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ هذا المعنى مستفاد من الأخبار الكثيرة، مثل قوله عليه السلام في الاستشهاد على كون منافع المبيع للمشترى في بيع الخيار: «ألا ترى أنه لو أحرقت

ص: ١٠١

١- (١) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٢- (٢) الوسيلة: ٢٢٥.

٣- (٣) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

والحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنيمه والفائده بإزاء الغرامه، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيره متفرقه، مثل قوله عليه السلام فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنّها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟» ونحوه فى الزهن وغيره.

وفيه: أنّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بإزائه، وإنّما هو أمر قهرىّ حكم به الشّارع كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم والمغصوب.

فالمراد بالضمان الذى بإزائه الخراج: التزام الشىء على نفسه وتقبّله له مع إمضاء الشّارع له. وربّما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الزّوايه بالعاريه المضمونه، حيث إنّه أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له، لعدم تملكه للمنفعه، وإنّما تملك الانتفاع الذى عيّنه المالك، فتأمل.

الشرح:

كانت من مال المشتري؟^(١)، فإن ظاهر ذلك أن مقتضى ضمان العين على المشتري كون منافعها له.

أقول: لا- يظهر ما ذكر من مثل قوله عليه السلام ، وذلك لما تقدم من أنه لا معنى لكون الإنسان ضامنا لماله، وبما أن المبيع فى بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري ولا- يكون ثبوت الخيار للبايع موجبا لبقائه فى ملكه، فلا يكون لضمان المشتري معنى ليكون ضمانه فى مقابل المنافع أو سببا لكون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الإمام عليه السلام لدخول المنافع تبعا للعين فى ملك المشتري بكون هلاك العين وتلفها فى ملكه.

والحاصل: أنه ليس فى البين ما يكون وجها لما ذهب إليه ابن حمزه غير النبوى المرسل، وناقش المصنف رحمه الله فيه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالاته على المقام،

ص: ١٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ ، ولفظ الحديث: «أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!». ومثله فى الدلاله الحديث الأول من هذا الباب.

والحاصل: أنّ دلالة الرّوايه لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعده ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه إلاّ عن طيب النفس.

الشرح:

فإنّ مدلوله أنّ مع ثبوت الضمان الإقداى بالإضافه إلى العين وإمضاء الشارع له تكون منافعها للضامن كما في البيع الصحيح، فإنّ ثبوت الضمان المعاملى بالإضافه إلى المبيع تكون منفعه للمشتري، والضمان مع فساد البيع لا يكون ضمانا إقداى، بل كالضمان في المقبوض بالسوم حكم شرعى مستفاد من حديث: «على اليد» ونحوه، وثبوت هذا الضمان بالإضافه إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما في ضمان المغصوب.

بل ربما يقال كما هو الصحيح: لا يكون مجرد الضمان الإقداى موجبا لكون المنافع للضامن حتى مع إمضاء الشارع وكون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين في ملكه لا لمجرد ضمان العين، ولذا لا تكون المنافع ملكا للضامن باشرط الضمان على المرتهن أو على المستعير، فإنّ الثابت للمستعير حتى في مورد ضمان العين جواز الانتفاع، وجوازه بإذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع وأما المنفعه فهى باقيه على ملك المعير، ولذا لو مات المستعير لا تنتقل المنفعه إلى ورثته، بل تبطل العاريه ولا يجوز للورثه الانتفاع بالعين، بخلاف موارد ملك المنفعه فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعه المملوكه له إلى ورثته.

والحاصل: يمكن أن يراد بالضمان في النبوى ضمان العين بالضمان المعاملى لا مجرد الالتزام بضمانها، وضمان المبيع في مقابل الثمن مع صحه البيع المعاملى كما هو مورد، فتكون المنافع للمشتري بذلك الضمان، فإنّ عمر بن عبدالعزيز قضى في عبد أشتري واستعمل ثم ظهر كونه معيبا بأن عمله للبايع، فروى عليه عروه عن عائشه أنه وقع مثله في حياه رسول صلى الله عليه وآله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: عمله للمشتري؛ لأنّ الخراج بالضمان. (١)

ص: ١٠٣

١- (١) سنن البيهقى ٥: ٣٢١، مع اختلاف يسير .

وربما يردّ هذا القول [١] بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمه الولد و عوض اللبن بل عوض كلّ ما انتفع.

وفيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير، وأضعف من ذلك [٢] ردّه بصحيحه أبي ولاد المتضمنه لضمان منفعه المغصوب المستوفاه ردّاً على أبي حنيفة القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها، كما يظهر من تلك الصحيحه.

الشرح:

[١] يعنى يرد قول ابن أبي حمزه بما ورد فيمن اشترى أمه وأولدها فوجدها أنها مسروقه من مالكةها، حيث إن مشتريها ضامن لمالكها بقيمه ولدها وعوض لبنها، بل عوض كلما انتفع بها (١) ولكن هذا الرد ضعيف، فإن مورد كلام ابن أبي حمزه ما إذا كان ضمان العين بتضمين مالكةها وعدم تضمينه منافعها، ومثل الأمه المفروضه خارج عن ذلك، فإنه ليس فيها تضمين العين من مالكةها وجعل منافعها بلا تضمين، بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب، حيث إن بايعها لم يكن مالكا لها.

[٢] ووجه كونه أضعف من الرد السابق أن ضمان بيع الأمه المسروقه يكون بالإضافة إلى العين فقط، حيث يجعل الثمن بإزاء المبيع، ولكن بما أن جعل المنافع مجاناً كان من البائع غير المالك فلم يؤثر في ارتفاع الضمان، ولا يقتضى ضمان العين ضمان المنافع فيما إذا كان الجعل المزبور باتفاق المالكين، وهذا بخلاف صحيحه أبي ولاد. الداله على ضمان المنافع، فإن موردها إجاره العين التي تكون المنافع فيها مضمونه بتضمين مالكةها فالضمان في مورد الصحيحه لا يقتضى ضمان المنافع التي لا يكون فيها تضمين، كما هو مورد الكلام في المقام.

ص: ١٠٤

١- (١) أنظر وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٤ ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥٢.

نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهضت الصّحيحة وما قبلها ردّاً عليه هذا كلّ في المنفعة المستوفاه. وأمّا المنفعة الفائته بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضّمان.

وقد عرفت عبارته الشرائر المتقدّمة. ولعلّه لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضه في يده، ولذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثمن في السّلم بقبض الجاربه المجمعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمعول سكنها ثمناً مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه في يد غير مالكة مدّه طويله من غير أجره منافعٍ للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً- حقيقه بأنّ مجرد ذلك لا- يكفي في تحقّق الضّمان، إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» ولا إشكال في عدم شمول صله الموصول[١] للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكله.

الشرح:

نعم لو فرض أن دعوى الوسيله هو عدم ضمان المنافع أصلاً، وأن ضمانها لا يجتمع مع ضمان العين حتى في مورد الغصب والإجاره، فيصح الرد عليه بالروايه والصحيحه.

[١] وحاصله: أن المنفعة وهي قابليه العين للانتفاع بها لا تكون قابله للأخذ وتناول اليد، بل القابل له هو العين فقط.

والحاصل: أن حديث: «على اليد»(١)، قاصر عن الشمول للمنافع باعتبار عدم عموم الصله، أي الأخذ بالمنافع.

أقول: المراد بالأخذ الاستيلاء لا الأخذ الخارجى وتناول اليد، وما ذكر

ص: ١٠٥

١- (١) مرّ سابقاً .

وأما احترام مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» له.

ومن المعلوم أنّ صحيح البيع لا- يوجب ضماناً للمشتري للمنفعه، لأنها له مجاناً ولا- يتقسط الثمن عليها وضمانيها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافى الشرح:

المصنف رحمه الله من كون الأخذ بمعنى الاستيلاء مُشكلاً، ضعيف، وإلا لم تصدق الصلّه المزبوره على وضع اليد بمثل البساتين والأشجار ونحوهما من الأعيان التى لا تكون قابله للنقل الخارجى وتناول اليد.

نعم، قيل: إن الحديث لا- يعم المنافع، باعتبار أن الذيل فيه وهو قوله: «حتى تؤدى» قرينه على اختصاص صدره بالأعيان فإنها القابله للأداء دون المنافع، ولكن أجبتنا عنه بأن الأداء فى الذيل يعم أداء المأخوذ بنفسه ورده ببدله، حيث ينتهى الضمان بكل من رد العين والبدل، ومع ذلك لا يمكن الاعتماد على الحديث؛ لضعفه سنداً، وكذا لا يمكن التثبت فى الحكم بضماني المنافع غير المستوفاه بما فى موثقه غياث وصحيحه زيد الشحام (١) من قوله صلى الله عليه و آله من أن: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (٢)، فإن مقتضاهما وإن يكن الضمان كما هو مقتضى إطلاق تنزيل المال بالدم، إلا أنه لا يعم المنافع غير المستوفاه، حيث إن عدم ضمانها لا- ينافى احترام المال وإنما ينافى احترامه عدم ضمان الإتلاف، كما هو الحال فى الدم فإن احترامه لا يوجب ضمان التلف، بل يوجب ضمان الإتلاف.

والعمده فى الضمان فى تلك المنافع أيضا السيره العقلانيه فإنه لا فرق عندهم

ص: ١٠٦

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) عوالى اللآلى ٣ : ٤٧٣ / ٤ .

القاعده المذكوره؛ لأنها بالنسبه إلى التّلف لا الإِتلاف، مضافا إلى الأخبار الوارده فى ضمان [١] المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه، الساكته من ضمان غيرها فى مقام البيان.

وكذا صحيحه محمد بن قيس الوارده فى من باع وليده أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليده وابنها» وسكت عن المنافع الفائته، فإنّ عدم الضّمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضّمان هنا بطريق أولى.

الشرح:

بين المنافع الفائته تحت يده وبين المنافع المستوفاه.

ودعوى أنها غير محرزه فى مورد فوت المنفعه تحت اليد من غير استيفاء مدفوعه بملاحظه موارد الغصب، كما فى وضع اليد على دار لم يسكنها أو على بستان لم ينتفع منه وهكذا، ولا وجه لما قد يقال: من أنه لا موجب فى الغصب لضمان المنافع غير المستوفاه فيما إذا كانت تلك المنافع شأنه، كمن يكون عنده مراكب لا يركبها نادرا، ولو وضع الغير يده على تلك المراكب يوما ولكن لم يركبها لا- يضمن للمالك أجره المثل، بخلاف ما إذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالبا أو يؤجرها للركوب كذلك، وذلك فإنه لا يرى فى سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المراكب كل يوم أولا.

نعم إذا لم يمكن عادة ركوب المراكب فى زمان لا- لمانع شخصي، بل نوعي، كنزول الثلج أو المنع العام من الخروج من البلد وغيره مما لا يعد معه المراكب ذا منفعه، فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعه فى يده.

[١] كروايه زواره قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثم يجيء الرجل فيقيم البيئه على أنها جاربه لم تبع ولم توهب، فقال: يردّ إليه جاربه ويعوّضه بما انتفع» (١).

ص: ١٠٧

والإنصاف: أنَّ للتوقّف في المسأله كما في المسالك تبعاً للدروس والتنقيح مجالاً. وربّما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد: اختصاص الإشكال والتوقّف بصوره علم البائع على ما استظهره السيد العميد والمحقّق الثّاني من عباره الكتاب، وعن الفخر: حمل الإشكال في عباره على مطلق صوره عدم الاستيفاء.

فتحصل من ذلك كلّ: أنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاه خمسه:

الأول: الضّمان، وكأنّه للأكثر.

الثاني: عدم الضّمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضّمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقّف في هذه الصوره، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد من عباره القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدّين. وقد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ المحكى من التّذكره ما لفظه: إنّ منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونه بالتفويت والفوات تحت اليد العاديه، فلو غصب عبداً أو جاريه أو عقاراً الشرح:

وفي روايه أخرى عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له: «رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيئه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاريه ويعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها»(١). ولا يبعد اعتبار سند الأولى، ولكن لا دلالة فيهما على عدم ضمان

ص: ١٠٨

أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فأتت تحت يده بأن بقيت مدّه في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. ولا يعد أن يراد ب«اليد العاديه» مقابل اليد الحقّه، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه، سيّما مع جهل البائع به. وأظهر منه ما في السّيرائر في آخر باب الإجاره: من الاتّفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائته، مع قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه، انتهى.

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوه، وإن كان المتراعى من ظاهر صحيحه أبي ولاد[١] اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من الشّرح:

المنافع الفائته فإنه لم يفرض فيها فوت منفعه، بل مقتضى العاده في مثل الأمه المزبوره استيفاء منافعها.

وأما صحيحه محمد بن قيس الوارده فيمن باع وليده أبيه(١) فليس فيها بيان ضمان المنافع أصلاً، لا المستوفاه ولا غيرها، ولا يمكن أن يقال: إن السكوت فيها عن ضمان المنافع دليل على عدم ضمانها، وذلك لعدم إحراز كونها في مقام البيان من هذه الجهه ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافه إلى المنافع المستوفاه بقريته ما تقدم، ويتمسك بها في نفى ضمان غيرها.

والحاصل: إنّ الإطلاق مقامى موهومٌ في الصحيحه وليس الإطلاق لفظى ليمن إحرازه بالإصل العقلانى، وإثبات الإطلاق المقامى موقوف على إحراز كون المتكلم في مقام بيان الحكم الآخر أيضاً غير الحكم الوارد في الخطاب.

[١] لم يظهر وجه ما ذكر، فإنه لم يفرض فيها فوت منفعه بلا استيفاء، كما إذا

ص: ١٠٩

١- (١) المصدر السابق: ٢٠٣، الحديث ١.

البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصه، إلا أنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً [١] وجب مثله بلا خلاف إلا ما يحكى الشرح:

مكث المستأجر بالبغل أياماً من غير ركوبه (١)؛ ليقال بأن عدم ضمانه أجره تلك الأيام في مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها في المقام.

نعم بالإضافة إلى ضمان الأجره المسماه في مورد مخالفه عقد الإجاره كلام موكول إلى كتاب الإجاره، وظاهر الصحيحه عدم ضمان المستأجر تلك الأجره فلاحظ.

[١] المعروف أن التالف في يد المشتري مضمون بالمثل في المثليات، خلافاً لما يحكى عن الإسكافي (٢)، حيث ذكر: أن التالف يكون مضموناً بالقيمة مطلقاً، والكلام فعلاً في ضابط كون التالف مثلياً، حيث ذكر جماعه: أنه ما يتساوى أجزاءه من جهه القيمة (٣)، والمراد بالأجزاء الأفراد، حيث تصدق الحقيقه على كون واحد منها وتساويها من حيث القيمة بالنسبه: أي بإضافه بعضها إلى بعضها الآخر من حيث المقدار، فإذا كانت حنطه مساويه للأخرى في الكم تكون مساويه لها في القيمة أيضاً.

ص: ١١٠

-
- ١- (١) يشير إلى صحيحه أبي ولاد المذكوره في المتن، وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأول .
 - ٢- (٢) حكاه العلامة في المختلف ٦ : ١٣١، والشهيد في غايه المراد : ١٣٥، وغيرهما .
 - ٣- (٣) منهم الشيخ في المبسوط ٣ : ٥٩، وابن زهره في الغنيه : ٢٧٨، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٨٠، والمحقق في الشرايع ٣ : ٢٣٩، وتلميذه الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢ : ٣٨٢، والعلامة في القواعد ١ : ٢٠٣ وغيرهم .

عن ظاهر الإسكافي. وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلى، فالشيخ وابن زهره وابن إدريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيرهم (قدس الله أسرارهم)، بل المشهور على ما حكى أنه: ما يتساوى أجزاءه من حيث قيمته.

الشرح:

وعلى ذلك فيلزم على ما ذكر الشهيد رحمه الله (١) من كون المسبوك من الذهب قيمه، فإنه إذا انفصل وكانت قطعه منه نصف مسبوك آخر، فلا تكون قيمته نصف قيمة ذلك المسبوك؛ لدخاله الهيئه في قيمته، وكذا يلزم أن لا يكون الدرهم مثلياً، فإن الدرهم إذا كسر وصار قطعاً تكون تلك القطع مساويه للدرهم من حيث الكم، مع أنه لا تشتري تلك القطع بالدرهم.

ويمكن أن يجاب بأن الدرهم مثلي بالإضافه إلى نوعه الصحيح فلا ينافى عدم كونه مثلاً للقطع من درهم آخر، كما أن كون الحنطه مثلياً لا- ينافى عدم كونها مثلاً- بالإضافه إلى قطع الحنطه المعبر عنها بالجريش، ويلتزم كما عن الشهيد رحمه الله بأن المسبوك من الذهب أو الفضة قيمى.

ثم إن لازم التعريف والتوضيح أن لا يكون مثل الحنطه مثلياً، فإنه ربما تكون حنطه ضعف الأخرى فى المقدار ومع ذلك تكون قيمتها مساويه له كالممن من الحنطه الجيده مع المئين من الرديئه، فيلزم أن لا يكون الحنطه مثليه، بل المثلى أصنافها، وهذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطه مثليه. وعلى ذلك فلو تلف أو أتلف فرداً من صنفاها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف، ويبقى أن إطلاق المثلى على الجنس بلحاظ مثليه أصنافها وإن لم يكن بعيداً، إلا أن تطبيق تعريف المثلى فى كلماتهم على الجنس بلحاظ أفراد أصنافه بعيد.

ص: ١١١

والمراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمه كلّ بعض بالنسبة إلى قيمه البعض الآخر كنسبه نفس البعضين من حيث المقدار، ولذا قيل في توضيحه: إنّ المقدار منه إذا كان يستوى قيمه، فنصفه يستوى نصف تلك القيمة.

ومن هنا رَجِحَ الشَّهيدُ الثَّانِي كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها. قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ لو انكسر نصفين نقص قيمه نصفه عن نصف قيمه المجموع، إلا أن يقال: إنّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه. وهو الصَّحيح، ولذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطه، ولا الدُّقاقة مثلاً للأُرزَّ.

ومن هنا يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أريد التساوى بالكليّه، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المُعرَّف، إذ ما من مثليّ إلا وأجزاؤه مختلفه في القيمة كالحنطه، فإنّ قفيزاً من حنطه يساوى عشره ومن أخرى يساوى عشرين. وإن أريد التّساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب والأرض، انتهى.

الشرح:

وأبعد منه القول بأن قولهم: الحنطه مثلي، نظرهم إلى الجنس وعدم ملاحظتهم اختلاف أفراد أصنافها مع كون المثلي كل واحد من تلك الأصناف باعتبار أن التالف مضمون بالجنس عندهم، غاية الأمر يجب عند أداء ما عليه من الجنس رعايه الخصوصيات الصنفيه التي كانت في التالف. ووجه كون هذا أبعد أنه لا وجه لرعايه الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمه بها، كما أن مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها على الذمه.

ص: ١١٢

وقد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أن كون الحنطه مثليه معناه: أن كل صنف منها متماثل الأجزاء ومتساو في قيمه، لا- بمعنى أن جميع أبعاد هذا النوع متساويه في قيمه، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمه ولا بعض من صنف آخر.

لكن الإنصاف: أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطه والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه، وإطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثليه أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلا- أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجه لزياده قيمه ونقصانها، كما التزمه بعضهم. غايه الأمر وجوب رعايه الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، وهذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناءً على هذا [١] بأنه إن أريد

الشرح:

وبالجملة: لا موجب لاعتبار الجنس مثلياً، مع كون المثلى نوعه أو صنفه.

[١] يعني لا يتم التعريف المزبور حتى بناءً على كون المراد من تساوى أفراد الحقيقه تساوى أفراد كل واحد من أصنافها، ووجه عدم التماميه أنه إن أريد تساوى تلك الأفراد من جميع الجهات الموجه لرغبة الناس التي تكون بها زياده قيمه ونقصانها، فهذا النحو من التساوى غير حاصل حتى في أفراد الصنف الواحد. وإن أريد من التساوى التقارب بين تلك الأفراد في تلك الجهات، فهذا حاصل في أفراد الصنف من القيميات أيضاً كأصناف الغنم والبقر وغيرهما من الحيوان، مع كونه قيميا عندهم.

نعم التقارب كذلك في أصناف القيمي قليل وفي اصناف المثلى كثير، ولكن القله والكثره تصلحان لملاك الحكم بضمان القيمه في الأول وبضمان المثل في الثاني، ولا توجبان كون التعريف المزبور مانعا عن الغير.

تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلّ ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبه لزياده الرّغبه ونقصانها كما لا يخفى.

وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقه، تحقّق ذلك في أكثر القيميّات، فإنّ لنوع الجاربه أصنافاً متقاربه في الصفات الموجبه لتساوى القيمة وبهذا الاعتبار يصحّ السّلم فيها [١] ولذا اختار العلامه في باب القرض [٢] من التذكرة على ما حكى عنه أنّ ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات مضمون في القرض بمثله.

وقد عدّ الشيخ في المبسوط الرّطب والفواكه من القيميّات مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربه في القيمة بل متساويه عرفاً، ثمّ لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيميه عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلّيه لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في الشرح:

وبالجملة، فالتعريف المزبور للمثلى شامل للقيمي أيضا.

[١] أى باعتبار تقارب أفراد القيمي أيضا في الصفات الموجبه للماليه يجوز السلم في القيمي، حيث يعبر في السلم أن لا يكون توصيف المبيع موجبا لندرته وجوده.

[٢] وهذا أيضا استشهاد لما ذكره من أنّ تقارب الأفراد في الجهات الموجبه للماليه لا يختص بالمثلّيات، وبيانه أنه لو كان تقارب الأفراد فيها مختصا بها لم يكن للعلامه الحكم على القيمي في السلم بأنه مضمون في مورد القرض بالمثل.

والحاصل: حكمه رحمه الله بأن ما يصح فيه السلم من القيميّات إذا وقع مورد القرض

حكمه الحكم بضمّان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمه، ثمّ إنّه قد عرّف المثلى بتعاريف أخر أعمّ من التعريف المتقدم أو أخصّ:

فمن التحرير: أنّه ما تماثلت أجزاؤه [١] وتقاربت صفاته.

وعن الدّروس و الرّوضه: أنّه المتساوى الأجزاء [٢] والمنفعه، المتقارب الصفات. وعن المسالك والكفايه: أنّه أقرب التّعريفات إلى السلامه.

وعن غايه المراد: ما تساوى أجزاؤه [٣] فى الحقيقه النوعيه. وعن بعض العامه: أنّه ما قدّر بالكيل أو الوزن.

الشرح:

يكون مضمونا بالمثل، فرض لوجود المثل للقيمي.

[١] لا يخفى أن هذا (١) مثل التعريف السابق، فإن تماثل الأفراد وتقارب صفاتها يكون فى المثليات والقيميات ولو باعتبار أفراد الصنف. وبعبارة أخرى: إن أريد التماثل من جميع الجهات فلا- يعم التعريف جميع المثليات، وإن أريد التقارب فيها فيشمل القيميات أيضا.

[٢] وهذا (٢) بظاهره أخص من التعريف المتقدم، حيث أخذ فيه مع تساوى الأفراد تساويها فى المنفعه وتقاربها فى صفاتها، اللهم إلّا- أن يقال: تقييد التساوى فى التعريف المتقدم بالقيمه فى قوه ذكر تساويها فى المنفعه وتقاربها فى الصفات، وعليه فيرد على هذا التعريف ما أورد به على سابقه.

[٣] وهذا (٣) أعم من التعريف المتقدم، حيث إن هذا يعم جميع المثليات

ص: ١١٥

١- (١) يشير قدس سره إلى ما فى التحرير كما فى المتن، حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٢، وانظر التحرير ٢: ١٣٩.

٢- (٢) يشير قدس سره إلى ما فى الدروس والروضه كما فى المتن، الدروس ٣: ١١٣، عنه الروضه البهيه ٧: ٣٦.

٣- (٣) يشير قدس سره إلى ما فى غايه المراد كما فى المتن، غايه المراد: ١٣٥.

وعن آخر منهم زياده: جواز بيعه سلماً.

وعن ثالث منهم زياده: جواز بيع بعضه ببعض، إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة عن العامه.

ثمّ لا يخفى أنّه ليس للفظ «المثلى» حقيقه شرعيه ولا متشرعيه، وليس المراد معناه اللغوى، إذ المراد بالمثل لغه: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس، وإن أريد من بعضها، فغير مطرد. وليس فى النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه.

نعم، وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم على أنّ المثلى يضمن بالمثل، وغيره بالقيمه، ومن المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفه الباقيين. وحينئذٍ فينبغى أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال فى ضمانه بالمثل، للإجماع، ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضه الغير المسكوكين، فإنّ صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات، وظاهر غيره كونهما مثليين، وكذا الحديد والنحاس والرّصاص، فإنّ الشرح:

والقيميات فإنّ الأفراد فيهما مشتركه فى الحقيقه النوعيه، كما أن ما ذكره بعض العامه من أن المثلى ما قدر بالكيل والوزن (1) غير تام، فإنّ التقدير بهما ربما يكون فى القيمى كبعض الفواكه، والتقدير بالعد أيضاً يكون فى المثلى كالثوب، ومثله ما عن بعض آخر منهم من جواز بيعه سلماً (2)، فإنّ القيمى أيضاً يجوز بيعه سلماً فيما لا يكون التوصيف موجبا لندره وجوده، وكذا ما عن ثالث منهم من إضافه بيع بعضه ببعض، فإنّ جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

ص: ١١٦

١- (١) بدايه المجتهد ٢: ٣١٧، المغنى لابن قدامه ٥: ٢٣٩، ٢٤٠، المحلى ٦: ٤٣٧.

٢- (٢) أنظر مغنى المحتاج ٢: ٢٨١.

ظواهر عبائر المبسوط والغنيه والسرائر كونها قيميه. وعبارته التحرير صريحه فى كون أصولها مثليه وإن كان المصوغ منها قيمياً. وقد صرح الشيخ فى المبسوط: يكون الرطب والعنب قيمياً، والتمر والزبيب مثلياً. وقال فى محكى المختلف: إن فى الفرق إشكالاً، بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين.

وقد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثلى، والمشهور خلافه. وأيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطه والشعير، ولم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ وما المعيار فى الصنف؟ وكذا التمر.

الشرح:

أقول: الأظهر أن يقال: ضمان التالف إما بالمثل أو القيمه، والأول فى موارد عدم ندره المثل للتالف غالباً، والثانى فى موارد ندرته كذلك، والمراد بالمثل هو القريب إلى التالف فى الأوصاف التى تكون بها المالىه أو زيادتها، لا سائر الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها، وربما يزيد بها الثمن عند شرائه ولكن لا تكون الخصوصيه المزبوره منظوره مقصوده للعقلاء الراغبين فى الشىء المزبور.

ولو أحرز أن المال بالإضافه إلى التالف كذلك ولم يكن وجوده عزيزاً نوعاً، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق فالمال مثلى، وفى صورته عزه وجوده وندرته الظفر به فالمال قيمى، كبعض الجواهر، فلو تراضى المالك والضامن فى الأول على القيمه فهو، وإلا فلا- يستحق المالك غير المطالبه بالمثل، كما أنه فى الثانى لا يستحق إلا المطالبه بالقيمه. وليس له إزامه بدفع المثل وإن اتفق تيسير تحصيله، فإن عمدته الدليل على الضمان فى مورد الكلام سيره العقلاء، ومقتضى سيرتهم فى موارد ضمان التلف والإتلاف ما ذكرنا، فلاحظ.

ص: ١١٧

والحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليه فيها كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل الذي يرجع إليه [١] عند الشكّ هو الضّمان بالمثل، أو بالقيمه، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمه؟ ولا- يبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإنّ فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر.

والأقوى: تخيير المالك من أوّل الأمر، لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

الشرح:

[١] أقول: مقتضى القاعده في مورد دوران التالف بين المثلى والقيمي هو تخيير الضامن، وبيان ذلك أنّ العلم الإجمالي الحاصل للضامن تكون ذمته مشغوله إما بالمثل أو القيمه وإن كان من قبيل العلم الإجمالي بالتكليف بين المتبائنين، إلّا أنه لا ينبغي الريب في أنه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمه معاً، لعدم وجوب هذا الاحتياط في الماليات. وليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمه أو المثل من دوران الأمر بين الأقل والأكثر، بأن يكون الثابت في ذمته مطلق ماله التالف أو ماليته في ضمن المثل، ليكون دفع المثل احتياطاً ودفع القيمه عملاً بأصالة البراءة، وذلك لأن المراد بالماليه في المقام ليست هي القيمه ضمن أى شيء، بل بالنقود المتعارفه للأثمان كالدرهم والدنانير، ودوران الأمر بين القيمه وكذلك وبين المثل من قبيل المتبائنين، وبعد فرض عدم وجوب الموافقه القطعيه في المقام بدفع القيمه والمثل معاً تصل النوبه إلى الموافقه الاحتماليه باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقه رأساً.

لا يقال: كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن، حيث يحتمل أن يكون

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، والإجماع على عدم تخيير المالك : التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه قيمه ولا للضامن الامتناع، وتعيين قيمه كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءه اليقنيه عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن القاعده المستفاده من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفترط فيها، وغير ذلك، هو الضمان بالمثل، لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه والصفات، ثم بعده قيمه التالف من النقدين وشبههما، الشرح: المدفوع إليه غير ما يستحقه.

فإنه يقال: دفع الضامن واحدا من المثل أو قيمه باعتبار أنه إما عين ما يستحقه المالك عليه أو عوض عنه، فيجوز للمالك أخذه إما لأنه عين ماله أو بدله بجعل الضامن، مع أن للمالك أخذه تقاصا لماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن، لأن الضامن لا يدفع إليه ذلك المال.

ودعوى تخيير المالك، فإنه مقتضى قاعده الاشتغال الجاربه في حق الضامن، حيث إن المالك إذا رضى بالمثل فدفعه إليه مبرئ لذمه الضامن قطعاً، فإنه إن كان عين ما يستحقه عليه فهو، وإن كان ما يستحقه عليه هي قيمه فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض، وهذا بخلاف ما إذا رفع إليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعه بأنه لم يتم دليل على وجوب تفرغ الذمه في الفرض على الضامن؛ لعدم تنجز التكليف المعلوم بالإجمال بوجوب موافقة القطعيه. وإنما الثابت في حقه في الفرض لزوم موافقه الاحتماليه حتى لا- يمنع الغير قطعاً عما يستحقه عليه؛ ولذا لو طالب المالك بغير المثل أو قيمه في الفرض بأن رضى عن عوض التالف المرّد بين كونه

لأنهما أقرب من حيث المالیه، لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما. ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلّا ما شدّ وندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا- الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشّارع إهماله في موارد البيان. وقد استدلّ في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمه بقوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» بتقريب: أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، والقيمه في غيره، واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لا يقدر بعد عدم القول بالفصل.

الشرح:

مثليا أو قيميا بثوب الضامن مثلاً، فلا- يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى أنه يجب عليه تفرغ ذمته، وأن التالف لو كان قيميا فقد رضى المالك من قيمته بالثوب، وإن كان مثليا فقد رضى به من المثل.

وبالجملة: كما لا- يجب على الضامن في المقام الموافقه القطعيه بدفعه القيمه والمثل معا كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت في حقه الموافقه الاحتماليه، بل إذا أخذ المالك ما دفع إليه يحصل فراغ ذمه الضامن، لما ذكرنا من كونه إما عين ما يستحقه أو بدله جعلاً- أو تقاصاً من المالك. وأما احتمال تخيير المجتهد في الإفتاء بضمان المثل أو القيمه في صورته تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه، بل لو قيل بجواز تخيير المجتهد في الإفتاء فهو في مورد تعارض الخبرين وتكافؤهما، لا مثل المقام من موارد فقد النص وعدم وجوب الاحتياط في الواجب الدائر بين المتبائنين. وعن السيد الخوئي رحمه الله (1): أنه يقرع عند دوران التالف بين كونه مثليا أو

ص: ١٢٠

وربما يناقش في الآيه بأن مدلولها [١] اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به. وفيه نظر.

الشرح:

قيماً، أخذاً بما دل على أن القرعه لكل أمرٍ مشكل.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعه في الشبهات الحكميه ومنها المقام، سواء أمكن فيها الاحتياط أم لا؛ ولذا لم يذكر هو ولا غيره في دوران الأمر بين المحذورين في موارد الشبهه الحكميه تعين القرعه.

[١] ولعل مراد القائل: إن كلمه (ما) في قوله سبحانه: «بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى» (١) مصدرية، فيكون التقدير: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه مثل اعتدائه، مثلاً- إذا أتلغ الغير مال أحد يجوز له إتلاف مال ذلك الغير وإن أخذ ماله فيجوز له أخذ مال ذلك الغير، واعتبار المماثلة في الاعتداء كذلك لا- ينفع في المقام، فإن المهم في المقام إثبات المماثلة في المال المعتدى به، ولو أتلغ كتابه فالدعوى أنه يجوز له أخذ ذلك الكتاب منه لا إتلاف كتابه عوضاً هذا.

ولكن المناقشه غير تامه، فإن صدر الآيه قرينه على كون المراد المماثلة في المعتدى به النفس بالنفس والعين بالعين والأذن بالأذن إلى غير ذلك، ولا تعتبر المماثلة في الاعتداء ولو قتله بالحرق أو الخنق فلا يكون القصاص إلا القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق. ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله: «وفيه نظر»، ولكن مع ذلك لا دلالة للآيه على الضمان حتى في مورد الإتلاف عمداً فضلاً عن التعدى إلى سائر الموارد، وذلك فإن المراد بالاعتداء في قوله سبحانه هو الجزاء على المعتدى بالكسر وإطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد في بعض روايات الاستصحاب من

ص: ١٢١

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآيه كالدليل السابق عليه بالقول المشهور، لأن مقتضاهما وجوب المماثله العرفيه فى الحقيقه والماليه، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات، سواء وجد المثل فيها أم لا. أمّا مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف والآيه: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميه الثوب لا يقول به.

وكذا لو أتلّف عليه عبداً وله فى ذمه المالك بسبب القرض أو السّلم عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى، كما يشهد به ملاحظه كلماتهم فى بيع عبد من عبيد.

نعم، ذهب جماعه منهم الشّهيديان فى الدّروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيميه، لكن لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي بالمثل، ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

الشرح:

قوله عليه السلام: «ولكنه ينقض الشكّ باليقين»^(١)، فإن إطلاق النقض فى مورد الشكّ مع أنه لا إبرام ولا استحكام فى الشكّ باعتبار المقابله لليقين، حيث يطلق فيه النقض لإبرامه واستحكامه، فالمستفاد من الآيه أنه لو أتلّف الغير مال أحد عدوانا يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المتعدى، بأن يملك ذلك المثل من المتعدى بالأخذ منه ولو بالمقاصه أو قهراً عليه، والمناسب لذلك إرادته المماثله ولو فى المقدار فقط. ومن الظاهر أن جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المتعدى المثل بالمعنى المتقدم أو

ص: ١٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ٢١٦، ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه، الحديث ٣.

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمه بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، ولا يقولون به.

وأيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثله في الحقيقة والمالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلامه به وإن قوّى خلافه بعض، بل ربّما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكليه وإن كان الحقّ خلافه. فتبين: أنّ النسبه بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآيه عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثالين المتقدمين [١]. وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث [٢] وقد يجتمعان الشرح:

القيمة بالنقود المتعارفه، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضاً بأن يكون المتعدى عليه مالكا على ذمه المعتدى المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدى وتملكه ولو قهرا عليه، نظير تملك اللقطه من دون اشتغال ذمه المعتدى كما لا يخفى.

[١] أى مثال الإتلاف من الكرباس المنسوخ بنحو واحد ومثال إتلاف عبدي وله بدمه مالكة عبد موصوف بصفات التالف.

أقول: قد مرّ أن وجدان المثل نادر بحيث يكون الظفر به من المصادفه والاتفاق لا يعتبر عند العقلاء، فدعوى انصراف إطلاق الضمان إليه في بعض ما ورد في التلف والإتلاف ضعيفه.

[٢] أى ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصاناً فاحشاً بتنزّل القيمة السوقيه، حيث إن مقتضى العرف والآيه تعيين قيمه التالف عند تلفه، مع أن المشهور على ضمان التالف بالمثل.

في المضمون به كما في أكثر الأمثلة ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحقّقه لا يجدي بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآيه بناءً على ما هو الحقّ المحقّق: من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجّيه بالنسبه إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام: أن ما أجمع على كونه مثلياً [١] يضمن بالمثل مع مراعاة الصيغيات التي تختلف بها الرغبات وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمه التالف بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافاً إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمه من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى وما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه بناءً على ما سيجيء من الشرح:

[١] والوجه في تعيين الضمان بالمثل في مورد التسالم على كون التالف مثلياً، وفي تعيين الضمان بالقيمه في مورد التسالم على كونه قيمياً هو الأخذ بالإجماع، فإن مقتضاه الضمان في المثلي بالمثل حتى فيما إذا نقصت ماله التالف بتنزل قيمه السوقيه.

ويشهد لذلك مع الإجماع المشار إليه الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى (١)، حيث إن إسقاطها يوجب تنزل قيمتها لا سقوطها عن الماليه رأساً، لكون موادها فضه، ولكنه مع إمكان الخدشه في سنده معارض بغيره مما يدل أن على المديون الدراهم التي روجها السلطان بعد إسقاط الأولى.

ص: ١٢٤

الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمه الضامن وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع والتالف ومع الاختلاف أُلحق بالقيمي، فتأمل.

الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد [١] المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد، انتهى.

الشرح:

وفي موارد عدم التسالم يرجع إلى الاستفادة من آية الاعتداء (١) ومنصرف إطلاق الضمان فتكون النتيجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط أو النقص عن مالىته ومع أحدهما يكون المتعين هي قيمه، كما مر بيانه في تقرير النسبه بين مفاد الآيه ومنصرف الضمان وبين ما عليه المشهور.

أقول: قد ذكرنا أن الأظهر في مورد تردد التالف بين كونه مثلياً أو قيمياً هو تخيير الضامن فإن اشتغال ذمته بواحد من المثل أو قيمه وأن يكون من قبيل دوران الواجب بين المتباينين، إلا أن التكليف الواقعي لا يجوز عقلاً مخالفته القطعيه.

وأما موافقته القطعيه فغير لازمه في الفرض، لحكومته قاعده نفى الضرر على التكليف الواقعي في فرض بقائه بعد أداء الضامن أحد الأمرين من المثل أو قيمه؛ لأنه يجب عقلاً مع بقاء التكليف أداء الآخر، وحيث لا يعلم بقاؤه فيجتمع عند المالك المثل أو قيمه معا وهذا ضرر على الضامن، ولا يكون انتفاء التكليف بقاعده الإضرار منافياً للامتنان على المالك؛ لأن الضرر على المالك يكون بحسب المالىه والمفروض أن مالىه التالف متداركه بالمثل أو قيمه.

[١] قال في «القواعد»: «إنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب

ص: ١٢٥

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة قيمه السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمه التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأى ثمن كان، بلا خلاف، انتهى.

وفي المبسوط: يشتره بأى ثمن كان إجماعاً، انتهى.

ووجهه: عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلى، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربما احتتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء.

الشرح:

الشراء تردد^(١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله صورتين: الأولى: ما إذا كانت زياده قيمه المثل باعتبار تغيير قيمه السوقية واختار في هذه وجوب تحصيل المثل، فإن مقتضى عموم ما دل على ضمان المثلى بالمثل كآيه الاعتداء، بل ليس في هذا إشكال ولا خلاف.

وما ذكر في القواعد من التردد لا يعمها، فإن المثل فيها يوجد بقيمته السوقية وبثمن المثل ويؤيد الحكم ما ورد في ضمان المثل في الدراهم التي اسقطها السلطان؛ لأن الدراهم باعتبار كون موادها فضه لا تسقط عن المائيه بسقوط سكتها عن الاعتبار ولكن تنقص ماليتها، وإذا كان ضمان المثلى بالمثل مع نقص قيمته كان ضمانه به مع زيادتها أيضاً؛ لأن احتمال الفرق بعيد.

الصوره الثانيه: أن لا تكون زياده في قيمته السوقيه، بل الزياده باعتبار قله وجود

ص: ١٢٦

١- (١) القواعد ١: ٢٠٤.

وأما إن كان لأجل تعذر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بإزائه ضرراً عرفاً والظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد، لأنّ الثمن في الصّوره الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف وحينئذٍ فيمكن التردّد في الصّوره الثانيه كما قيل: من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبه في الكفاره والهدى، وأنّه يمكن معانده البائع وطلب أضعاف قيمه، وهو ضرر.

الشرح:

المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه إلا بالزيادة، وظاهر عبارته القواعد هذه الصوره، وذكر رحمه الله أن الأقوى في هذا الفرض أيضاً تحصيل المثل أخذاً بما ذكر في الوجه السابق من كونه مقتضى الآيه ومنصرف إطلاق الضمان.

أقول: لا- يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمه المثل أو الصبر إلى أن يوجد المثل بالقيمه السوقيه، فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل ولو بأضعاف قيمته السوقيه يكون إجحافاً وإضراراً عليه. وبعبارة أخرى: الزائد على القيمه السوقيه بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفي وجوبه بقاعده لا ضرر كما ينفي به وجوب شراء الرقبه أو الهدى بأضعاف قيمتهما.

ودعوى إقدام الضامن على الضمان لا يعمه قاعده اللاضرر(١)، فإنها مدفوعه: بأنّ إقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون إقداماً على الضرر المزبور. نعم، في جريان ما ذكر في الغاصب تأمل، كما أنه لو أقدم الضامن بشراء المثل وتحمل الضرر فللمالك المطالبه بالمثل.

ص: ١٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ولكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء، وفاقاً للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل إطلاق السرائر، ونفى الخلاف المتقدم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الأولى. ثم إنه لا فرق في جواز مطالبه المالك [١] بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا، وفاقاً لظاهر المحكى عن السرائر والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد. وفي السرائر أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب، وهو كذلك لعموم «الناس مسلطون على أموالهم». هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فسيأتى حكمه في المسألة السادسة.

السادس: لو تعذر المثل في المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع القيمة [٢]

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً في بيان المثلى أنه ليس المأخوذ في المثل جميع خصوصيات التالف، بل الخصوصيه التي لها دخل في المالىه من الزيادة والنقصان، وعليه فلو كان قبض التالف في مكان تكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود في بلد آخر تكون خصوصيه كونها في بلد التالف مأخوذاً في مثلها، ولو طالب المالك الضامن في بلد آخر يكون المطالب به هو المثل في بلد التالف فعلى المالك الصبر إلى دفع المثل في ذلك البلد أو الأخذ في بلد المطالبة بقيمه المثل الموجود في بلد التالف.

وهذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد في قيمه بالفاحش، وأما مع عدمه فلا يؤخذ في المضمون خصوصيه بلد القبض أو غيره فيكون للمالك المطالبة بالمثل في كل بلد لا يختلف مع بلد التالف في قيمه.

تعذر المثل في المثلى

[٢] يقع الكلام في المقام في جهتين: الأولى: جواز مطالبه المالك مع تعذر المثل بالقيمه، والثانيه: تعيين القيمه التي يستحق المالك المطالبة بها. وذكر المصنف رحمه الله في الجبهه الأولى أن جواز مطالبه المالك بقيمه المثل مقتضى الجمع بين أمرين: حق

مع مطالبه المالك، لأنّ منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة جمعاً بين الحقين، مضافاً إلى قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمِثْلِ لَمْ يَعْتَدَ عَلَيْهِ أَزِيدَ مِمَّا اعْتَدَى.

الشرح:

المالك في عدم جواز منعه عن وصوله إلى حقه، وعدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كون تحصيله حرجاً، مع أن الاستفادة من آية الاعتداء (1) جواز مطالبه القيمة مع تعذر المثل، حيث إن القيمة مع تعذر المثل تعد مثلاً، فلا يكون أخذها اعتداءً بالأزيد.

أقول: يرد على الأول بأن ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلاً، لا عن القيمة بالنقود التي تعد بالإضافة إلى المثل من المتبائنين لا الأقل والأكثر، وآية الاعتداء لا دلالة لها على المثل المطلوب في المقام كما مر سابقاً. وذكر السيد الخوئي رحمه الله أن للمالك حق المطالبة بالخصوصيات والجهات الموجهة للماليه في المال المفروض تلفه، وإذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل ماليه التالف فله ذلك؛ ولذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل وليس للضامن إلزامه بأخذها، بل له الصبر إلى حين وجدان المثل.

وفيه ما تقدم، من أن إعطاء الماليه بالنقود أمر مبين لأداء المثل وحق المالك هي المطالبة بالثاني دون الأول، ولذا لا يجب في المثلى إعطاء القيمة مع مطالبه المالك بها ووجود المثل خارجاً. ولو كانت المطالبة بالجهات والخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن إعطاء القيمة مع التمكن على المثل، والصحيح أن جواز مطالبه المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيره العقلاء الجارية في موارد الضمانات، حيث إنّ بناءهم على أن للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر إلى وجدان المثل لم يردع الشرع عن ذلك.

ص: ١٢٩

وأما مع عدم مطالبه المالك فلا دليل على إزمائه بقبول قيمه لأنّ المتيقن أنّ دفع قيمه علاج لمطالبه المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبه. وحق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبه فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

وما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة والإيضاح حيث ذكرنا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغضوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبه به؟ وإّما المصير إلى قيمه وقت تغريمها، انتهى.

لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صوره المطالبه وإلا فلا دليل على الإطلاق ويؤيد ما ذكرنا [١]: أنّ المحكى عن الأكثر في باب القرض: أنّ المعتمد في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبه. نعم، عتبر بعضهم بيوم الدفع، فليتمل.

الشرح:

[١] يعنى يؤيد أن المطالبه بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك وليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر في باب القرض أن المعتمد في المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبه (١)، فإن هذا الكلام يشير إلى أنه لو لم يطالب المالك لما تعين دفع قيمه.

نعم ذكر بعضهم أن المعتمد في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع (٢)، ولا إشارة في ذلك إلى كون المطالبه حقا للمالك وليس للضامن إجباره على أخذ قيمه، وذكر رحمه الله في الجبهه الثانيه أن المثل لا يسقط عن عهده الضامن بمجرد تعذره، بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهده المديون بعدم تمكنه على الأداء.

ص: ١٣٠

١- (١) حكاة السيد المجاهد في المناهل : ٨ .

٢- (٢) عتبر به العلامه في المختلف ٥ : ٣٩٢ .

وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسأله فنقول: المشهور أنّ العبره فى قيمه المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثل ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.

وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى، وقد عرفت من التذكرة والإيضاح ما يدلّ عليه. ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، وهو للحلّى فى البيع الفاسد، وللتحرير فى باب القرض، ومحكى عن المسالك، لأنّه وقت الانتقال إلى قيمه. ويضعفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمه إلى قيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه، وإن أُريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمه إلاّ بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبه، إلاّ أنّه لو أّخر الإسقاط بقى المثل فى الذمه إلى تحقّق الإسقاط، وإسقاطه فى كلّ زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان، وليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأوّل.

الشرح:

ولو كان تعذر المثل الموجب لسقوطه واشتغال الذمه بالقيمه لكان المتعين قيمه المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى قيمه، ويترتب على بقاء المثل على عهده الضامن أنه على تقدير مطالبه المالك تتعين قيمه المثل يوم الدفع، حيث إن دفعها دفع للمثل بماليته، ولكن أورد رحمه الله على بقاء المثل فى العهده بأن آيه الاعتداء(1) وانصراف الضمان الوارد فى بعض الموارد مقتضاها انقلاب العهده بتعذر المثل إلى قيمه، حيث إن مقتضاها تعين أداء أقرب الأموال إلى التالف. وكما تكون قيمه أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد، والتفرقه بين تعذر المثل من الابتداء وطريان التعذر عليه فيما بعد تحكّم.

ص: ١٣١

هذا ولكن لو استندنا في لزوم قيمه في المسأله إلى ما تقدّم سابقاً: من الآيه، ومن أنّ المتبادر من إطلاق الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيروره التالف قيماً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميات، وبين طرّوه بعد التمكن، كما في ما نحن فيه.

الشرح:

أقول: المثل للتالف على ما تقدم عبارته عن البدل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجهه لمالته زياده أو نقصاناً، ويقال للتالف المثلي فيما إذا كان وجدان البدل له كذلك نوعياً ولا يعتبر كونه دائماً، كما أنه يقال للتالف القيمي باعتبار كون البدل له كذلك نادراً لا نوعياً.

وعليه ففي مورد تلف المثلي في اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمه بالمثل، ولو كان المثل متعذراً لما ذكرنا من أن الاعتبار في اشتغال الذمه بالمثل وجدانه نوعاً لا دائماً، وإذا كان الحال في التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك ولا يوجب سقوط المثل على العهده، بل تبقى مشغوله به ولازمه أداءه بقيمه يوم الدفع، حيث إن أداءها أداءً للمثل بمالته.

وعن السيد اليزدي (طاب ثراه) أن نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهده ولا يعتبر في اشتغال الذمه بها التمكن على أدائها بلا فرق بين كونها قيمه أو مثليه، ولا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهده في المثلي والقيمه في القيمي، بل يكون إعطاء القيمه أداءً للعين بماليتها كما في القيمي، أو مع بعض خصوصياتها كما في المثلي. ويشهد لذلك حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) فإن ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهده لا مثله ولا قيمته، وعلى ذلك

ص: ١٣٢

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

ودعوى: اختصاص الآيه وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعدّر المثل ابتداءً، لا يخلو عن تحكّم.

ثم إنّ في المسأله احتمالات أخر [١] ذكر أكثرها في القواعد، وقوى بعضها في الإيضاح، وبعضها بعض الشافعيه. وحاصل جميع الاحتمالات في المسأله مع مبانيها، أنه: إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمه إلى أوان الفراغ منه بدفع قيمه، وهو الذى اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار قيمه عند الإقباض، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

الشرح:

فتعتبر قيمه يوم الدفع، حيث إنّ أداء قيمه المزبوره أداء للعين بماليتها.

أقول: حديث «على اليد» لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرّ، والضمان في بناء العقلاء يكون باشتغال الذمه بالمثل أو قيمه وشاهد ذلك ملاحظه مورد القرض، فإنّ القرض في حقيقته تمليك العين للآخر، مع اعتبار اشتغال عهده الآخر بمثلها أو قيمتها لا بنفس تلك العين، حيث إنها صارت ملكاً للمقترض ولا يتفاوت الضمان في اعتبار العقلاء بين مورد القرض وسائر موارد من موارد الإلتلاف أو التلف.

[١] ذكر في القواعد (١) في المثلى المتعذر مثله احتمالات، وعن ولده في «الإيضاح» (٢) تقويه بعضها، وعن بعض الشافعيه (٣) بعضها الآخر.

وأضاف المصنف رحمه الله إليها بعض الاحتمالات الأخرى مع الإشارة إلى مبانيها، والاحتمالات كما تلى: الاحتمال الخامس على ما في «القواعد» هو اعتبار قيمه المثل يوم تفرغ الذمه، وهذا مبنى على بقاء المثل على العهده وعدم سقوطه بالإعواز، أى

ص: ١٣٣

١- (١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ ٢٠٤ .

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥ .

٣- (٣) مغنى المحتاج ٢: ٢٨٣، وانظر التذكرة ٢: ٣٨٣ .

وإمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمه قيمى، فتكون القيميه صفه للمثل بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته. وإمّا أن نقول: إنّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً. فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمه المثل يوم الإيعواز، كما صرّح به في السرائر في البيع الفاسد، والتحرير في باب القرض، لأنّه يوم تلف القيمي.

وإن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمي كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين، لأنّه أول أزمته وجوب المثل في الذمه المستلزم لضمّانه بقيمته عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

الشرح:

تعذره. والاحتمال الثاني في كلام «القواعد» مبني على انقلاب المثل إلى القيمي بالتعذر مع ضمان أعلى قيم المثل من زمان ضمّانه يعنى زمان تلف العين إلى زمان تلف المثل وهو زمان إيعوازه وتعذره، ولو قيل في القيمي بقيمه يوم الضمان تعين قيمه المثل يوم تلف العين، فإن زمان تلفها زمان ضمان المثل. كما أنه لو قيل في القيمي بكون العبره بزمان التلف، فالعبره بقيمه المثل يوم إيعوازه فإنه زمان تلف المثل.

والاحتمال الأول في كلام القواعد مبني على انقلاب العين التالفه إلى القيمي بعد كونها مثلياً فيعتبر أعلى القيم من يوم غصب تلك العين إلى زمان تلفها، ويحتمل ضمان يوم غصبها.

أقول: فات المصنف رحمه الله إضافه احتمال قيمه يوم تلف العين.

والاحتمال الثالث في كلام «القواعد» مبني على انقلاب الجامع بين العين التالفه والمثل المتعذر إلى القيمي، والمراد ضمان الماليه التي تحصل بالعين والمثل، فيجرى

وإن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلّف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغضب كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، وذكر هذا الوجه في القواعد ثانياً الاحتمالات.

وإن قلنا: إنّ التالف انقلب قيمياً، احتمال الاعتبار بيوم الغضب كما في القيميّ المغصوب والاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلّف، وذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن قلنا: إنّ المشترك بين العين والمثل صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعدّر المثل، لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إقياً للعين وإقياً للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلّف، وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل، ووجهه في محكى التذكرة والإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: ألا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها. والقيمة الواجبه على الغاصب أعلى القيم.

وحاصله: أنّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر^[١] من زمن وجوبه أو وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم. إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ الشرح:

ضمان أعلى القيم من زمان غصب العين إلى زمان تعذر المثل وإعوازه.

والاحتمال الرابع مبنى على ضمان الجامع بين المثل والعين التالفه مع عدم تبدل المثل إلى القيمة مع التعذر، بل يبقى المثل على العهده إلى زمان دفعه بالقيمة؛ ولذا لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه.

[١] يعنى يعتبر فى القيمة المدفوعه على الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل وهو زمان مطالبه المالك بالقيمة إلى زمان حدوث ضمان العين أى

المناسب لإطلاق كلامهم [١] لضمان المثل في المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمه، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبره بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبره بالقيمه إلا يوم الإسقاط وتفرغ الذمه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدله الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدماً مع تيسيره، ومع تعذره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعين هو القيمه، فالقيمه قيمه للمغصوب من حين صار قيمياً، وهو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمته صيروره التالف قيمياً، لا من حيث ملاحظه القيمه قيمه للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي رحمه الله .

الشرح:

زمان غضبها فيعتبر دفع أعلى القيم المفروضه في هذه المده، ولا- يخفى أن مقتضى ذلك اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين إلى زمان مطالبه المالك، لا إلى زمان دفع القيمه كما هو المدعى، ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله: «فافهم».

[١] هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمه.

وحاصله: أن مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهده حتى بعد تعذره هو قيمه يوم الدفع ومقتضى آيه الاعتداء (١) وانصراف الضمان إلى أقرب الأموال إلى التالف هو صيروره نفس التالف قيميا عند تعذر المثل، فيكون الاعتبار بقيمه العين التالفه يوم إعواز المثل؛ إذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفه مثليه ولا- تعتبر القيمه في المثلى، وعلى مسلك أعلى القيم يكون الاعتبار بأعلى القيم من زمان ضمان العين إلى صيروره تلك العين قيمياه.

ص: ١٣٦

١- (١) سورة البقره: الآية ١٩٤ .

ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما عليه جماعه من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإيعواز، إذ كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه المتدارك لارتفاع القيم، كذلك بشرط تعذّر المثل في المثلى، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثليه كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين والمثل.

فإن قلنا: إنّ تعذّر المثل يسقط المثل كما أنّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإيعواز، وهو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل.

الشرح:

وإلى ذلك أشار المصنف رحمه الله بقوله: «ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم . . .»، يعنى بناءً على اعتبار أعلى القيم من زمان غصب العين إلى زمان تلفها، توجّه فيما نحن فيه ضمان أعلى القيم من حين ضمان العين التالفه، أى من زمان غصبها إلى زمان إيعواز مثلها، والوجه في حساب أعلى القيم إلى زمان إيعواز المثل مع فرض تلف العين قبل ذلك ما أشار إليه رحمه الله بقوله: «كما أنّ ارتفاع القيمة . . . إلخ» يعنى كما أنّ زياده القيمة قبل تلف العين مضمونه بشرط تعذّر رد العين، حيث إنّ مع رد العين لا- يضمن الغاصب شيئاً حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غصبها. وبتعبير آخر: أداء العين برد نفسها متدارك بالكسر ارتفاع القيمة السوقية، فكذلك رد المثل في المثليات متدارك بالكسر ضمان ارتفاع القيمة من يوم غصب العين إلى زمان تلفها.

وبالجملة: ارتفاع القيمة في المثلى مضمون بشرط عدم رد العين وعدم رد المثل فيكون رد المثل متداركاً لارتفاع القيمة في المثلى، وإذا تعذّر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فتعتبر قيمة العين إلى هذا الزمان، باعتبار أنّ العين ولو كانت تالفه قبل

وإن قلنا: إنَّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين، كان ارتفاع قيمه فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجّه ضمان قيمه من حين الغصب إلى حين دفع قيمه، وهو المحكى عن الإيضاح، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع قيمه مراعى بعدم ردّ العين أو المثل.

ثمّ اعلم: أنّ العلامه ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنّه لو تلف المثلى والمثل موجود ثمّ أعوز، وظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسره في بعض أزمنه التلف، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً.

وعن جامع المقاصد: أنّه يتعيّن حينئذٍ قيمته يوم التلف، ولعلّه لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات. ويمكن أن يחדش فيه: بأنّ التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمه ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامه على ما اعترف به مع طرؤ التعذّر بعد التلف، ولذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

وبالجملة، فاشتغال الذمه بالمثل إن قيّد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذّر، وإلّا لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلّا أن يقول: إنّ أدلّه وجوب المثل ظاهره في صورته التمكن وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعمّ صورته العجز.

الشرح:

ذلك إلّا أن كونها قيمه حدثت في الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلى إلى القيمي بتعذر المثل، وأما بناءً على بقاء المثل على العهد حتى بعد تعذره تكون زياده قيمه مضمونه إلى زمان تفرغ الذمه بدفع قيمه.

أقول: لا يخفى بناءً على صيروره العين التالفه قيمه وكون الاعتبار في القيمي بيوم التلف يكون اعتبار قيمه يوم إعواز المثل ولكن المعبر قيمه يوم تلف العين، كما

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيميًّا. وقد يقال على المحقق المذكور: [١] إنَّ اللازم ممَّا ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمه لم يكن له المطالبه ولا أظنَّ أحدًا يلتزمه، وفيه تأمل.

ثمَّ إنَّ المحكِّي عن التذكرة: أنَّ المراد بإعواز المثل [٢] أن لا يوجد في البلد وما حوله.

الشرح:

أنه لو قيل في القيمي بالقيمه يوم الغصب يكون المعبر بعد إعواز المثل تلك القيمه، وأما المعبر على أعلى القيم يكون من زمان غصب العين إلى زمان تلفها.

وبالجملة: اشبهه على المصنف رحمه الله ظرف الاعتبار بظرف المعبر.

[١] ذكر المحقق الثاني أنه لو كان المثل متعذرا عند تلف العين يتعين قيمه زمان التلف (١). انتهى، أى قيمه العين زمان تلفها.

وبعبارة أخرى: تكون العين المزبوره كسائر القيميات، ولا يكون فى الفرض اشتغال الذمه بالمثل وبقائه على الذمه إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكروا فى صوره طريان تعذر المثل فى الأثناء، فىقال عليه بأن لازم ذلك أنه لو كان المثل عند تلف العين متعذرا ووجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبه المثل؛ لأن المفروض حدوث الضمان بالقيمه من الأول كسائر القيميات.

ولكن الإيراد غير صحيح؛ لأن للمحقق الثانى أن يلتزم بصيروره العين بوجدان المثل مثليا كسائر المثليات بعد كونها قيميه، ولعله إلى ذلك يشير المصنف رحمه الله بقوله: «وفيه تأمل»، أى فى الإيراد على المحقق بما ذكر فتأمل.

[٢] أقول: قد ذكرنا اشتغال الذمه بالمثل فى المثلى حتى عند التعذر من الابتداء أو فى الأثناء، غايه الأمر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبه بالمثل فعلاً إلا بماليتها،

ص: ١٣٩

وزاد في المسالك قوله: مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

وعن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف. ويمكن أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذمّه وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت: ولو كانت في تحصيله مؤنه كثيره، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان وليس هنا تحديد التّكليف بما عن التذكرة.

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت قيمه عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معتبر بالإعواز ومعتبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخصّ وهو التعذر لأنّه المجمع عليه. نعم، ورد في بعض أخبار السلم أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري.

ومن المعلوم أنّ المراد بعدم قدره ليس التعذر العقلي المتوقف على استحاله النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

الشرح:

وعلى ذلك فإن كان في البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله حرجاً أو إجحافاً عليه، فمقتضى قاعده اللاحرج أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلاً عن المطالبه بالمثل إلا بقيمته، ولو لم يكن ذلك فمقتضى حرمه مال المسلم وما دل على وجوب أداء الدين وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره في «التذكرة» من أن المراد بإعواز المثل عدم وجدانه في البلد وما حوله (١)، وما عن «جامع المقاصد» من الرجوع فيه إلى العرف (٢)، فإن مع مطالبه المالك بالمثل وتمكن الضامن عليه بلا حرج أو

ص: ١٤٠

١- (١) التذكرة ٢: ٣٨٣.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢: ٢٠٨.

ثم إن في معرفه قيمه المثل [١] مع فرض عدمه إشكالاً: من حيث إن العبره بفرض وجوده ولو في غايه العزّه كالفاكهه في أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه وشرائه فلا عبره بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الرّاعبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

نعم لو أُلجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل وشبهها، فإنّ الراغب في الجمد في العراق من حيث أنّه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجه مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض. ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر، كما ذكرنا في المسأله الخامسه. فكلّ موجود لا يقدر وجوده في صدق التعذّر فلا عبره بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

الشرح:

إجحاف فعليّه رد المثل، سواء كان في العرف إعواز أم لا، فإن العبره بتمكن شخص الضامن لا إعوازه في العرف كما هو الحال في سائر التكاليف المشروطه بالتمكن، وعلى ذلك فلولم يكن مثل التالف إلاّ عند الضامن فقط فعليّه رده على المالك مع مطالبته.

[١] قد تقدم أن المثل مع وجوده يتعين دفعه، سواء كان عزيز الوجود أم لا. نعم لا بد من كونه يباع بالقيمه السوقيه وإلاّ تكون الوظيفه دفعه بقيمته السوقيه، كما إذا كان عند من لا يبيعه إلاّ بأضعاف قيمته السوقيه، وتقدم أن الميزان في قيمه المثل بيوم الدفع فيتعين في الفرض إعطاء قيمته السوقيه التي حال عزه وجوده، وأما إذا لم يكن للمثل وجود أصلاً فلا بد في تعيين قيمته السوقيه من فرض وجوده في السوق ثم دفع القيمه. ولا موجب في حساب قيمته فرض عزه وجوده فإن مع وجود المثل يكون رده موجبا

ص: ١٤١

ثم إنك قد عرفت أنّ للمالك [١] مطالبه الضامن بالمثل عند تمكّنه ولو كان في غير بلد الضمان وكان قيمه المثل هناك أزيد وأمّا مع تعذّره وكون قيمه المثل في بلد التّلف مخالفاً لها في بلد المطالبه. فهل له المطالبه بأعلى القيمتين أم يتعيّن قيمه بلد المطالبه. أم بلد التّلف؟ وجوه.

وفصّل الشّيخ في المبسوط في باب الغصب: بأنّه إن لم يكن في نقله مؤنه كالتّقدين فله المطالبه بالمثل سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مؤنه فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبه أيضاً لأنّه لا ضرر عليه في ذلك، وإلاّ فالحكم أن يأخذ قيمه بلد التّلف أو يصبر حتّى يوفيه بذلك البلد. ثمّ قال: إنّ الكلام في القرض كالقلام في الغصب.

الشرح:

لارتفاع الضمان ولو كانت له في الأول عزه الوجود، وباعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد وعند دفعه لم يكن بتلك العزه وكان في قيمته نقصان، وإذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه في فرض عزه الوجود له في دفع ماليته يوم لا يكون في السوق مثل أصلاً؟

وبعبارة أخرى: لا يوجب دفع الأزيد لقيمه المثل في الفرض إلا أن يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهده بدفع الأقل، فتدبر.

[١] وحاصله: أن مع تعذر المثل في بلد تلف العين ووجدانه في بلد آخر يجوز للمالك المطالبه بالمثل فيه، سواء كانت قيمه المثل في ذلك البلد مساوية للمثل في بلد الضمان أو زائده عليها، وهل مع تعذر المثل في ذلك البلد للمالك المطالبه بقيمه ذلك البلد فيحتمل تعين قيمه بلد الضمان وقيمه المثل لبلد المطالبه وتخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبه بالأزيد منهما؟

وعن الشّيخ رحمه الله في مبسوطه (١) في باب الغصب أنه مع عدم المؤونه في نقل المثل

ص: ١٤٢

وحكى نحو هذا عن القاضى أيضاً فتدبر. ويمكن أن يقال: إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السِّلْم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه وليس فى الشرح:

إلى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل، ولو كانت القيمة فى بلد المطالبة أزيد، وأما إذا كانت فى نقله إليه مؤونه يكون له المطالبة بها بشرط تساوى القيمتين، ومع عدم تساويهما فلا يجوز له إلا المطالبة بقيمه بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه.

أقول: قد تقدم منع أصل الحكم الذى ذكره المصنف رحمه الله وأنه مع وجدان المثل فى بلد المطالبة وتفاوت قيمته مع قيمه بلد التلف لا يكون الموجود فى بلد المطالبة مثلاً ليستحق المالك المطالبة به، ومع عدمه المطالبة بقيمته، بل عليه الصبر إلى وجدان المثل فى بلد العين أو المطالبة بقيمه المثل فى ذلك البلد، وإلى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ رحمه الله فى مبسوطه فى كتاب الغصب.

وبالجملة: الاختلاف الفاحش بقيمه الشيء باختلاف البلدان يوجب أن لا يكون الأزيد قيمه فى بلد مثلاً للتالف يحسب بقيمه فى بلد آخر، وكذا التفاوت فى القيمة فى بلد بحسب الأزمه، أى باعتبار الفصول غير معتبر، كما إذا تلف المثلى فى زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب فى الفرض أداء المثل ومع تعذره أداؤه بقيمته يوم الأداء، ولا عبره باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان والأداء.

نعم يعتبر بقاء أصل المالىة فى المثل، ولو سقط عن المالىة رأساً أو كان كسقوط النقوط المرسومه فعلاً فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفه، ولا يكون رد العين موجبا لارتفاع الضمان فضلاً عن أداء مثله.

والسر فى ذلك أن الضمان فى اعتبارهم فى الأشياء فى موارد التلف والإتلاف باعتبار ماليتها، ومع سقوط الشيء عن المالىة يكون الشيء المزبور من القيميات التى يأتى الكلام فى كون العبره فيها بالقيمه يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف، بقى الكلام فى أنه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ [١] إذا أتلّفه فى مفازة والجمد فى الشتاء إذا أتلّفه فى الصّيف أم لا-؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم. والمصرّح به فى محكى التّذكرة والإيضاح والدروس قيمة المثل فى تلك المفازة ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالىة.

فرع: لو دفع القيمة فى المثلى المتعدّر مثله، ثمّ تمكّن من المثل فالظّاهر عدم عود المثل فى ذمّته وفاقاً للعلامة رحمه الله . ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسألة؛ لأنّ المثل كان ديناً فى الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز. وأمّا على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً.

فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب قيمياً عند تعذّر مثله فأولى بالسقوط لأنّ المدفوع نفس ما فى الذمّة.

وإن قلنا: إنّ المثل بتعدّره النازل منزله التلف صار قيمياً احتمال وجوب المثل عند وجوده. لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة [٢] عن المثل، وسيأتى أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه تؤخذ خصوصية المكان فى المثل فيما إذا كانت تلك الخصوصية دخيله فى المالىة، وعليه فالماء على الشاطئ لا يكون مثلاً للتالف فى المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

نعم، لو كانت عين ذلك الماء موجوده فيجوز دفعها ما لم تسقط عن المالىة وبعد سقوطها عنها فتدخل فى فرض تلفها، وعلى ذلك فلا بد من إعطاء الماء الآخر فى المفازة المزبوره أو الإعطاء فى الشاطئ بقيمته فى تلك المفازة.

[٢] لا يخفى أنه بناءً على تصوير بدل الحيلولة فهو فى المقام غير محتمل إلاّ على

السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا [١]، فقد حكى: الاتفاق على كونه الشرح:

مسلك بقاء المثل على العهد حتى بعد إعوازه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك وماله، وهذا بخلاف ما إذا قيل بالانقلاب إلى القيمة، سواء كانت القيمة بدلاً عن العين أو عن المثل فإنه على الانقلاب يتعين حق المالك في القيمة ولا يكون مالكا إلا القيمة التي تسلمها بعد تعذر المثل، وليس له حق آخر على العهد ليقال بأن له المطالبة به.

[١] الضمان في القيميات، بمعنى اعتبار قيمة التالف دينا على عهده الضامن في مقابل المثلى الذي يكون الدين على عهده هو المثل.

وقد ذكرنا سابقا أن الاعتبار في كون التالف مثليا ليثبت المثل على العهد وجدان المثل نوعا ولا يعتبر وجدانه دائما فلا يضر على اعتبار المثل على العهد عدم وجدانه أحيانا، ويعتبر في كون التالف قيميا عدم وجدان المثل له نوعا وإن وجد أحيانا بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن المتيقن من إطلاق الضمان الداله على اعتبار القيمة صورته تعذر المثل لا يمكن المساعده عليه، فإن الشارع لم يتصرف في طور الضمان في المثلى أو القيمي، ولا- موجب لانصراف الإطلاق في بعض ما ورد بضمان القيمة إلى صورته تعذر المثل، كيف وقد جرت سيره العقلاء على اعتبار الدين قيمة في مال لا يوجد له مثل نوعا.

ويقتضيه أيضا الإطلاق في صحيحه أبي ولاد الآتيه الداله على ضمان البغل بقيمته (١) فإنها تعم ما إذا كان للبغل المفروض مثل أولا، وكذا قوله عليه السلام في روايه عتق الحصه من العبد المشترك (٢)، وما ورد في ضمان الرهن بتفريط المرتهن (٣).

ص: ١٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٧ ، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٩١ ، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث ٣ .

مضموناً بالقيمه، ويدلّ عليه: الأخبار المتفرّقه في كثير من القيمّات، فلا حاجة إلى التمسك بصحيحه أبي ولاد الآتيه في ضمان البغل، ولا بقوله عليه السلام: «من أعتق شقياً من عبد قوم عليه» بل الأخبار كثيره، بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق أدله الضمان في القيمّات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أنّ المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الوارده في خصوص بعض القيمّات كالبغل والعبد ونحوهما لصوره تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمه في القيمي وإن فرض تيسر المثل له كما في من أتلّف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو أتلّف عليه ذراعاً من مئة ذراع كرباس منسوج على طريقه واحده لا- تفاوت في أجزائه أصلاً هو الإجماع، كما يستظهر.

وعلى تقديره، ففي شموله لصوره تيسر المثل من جميع الجهات تأمل، الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله في وجه اعتبار القيمه في القيمي مطلقاً من الرجوع إلى الإجماع ضعيف؛ لعدم ثبوت إجماع، وعلى تقديره فليس من الإجماع التعبدى بحيث يحرز اعتمادهم على أمر تعبدى قد وصل إليهم ولم يصل إلينا، بل الوجه عندهم هي السيره أو بعض الروايات المشار إليها كما لا يخفى.

وقد ظهر أيضاً ضعف ما نسب إلى الإسكافي(1) وحكى عن الشيخ رحمه الله والمحقق في «الخلاص»(2) و«الشرايع»(3) من اعتبار المثل على العهده في المضمونات مطلقاً، غايه الأمر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فإن السيره أو الروايات المشار إليها كافيه في الظهور المزبور.

ص: ١٤٦

١- (١) و (٢) و (٣) حكي عن الاسكافي وعن ظاهر الشيخ والمحقق السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٣، وانظر الخلاف ٣ : ١٧٥، المسأله ٢٨٧، والشرايع ٢: ٦٨.

خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»، بناءً على أنّ القيمة مماثله للتالف في المالىه، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

الشرح:

وعن السيد اليزدى رحمه الله (١) بقاء العين التالفه على العهده فى المثلّى والقيمي، وأن انتقال المثل أو القيمة على العهده لا أساس له، بل يكون دفعهما موجبا لفراغ الذمه عن عهدته العين، وذكر أن هذا مقتضى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢)، وليس فى الروايات ما ينافى ذلك، أما فى الأخبار الداله على الضمان فواضح، فإنه ليس فيها دلالة على اعتبار القيمة أو المثل على العهده.

وأما الأخبار الداله على القيمة فليست لها دلالة إلا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمه بها، كما فى صحيحه أبى ولاد (٣) أو الروايه فى تقويم العبد.

نعم، فى سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهده، وإلا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن، ولكن لم أعثر على هذا الخبر.

أقول: قد تقدم دلالة صحيحه أبى ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها ويأتى بيانه تفصيلاً عند التعرض لها، كما أن ظاهر موثقه سماعه ضمان القيمة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه ويضمن الثمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه» (٤). فإنه لولا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححا لضمان الثمن

ص: ١٤٧

١- (١) نقله السيد الخوئي قدس سره فى مصباح الفقاهه ٢: ٤٥١.

٢- (٢) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩: ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأوّل.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٧، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٥.

وكيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي، وعن الشيخ والمحقق في الخلاف والشرائع في باب القرض. فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعدد المثل فيكون قيمه عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمه يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسأله تعين قيمه متفرعاً على هذا القول فيردّه إطلاقات الروايات الكثيره في موارد كثيره: منها: صحيحه أبي ولاد الآتيه.

ومنها: روايه تقويم العبد. ومنها: ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمه لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

ومنها: غير ذلك من الأخبار الكثيره. وإن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً، نظراً إلى ظاهر آيه الاعتداء ونفى الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد، اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه ولو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً في المسأله.

الشرح:

بالعق الذي عبر عنه في الموارد بالإفساد على المالك، بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد، ونحوها غيرها.

وفي موثقه ابن بكير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن، فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله، فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء» (١). فإن ظاهرها ضمان الرهن بالقيمه؛ ولذا ذكر عدم ثبوت شيء على عهده المديون أو المرتهن مع تساوى الدين والرهن.

ص: ١٤٨

ثم إنهم اختلفوا في تعيين قيمه في المقبوض بالبيع الفاسد. فالمحكي في غايه المراد عن الشيخين وأتباعهما: تعين قيمه يوم التلف، وعن الدروس والروضه نسبه إلى الأكثر.

والوجه فيه على ما تبه عليه جماعه، منهم العلامه في التحرير: أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو ردّ العين. وربّما يورد عليه: أنّ يوم التلف [١] يوم الانتقال إلى قيمه، أما كون المنتقل إليها قيمه يوم التلف فلا.

ويدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه.

ومما ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل من خارج.

الشرح:

[١] الإيراد صحيح، فإن اشتغال الذمه بقيمه العين يحدث يوم تلفها، ولكن قيمه التي تكون على العهده قيمه ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من التعيين واحتمال اشتغال الذمه بالقيمه بحيث يكون المعبر في كل زمان إلى تفرغ الذمه قيمه العين في ذلك الزمان حتى تتعین قيمه يوم الدفع، مدفوع بأنه لا عبره بالأزمنه بعد تلف العين؛ ولذا لو سقطت العين عن المالىه بعد ذلك بحيث لو كانت باقيه لما كانت لها قيمه يتعين أيضا على الضامن دفع القيمه، ولو كان المعيار بالقيمه يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالىه، فافهم.

ولكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمه يوم التلف، بل يحتمل كون المعبر في زمان تلف العين قيمه يوم غصبها أو أعلى القيم من يوم دخولها في الضمان إلى زمان تلفها.

وبذلك يظهر ما في قوله رحمه الله: «ومما ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتّفاق على كون البيع فاسداً بمنزله المغصوب إلا في ارتفاع الإثم، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمه يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحه أبي ولاد الآتيه كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمه يوم التلف، إذ يلزم حينئذٍ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف، لما ذكرنا من أنّ معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

الشرح:

يوم التلف . . .» إلخ، فإنه كما ذكرنا ليس في البين ما يقتضى كون المعتر على العهد من القيمة قيمه يوم التلف.

نعم، حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر، ولا- يمكن إثبات قيمه ذلك اليوم بالسيره العقلائيّه أيضاً، حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة، بل لو ثبت قيمه يوم الغصب بصحيحه أبي ولاد الآتيه فيمكن التعدي إلى سائر موارد الضمان في القيميات إما باعتبار الاتّفاق على عدم الفرق بين الضمان في مورد الغصب وبين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلّي رحمه الله (١)، أو أنه لا يحتمل إلغاء ضمان زياده القيمة من يوم الضمان إلى يوم التلف في مورد الغصب وعدم إلغائها في غيره.

وعن السيد اليزدي رحمه الله (٢) أن العبره بقيمه يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على العهد إلى فراغها، وعلى تقدير الانقلاب تكون العبره بيوم التلف، فإن ضمان قيمته على القاعده، ولا- دلالة لصحيحه أبي ولاد على ضمان قيمته يوم الغصب، وعلى تقديرها تكون مختصه بباب الغصب، بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما

ص: ١٥٠

١- (١) السرائر ٢: ٣٢٦.

٢- (٢) نقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٤٥١.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال. فالمهم حينئذٍ صرف الكلام إلى معنى الصحيحه بعد ذكرها، ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي، وإمّا لكشف الصحيحه عن معنى التدارك والغرامه فى المضمونات، وكون العبره فى جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد. وحيث إنّ الصحيحه مشتمله على أحكام كثيره وفوائد خطيره، فلا بأس بذكرها جميعاً وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها. فروى الشيخ فى الصحيح عن أبى ولّاد، الشرح:

ورد فى تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه.

وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «من كان شريكاً فى عبد أو أمه قليل أو كثير، فأعتق حصته وله سعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، وإن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق»^(١).

وفى صحيحته الأخرى: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذى حرّر نصفه، قال: يقوم قيمه يوم حرّر الأول، وأمر الأول أن يسعى فى نصفه الذى لم يحرّر حتى يقضيه»^(٢).

وفيه ما تقدم فى دعوى كون قيمه التلف على القاعده، ولا دلالة فى الرويتين على اعتبار قيمه ذلك اليوم فإن الضمان فيهما من جهة الائتلاف كما فى بعض الروايات المرويه فى ذلك الباب، من تعليل ضمان المعتقد القيمه لباقي الشركاء مع يساره بأنه لما أفسده على أصحابه أو ضيعه عليهم، ولا- يختلف فيه حدوث الضمان والائتلاف فى الزمان فيحتمل أن يكون تعيين قيمه يوم الإفساد باعتبار كونها زمان حدوث الضمان

ص: ١٥١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٣٧، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٤.

قال: «اكثرت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفه خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل» [١] فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت التيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفه، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبدلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفه، وأخبرته بالقصه وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعت سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً. فقال: إنني ما أرى لك حقاً، لأنه اکتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمه البغل وسقط الكرى، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى. قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممياً أفتى به أبو حنيفه، وأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحجبت تلك السینه فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفه، فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السيماء ماءها وتمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً [٢] من الكوفه إلى النيل ومثل كرى الشرح:

فلا يمكن استظهار قيمه يوم التلف في الموارد التي يختلف فيها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف كما في التلف في اليد، حيث يتحقق الضمان بوقوع المال في اليد والاستيلاء عليه بنحو لا يكون المال أمانه مالكيه أو شرعيه، ولا يكون الشخص مأذوناً في إتلافه مجاناً قبل التلف.

[١] قيل إن النيل قريه بين بغداد والكوفه.

[٢] الوجه في حساب الذهاب من الكوفه إلى النيل ومن النيل إلى بغداد،

البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه، قال: قلت: جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب، فقلت: رأيت لو عطب [١] البغل أو نفق أليس كان يلزمني [٢]؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقرو؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصّحه والعيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو إيا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكرتى كذا وكذا فيلزمك، قلت: إنني أعطيته دراهم ورضى بها وحلّلتني قال عليه السلام إنّما رضى بها فأحلمك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور والظلم ولكن إرجع إليه فأخبره بما افتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبر.

ومحلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله «نعم قيمه بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمه إمّا بإضافه [٣] القيمه المضافه إلى البغل إليه ثانياً، يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لأنّ ذا القيمه بغل غير معين، حتّى توهم الزوايه مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، والقيمه إنّما الشرح:

وحساب الرجوع من بغداد إلى الكوفة تفاوت أجره المثل بالإضافه إلى الذهاب والإياب المفروضين.

[١] عطب ونفق كضرب بمعنى هلك ومات، والعقر بمعنى الجرح، والدبر بالتحريك قرحه الدابه.

[٢] من المجرد بمعنى يثبت على.

[٣] ليس المراد إضافه القيمه إلى كل من البغل ويوم المخالفه بحسب التركيب

هى قيمه المثل. وإمّا بجعل اليوم قيدياً للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل.

وأما ما احتمله جماعه من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعنى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأنّ السائل إنما سأل عمّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أرأيت لو عطب البغل، أو نفق أليس كان يلزمنى؟» فقوله: «نعم» يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته. وقد أظن بعض فى جعل الفقره ظاهره فى تعلق الظرف بلزوم القيمه عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوى، ولا المتفاهم العرفى.

الشرح:

الكلامى، بل المراد إضافه القيمه إلى البغل ثم إضافه البغل إلى يوم المخالفه؛ ولذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للإضافه، ولو كانت القيمه مضافا والبغل مضافا إليه فقط لم يكن وجه لسقوط الألف واللام عن الثانى.

وحيث إن المضاف إليه يعنى يوم المخالفه لا- يصح كونه قيدياً للبغل، فإن البغل لا ينسب إلى الأيام فيكون اليوم المزبور قيدياً للمضاف، أى القيمه، فتنسب القيمه المنسوبه إلى البغل أولاً- إلى يوم المخالفه ثانياً، والمعنى: نعم يلزمك قيمه يوم المخالفه للبغل.

وهذا مراد من ذكر أن مقتضى الحديث الاعتبار فى الضمان بقيمه يوم الغصب وحدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم.

وقيل: إن يوم المخالفه ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب، يعنى لفظه «نعم»، فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله: «يلزمك»، أى يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل، فيكون الجواب ناظراً لبيان حدوث الضمان يوم المخالفه وأن قبلها لم يكن

ص: ١٥٤

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم اكرتري كذا وكذا»، فإنّ إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه، بناءً على أنّه يوم الاكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الروايه أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفه.

ومن المعلوم أنّ اكرتراء البغل لمثل تلك المسافه القليله إنّما يكون يوم الخروج، أو فى عصر اليوم السابق. ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمه فى هذه المدّه القليله.

وأما قوله عليه السلام فى جواب السؤال عن إصابه العيب: «عليك قيمه ما بين الصّيحه والعيب يوم تردّه» فالظرف متعلّق ب «عليك» لا- قيد للقيمه، إذ لا- عبره فى أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله.

الشرح:

ضمان، لا أن المعتبر فى الضمان هى القيمه بحسب يوم المخالفه.

وأورد على ذلك المصنف رحمه الله أن هذا لا يناسبه ظاهر الروايه ولا الفهم العرفى، بل هذا الاحتمال غير صحيح؛ لأنّ السائل لم يسأل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجاره، بل كان هذا معلوما عنده وإنما سأله عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه.

أقول: لم يظهر وقوع السؤال عن سائر الجهات بعد الفراغ عن أصل حدوث الضمان يوم المخالفه، كيف ولو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف أيضاً، مع أنّه رحمه الله سلّم أن

ص: ١٥٥

ويحتمل أن يكون قيداً لـ«العيب»، والمراد: العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص [١] إلى يوم الردّ، والعبارة حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى.

الشرح:

قوله عليه السلام: «عليك قيمه ما بين الصّحة والعيب يوم ترده عليه» (١) بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصّحة. والمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله، وأما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغصب أو التلف أو الرد فلا نظر له إليه.

والصحيح أن يقال: إن قيد يوم المخالفه راجع إلى القيمه لأصل الضمان فإن القيمه لا تثبت على العهد يوم المخالفه مع فرض بقاء العين، بل ثبوتها على العهد يكون زمان التلف ولا وجه لدعوى أن تقييد الضمان بيوم المخالفه للتنبه بعدم الضمان بقيمه يوم التلف قبلها.

فإنه مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر تنافيه الفقيه الثانيه، يعنى قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكرتى كذا وكذا» (٢)، حيث إنه لا ينبغى الريب فى أن ظاهرها كون «حين اكرتى» قيدا للقيمه، وسيأتى أنه لا يختلف فى مثل مورد الروايه قيمه زمان الغصب عن قيمه يوم الا-كتراء، كما أن ظاهرها كون المراد بالبغل الإشاره إلى المفروض فى السؤال فلا مورد لتوهم أن مدلول الروايه الضمان بقيمه طبعى البغل.

[١] الظاهر أن مع تناقص العيب أو براء الحيوان لا يوجب الضمان فإنه لم يتلف

ص: ١٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق.

فهذا الاحتمال من هذه الجبهه ضعيف أيضاً، فتعَيّن تعلقه بقوله عليه السلام : «عليك».

والمراد ب«قيمه ما بين الصّححه والعيب» قيمه التّفاوت بين الصّححه والعيب، ولا- تعرّض فى الرّوايه ليوم هذه القيمه، فيحتمل يوم الغصب، ويحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف وصف الصّححه الذى هو بمنزله جزء العين فى باب الضّمّانات والمعاوضات، وحيث عرفت ظهور الفِقره السّابقه عليه واللاحقه له فى اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصّححه بآئه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الرّوايه من عدم اختلاف قيمه الشّرح:

على المالك شىء ليكون على الضامن تداركه، ولم أظفر على الفتوى التى أشار إليها من ضمان العيب حتى مع برء الحيوان ورده إلى مالكه سالماً.

والحاصل: يحتمل كون الظرف يعنى يوم الرد ظرفاً للعيب وقيداً له، بل هذا الاحتمال أظهر، فإنه لو كان الظرف متعلقاً ب«عليك» لكان ذكره بلا فائده، مع أن تعلقه ب«العيب» يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم الضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الأخذ والاستيلاء عليها ولو مع تخلل العيب بين الأخذ والرد.

لا- يقال: لو كانت قيمه العين يوم غضبها عشره دراهم ثم زادت وصار معيها عشرين وصححها خمسين فيكون على الضامن ثلاثين درهما وهو تفاوت قيمه العيب الموجود حال الرد، وهذا لا يعطى الاحتمال بأن يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشره دراهم وعلى تقدير عيبها ثلاثون درهما.

فإنه يقال: اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمه زمان الرد، بل مقتضى تبعيه ضمان الوصف لضمان العين أن يكون على الضامن فى الفرض سته دراهم من عشره دراهم، بأن يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمه

البغل في مدّه خمسّه عشر يوماً، ويكون السرّ في التعبير ب«يوم المخالفه» [١] دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوأم: أنّ العبره بقيمه ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك لأنّه خسّره المبلغ الذي اشترى به البغله ويؤبده: التعبير عن يوم المخالفه في ذيل الروايه ب«يوم الاكتراء»، فإنّ فيه إشعاراً بعدم عنايه المتكلّم بيوم المخالفه من حيث إنّّه يوم المخالفه. إلّا أن يقال [٢]: إنّ الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله إقامه الشّهود على قيمته في زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعه من المُكارين بخلاف زمان المخالفه من حيث إنّّه زمان المخالفه. فتغيير التعبير ليس لعدم العبره بزمان المخالفه، بل للتنبيه على سهوله معرفه القيمه بالبينه كاليمين في مقابل قول السائل «ومن يعرف ذلك؟» فتأمل.

الشرح:

يوم الغصب. وحيث إن التفاوت بين الصحيح والمعيب ثلاثون درهما، يعنى ثلاثه أخماس قيمه العين صحيحا فيؤخذ بذلك من قيمه يوم الغصب.

[١] يعنى أن يوم المخالفه قيد للقيمه ولكن القيد ليس للاحتراز عن قيمه يوم التلف، بل للاحتراز عن قيمه يوم الاكتراء، حيث يكون المرتكز في ذهن مثل صاحب البغل مطالبه الضامن بقيمه شراء البغل بزعم أنه المبلغ الذي خسره.

وبعبارة أخرى: يوم المخالفه قيد احترازي للقيمه ولكن لا مطلقا، بل بالإضافة إلى قيمه يوم الشراء.

[٢] يعنى: أن يقال في تأييد الاعتبار بقيمه يوم الغصب، ووجه التأييد أن ذكر يوم الاكتراء ليس من جهه عدم الاهتمام بيوم المخالفه في تقويم العين، بل للتنبيه بطريق سهل إلى معرفه قيمه يوم المخالفه للبغل المفروض في الروايه وأن إقامه البينه على تلك القيمه كتعيينها باليمين سهل، حيث إن البغل المزبور يكون يوم الاكتراء بمراى

ويؤيده أيضا [١] قوله عليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل: «ومن يعرف ذلك؟» قال: «أنت وهو، إنا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا، فليزمك... الخبر»، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل.

الشرح:

ومشهد من الناس والمكاريين، ولا- يتفاوت عادة قيمته إلى يوم المخالفه التي يكون الفصل بينها وبين يوم الاكتراء بيوم أو أقل منه.

[١] يعنى: يؤيد عدم العبرة بيوم المخالفه فى ضمان القيمة ظاهر قوله عليه السلام فى الجواب عن كيفية معرفه القيمة بكون الحلف على القيمة حقا لصاحب البغل فإنه يصح ذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم التلف، دون ما إذا كان الاعتبار بيوم المخالفه فإنه إذا أحرزت القيمة قبل يوم التلف وكان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين إلى صاحب البغل باعتبار كونه منكرًا لدعوى النقصان، كما أن إقامه صاحب البغل البينه فيما إذا كان اختلافهما فى قيمة البغل بلا اتفاق سابق.

أقول: التأييد عليل، فإنه يمكن توجيه اليمين إلى صاحب البغل مع كون الاعتبار بقيمه يوم الغصب، كما إذا اتفقا على قيمة البغل سابقا قبل غصبها بشهر وكان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكترائه وغصبه، بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامه الناس الذى يرضى به المحلوف له ابتداءً وردا.

والمتحصل: من جميع ما ذكرنا أن قوله عليه السلام فى الجواب عن السؤال عن تلف الدابه يرجع إلى أنه لو عطب البغل ونفق فعليك قيمه يوم المخالفه للبغل، وحيث إن ظاهر القضية الشرطيه كون الجزاء مقارنا لتحقق الشرط كما هو شأن الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعلية التلف لا حدوثه يوم المخالفه فإن يوم

ص: ١٥٩

ثم لا- وجه لِقَبول بَيِّنته لأَنَّ من كان القول قوله فالبيِّنه بيِّنه صاحبه. وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له ويصدِّقه فيه من دون محاكمه والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهه أَنَّ المالك أعرِف بقيمه بغله، فكأنَّ الحلف حقُّ له ابتداءً خلاف الظاهر، وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلّف [١]، فإنّه يمكن أن يحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى الشرح:

المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم، فيكون الاعتبار بقيمه يوم الضمان مطلقاً إلحاقاً للضمان فى غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم.

وأما احتمال أن يكون الجواب ب «نعم» نفيًا لما فرض فى السؤال أنه لا- يضمن البغل بقيمه يوم المخالفة، على ما أفتى به أبو حنيفة، إذ لو كان الجواب إثباتاً لذكر الجواب بكلمه «بلى»، على ما ذكره علماء الأدب فلا يمكن المساعدة عليه فإن العرف العام لا- يفرقون بين الجواب ب «نعم» أو بكلمه «بلى» فى استعمالاتهم وإنما يراعى ما ذكر فى الكلام الفصيح، كالكتاب المجيد، والأخبار الواردة فى بيان الأحكام هى على طبق الاستعمالات فى العرف العام ولم يلاحظ فيها أعمال الفصاحة ورعايه البلاغه.

وقد ذكر الفقهاء فى باب الإقرار أنه لا فرق بين الجواب ب «نعم» أو «بلى» فى العرف العام فى حمله على الإثبات، كما لو سئل: «أليس لزيد عليك درهم؟» فأجاب: ب «نعم»، فإنه يعتبر من الإقرار بالدين.

ويشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما فى العرف العام فهم أبى ولأد اشتغال الذمه بقيمه يوم المخالفة من الكلام المزبور؛ ولذا سئل ثانياً عن طريق إحراز تلك القيمة وتعيينها.

[١] لا- يخفى أن توجيه اليمين إلى صاحب البغل باعتبار حمل الجواب على صوره اختلافهما فى نقصان القيمة يوم التلف عما كانت عليه يوم المخالفة من الحمل

تنزل قيمه يوم التلف مع اتفاهما أو الأطلاع من الخارج على قيمته سابقاً، ولا شك حينئذ أن القول قول المالك، ويكون سماع البيئه في صوره اختلافهما في قيمه البغل سابقاً مع اتفاهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الروايه قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، ويبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زياده قيمه يوم التلف عن يوم المخالفه، ولعل حكمها أعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الروايه.

وأما على تقدير كون العبره في قيمه بيوم المخالفه، فلا بد من حمل الزوايه على ما إذا اتفقا على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه، أو اللأحق له وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفه، ولا يخفى بعده. وأبعد منه: حمل النص على التعيد، وجعل الحكم في خصوص الدابّه المغصوبه أو مطلقاً مخالفاً للقاعده المتفق عليها نصياً وفتوى: من كون البيئه على المدعى واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجاره والغصب.

وأضعف من ذلك: الاستشهاد بالروايه على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب.

الشرح:

على الصوره النادره، فإنه كما لا- تختلف قيمه البغل في خمسه عشر يوماً غالباً، كذلك اختلاف صاحب البغل والضامن في النقصان المزبور نادر، وإذا فرض جواز حمل الجواب على الصوره النادره فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتفاهما على قيمه البغل سابقاً واختلافهما في نقصان تلك القيمه يوم المخالفه. ولا- وجه للمناقشه في هذا الحمل دون الأول، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله في قوله بعد ذكر الاحتمال الذي ذكرنا: «ولا يخفى بعده، وأبعد منه حمل النص على التعبد».

ص: ١٦١

نعم، استدّلوا على هذا القول [١] بأنّ العين مضمونه في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته.

وفيه: أنّ ضمانها في تلك الحال، إن أُريد به وجوب قيمه ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلاّ بذلك، لكنّ المفروض أنّها لم تتلف فيه.

وإن أُريد به استقرار قيمه ذلك الزمان عليه فعلاً. وإن تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

وإن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو وإن لم يخالف الاتفاق إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليلٍ شاغل، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعده نفى الضرر الحاصل على المالك.

الشرح:

[١] اختار رحمه الله عدم دلالة الصحيحه على أن الملاك في الضمان بقيمه يوم الضمان، بل يرجع في تعيينها إلى القاعده الأوليه وهي قيمه يوم التلف؛ لأنّ ذلك زمان اشتغال العهده بالقيمه، وعلى ذلك فلا بد من النظر في وجه القول بأن العبره في الضمان بأعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف، حيث يتعين الرجوع إلى القاعده مع عدم الخروج عنها، وما يقال في وجهه أمور:

الأول: أن العين في تمام تلك الأزمنة في ضمان الشخص، فإن أدّى أعلى القيم فيخرج عن عهده جميع تلك الضمانات؛ لدخول الأقل في الأكثر، بخلاف ما إذا أدّى قيمه زمان التلف أو غيره فإنه لا يخرج بأداء تلك القيمه عن ضمان العين حين كانت قيمتها أكثر.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنه إن أُريد من ضمان العين في جميع الأزمنة التي منها علو قيمتها أنه على تقدير تلفها فيه كانت العهده مشغوله بتلك القيمه فهذا صحيح، ولكن المفروض أنّها لم تتلف فيه.

وفيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونه في جميع الأزمنه : بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصار مالتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردت تدارك تلك المائيه بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، وإنما هو مقوم لماليه المال، وبه تمايز الأموال كثره وقلة.

الشرح:

وإن أريد اشتغال العهده بتلك القيمة حتى مع عدم تلفها فيه وفيما بعده بحيث لو ردّ العين إلى مالکها كان اللازم دفعها مع الزيادة، فهذا مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان الزيادة مع رد العين.

وإن أريد اشتغال العهده بتلك القيمة مشروطاً بهلاك العين وعدم إمكان ردها بنفسها فهو أمر معقول ولكن لا بد من قيام الدليل عليه، وأصالة البراءة تدفع لزوم دفع الزايد على القيمة يوم تلفها.

نعم، حكى في «الرياض» (١) عن العلامة أن قاعده نفى الضرر دليل على اشتغال العهده بتلك الزيادة، فإنه لو لم يكن الضامن واضعاً يده على العين زمان علو قيمتها أمكن للمالك استيفاء تلك القيمة ببيع العين فيكون عدم ضمان تلك القيمة مع تلف المال ضرراً على المالك، ومقتضى قاعده نفى ضمانها ولكنه رحمه الله أشار إلى ضعف هذا الاستدلال بقوله: «وفيه نظر».

ص: ١٦٣

١- (١) الرياض ٢: ٣٠٤، والمراد ب«خاله العلامة» الوارد في المتن، هو العلامة الأكبر الآغا محمّد باقر الوحيد البهبهاني قدس

والحاصل: أنّ للعين في كلّ زمان من أزمنه تفاوت قيمته مرتبه من المالىه، أزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن رُدت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت استقرت عليا تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده، حيث إنّهُ يضمن الأعلى منها. ولأجل ذلك الشرح:

ووجهه أنه قد تقدم أن مفاد قاعده نفي الضرر نفي الأحكام التي يكون العمل بها موجبا لتضرر الشخص، وأما تدارك الضرر الواقع خارجا فلا يثبت بها.

ثم إنه رحمه الله وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن مالىه العين في كل زمان ومنها مالىتها زمان علو قيمتها تكون مضمونه في ضمن النقود أو مال آخر؛ إذ ليست المالىه بنفسها أمرا قابلاً للضمان، وعلى ذلك فإن كانت العين باقيه وردّها إلى مالكها فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زياده قيمه مضمونه في ضمنه، وإذا تلفت العين يكون ضمان الزيادة في ضمن النقود ولو مع عدم تلف العين في زمان تلك الزيادة. وذلك فإن الضامن قد حال بين المالك وعين ماله في ذلك الزمان، وكما أن إتلاف المال في زمان موجب لضمان قيمته في ذلك الزمان، كذلك الحيلولة بين المالك وماله في ذلك الزمان حتى يتلف ذلك المال.

أقول: سيأتى أنه لا أساس لبدل الحيلولة وإنما الثابت بحسب الأدله بدل التلف وبدل التلف يثبت على العهده بتلف العين، أو زوال مالىتها رأسا الملحق بالتلف عند العقلاء ولا يثبت في غير ذلك، وليست القيمه السوقيه للعين بحسب الأزمنه كالمنافع المتضاده للعين في زمان واحد، فلا يقاس الأول بالثاني.

وذلك فإن المنافع المتضاده يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيرها فيفوت على المالك المنفعه الأزيد في ذلك الزمان، بخلاف القيم في الأزمنه المتعدده؛ لأن العين لا تكون تالفه على مالكها ما دامت باقيه لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

استدلّ العلامة في التحرير [١] للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزاله يد المالك.

ونقول في توضيحه: أنّ كلّ زمان من أزمته الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب مآلته، ففي زمانٍ أزيلت، من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمن، وفي ثالث عن ثلاثه، فإذا استمرّت الإزاله إلى زمان التّلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل.

واستدلّ في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال [٢] لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب بأنّ الأصل في المقام البراءة، حيث إنّ الشكّ في التكليف بالزائد. نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد. ثمّ إنّته حكى عن المفيد والقاضى والحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري، ولم يعلم له وجه، ولعلّهم يريدون به يوم القبض، لغلبيه اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

الشرح:

[١] يعنى: حيث إن العين في جميع الأزمته إلى أن تتلف مضمونه بوقوع الحيلولة في كل من تلك الأزمته بين العين ومالكها، علل العلامة (١) ضمان قيمه يوم الغصب بأنه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله، فإنه لو لم يكن مجرد إزاله يد المالك عن العين موجبا لضمانها بأن يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور.

[٢] إن كان الاشتغال في القيميات بالقيمه، كما هو الفرض يكون المرجع عند دوران كون القيمه المضمونه أعلى القيم أو قيمه يوم التلف فتؤخذ البراءة عن الزيادة (٢).

ص: ١٦٥

١- (١) التحرير ٢ : ١٣٩ .

٢- (٢) هذا رده قدس سره لما ورد عن السرائر وغيرها كما في المتن، السرائر ٢ : ٤٨١ ، الرياض ٢ : ٣٠٤ ، المناهل : ٢٩٩ .

ثم إنه لا- عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال، إلا- أنه تردّد فيه في الشرائع، ولعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، ودفع قيمه إنّما هو لإسقاط المثل. وقد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى.

ثم إنّ ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع قيمه بحسب الأزمنه، وأمّا إذا كان بسبب الأمكنه، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشره، وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبه بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف [١] لأنّ ماليه الشئ تختلف بحسب الأماكن وتداركه بحسب ماليته.

ثم إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف [٢] إنّما هو في ارتفاع قيمه السوقيه الناشئه الشرح:

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لو كان النظر إلى الضمان المستفاد من حديث: «على اليد» (١)، يكون المقام في مورد استصحاب الضمان لا الرجوع إلى البراءه، فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهده، على ما ذكره السيد اليزدي (٢) (طاب ثراه) ولكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

[١] هذا بناءً على كون العبره في القيمي بقيمه يوم التلف، وأمّا بناءً على ما استظهرناه من صحاحه أبي ولاد من اعتبار قيمه يوم الغصب فالمتعين ملاحظه مكان العين في ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل في زياده قيمتها، ولو كان قيمتها في مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها في ذلك البلد في الزيادة العينيه الحادثه زمان الغصب.

[٢] إذا لم يكن للحيوان التالف زياده عينيه كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادة فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين، كما لوردّها بعد زوال

ص: ١٦٦

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢- (٢) نقله السيد الخوئى قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٤٥١.

من تفاوت رغبه الناس. وأما إذا كان حاصلًا من زياده فى العين. فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم، وفى الحقيقه ليست قيم التالف مختلفه وإنما زيادتها فى بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العيته الحاصله فيه التنازله منزله الجزء الفائت. نعم، يجرى الخلاف المتقدم فى قيمه هذه الزيادة الفائتة وأن العبره بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم، ثم إن فى حكم تلف العين فى الشرح:

تلك الزيادة الحادثه، وذلك فإن العين مملوكه فتكون الزيادة الحادثه ملكا لملكها. والمفروض أن اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف أيضا تابعا للعين، سواء كان حادثا من الأول أو من أيام غضبها، غايه الأمر تكون تلك الزيادة محسوبه بقيمه يوم حدوثها. بمعنى أنه يعين قيمه العين فى ذلك اليوم مع تلك الزيادة، كما لو كانت قيمتها فى ذلك اليوم مع الزيادة عشره دراهم ومع عدمها ثمانيه، فيكون الوصف المزبور مضمونا بدرهمين.

ولو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمه العين بدون الزيادة يوم غضبها فيضمن نفس العين أيضا بتلك القيمه، كما هو ظاهر صحيحه أبى ولاد على ما تقدم.

والحاصل: أن غايه ما يستفاد من الصحيحه ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه بقيمه يوم وضع اليد، يعنى حدوث الضمان، فتكون الزيادة الحادثه فى يد الغاصب داخله فى ضمانه بقيمه يوم حدوثها؛ لأنه أول زمان بالإضافه إلى ضمان تلك الزيادة.

وما يقال بأن مقتضى إطلاق صحيحه أبى ولاد ضمان العين بقيمتها عند غضبها وأنه لا اعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك، سواء كانت زيادتها باعتبار تغير القيمه السوقيه أو حصول الزيادة العينيه لا يمكن المساعده عليه؛ لأن الحكم المزبور وارد فى البغل المعد للكراء وحدثت الزيادة العينيه الفاحشه الموجه لتغير قيمته السوقيه فى خلال

جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعدّر الوصول إليه، وإن لم يهلك كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونه. وهل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس [١] من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويله يتضرّر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيره؟ وجوه. ظاهر أدلّه ما ذكر من الأمور: الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينه إذا خيف من نزع غرق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

الشرح:

خمسه عشر يوماً فرض نادر، بل غير واقع؛ لأن البغل لو لم يخرج بالمشى إلى المسافه البعيده في خلالها إلى الهزال فلا أقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم اكتراه.

[١] يعنى: هل يقيد ضمان المثل أو القيمة بما إذا حصل الاطمينان بعدم وصول المالك إلى ماله المعبر عن ذلك باليأس عن الوصول أو لم يكن ظن بالوصول إليه المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال، أو يشمل استحقاق المالك المثل أو القيمة ما لو علم وجدان المال في مده طويله أو حتى ما لو كانت قصيره، ظاهر ما ورد في الأمانات المضمونه اختصاص استحقاق المالك بمطالبه المثل أو القيمة بأحد الأولين، أى ما إذا حصل الاطمينان بعدم وصوله إلى المال أو عدم الظن بالوصول.

ويظهر الأخير من إطلاق فتاوى الأصحاب في بعض الموارد، كإطلاقهم في اللوح المغصوب في السفينه أنه إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة إلى أن يبلغ الساحل، فإنهم لا يقيدون ذلك بما إذا كان البلوغ إلى الساحل محتاجاً إلى زمنٍ طويل.

أقول: لا موجب لضمن القيمة بمجرد عدم تيسير الوصول إليها ما لم تعد العين تالفه في اعتبار العقلاء، كما إذا علم حصولها في اليد بعد حين، خصوصاً إذا كانت

ويؤيِّده: أنَّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإنّ تسلّط النَّاس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبه القيمة للمثل المتعذّر في المثلى. نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جدّاً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامه والتدارك على أداء القيمة، أشكال الحكم.

الشرح:

المدّة قليلة فلا يحق للمالك مطالبه الضامن بدلها.

نعم، إذا كانت لها منفعة فيها أُجره فله المطالبه بتلك المنفعة الفائته، كما في مسألة اللوح المغصوب، والاستدلال على استحقاق المالك ببدل العين بكونه جمعاً بين الحقين، قد ذكرنا ما فيه سابقاً أن العين بالإضافة إلى قيمتها أو مثلها ليست من قبيل الأكثر إلى الأقل ليرفع المالك يده عن الزيادة ويطلب بالأقل، بل بالإضافة إلى بدلها من المتباينين؛ ولذا لا يحق له المطالبه ببدل العين مع بقائها وتيسر ردها.

وكذا لا يمكن التمسك في إثبات استحقاق المالك المطالبه بالبدل في مورد عدم تلف العين بحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، فإنه مضافاً إلى ضعف سنده مدلوله سلطنه المالك على التصرف في ماله وأنه ليس محجوراً عليه، وتغريم شخص آخر بمطالبه البدل ليس من التصرف في ذلك المال.

وبالجملة: لم يثبت للمالك استحقاق مطالبه البدل مع عدم كون ماله تالفاً في اعتبار العقلاء، كما إذا كان رده عليه محتاجاً إلى السعى في مقدماته فإنه لا يحق له مطالبه الضامن ببدل العين كما هو ظاهر كلام المصنف رحمه الله .

والاستدلال على ذلك بقاعده نفي الضرر ضعيف، فإن قاعده نفيه لا يقتضى تدارك الضرر، وعلى تقديره فتداركه مع بقاء العين وعدم عدها تالفة بتدارك منافعها

ص: ١٦٩

١- (١) عوالى اللآلى ١ : ٢٢٢ ، الحدىث ٩٩ و ٤٥٧ ، الحدىث ١٩٨ .

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى في مقدماته لم يسقط القيمة زمان السعى، لكن ظاهر كلمات بعضهم: التعبير بالتعذر، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين، فتأمل، ولعل المراد به التعذر في الحال وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانيه يتأخر لأجلها ذو المقدمه.

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كتبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها ويصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط، ويدل عليه قاعده تسلط الناس على أموالهم [١]

الشرح:

الفائته إلى أن يحصل رد نفس العين.

والحاصل: ما يسمونه ببدل الحيلولة لم يتم عليه وجه يعتمد عليه، بل إن كانت العين التي يتعذر الوصول إليها تعد تالفه على مالها فالبدل بدل لها، ومع عدم كونها تالفه كذلك فلا موجب لاستحقاق مالها بدلها حيلولة كانت أو غيرها.

نعم، لمالكها مطالبه البدل بالإضافة إلى منافعها الفائته، وعلى ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبدل الحيلولة، وإذا كانت العين بحيث تعد تالفه يكون للمالك على الضامن البدل، ولو أخذ البدل واتفق الوصول إلى العين بعد مده فلا يستحق المالك إلا ما أخذه وليس له إلزام الضامن باسترجاع البدل، حيث يأتي أن إعطاء البدل من قبيل المعاوضه القهريه بينه وبين المستبدل.

[١] يعنى: أن مقتضى سلطنه الناس على أموالهم جواز امتناع المالك عن بدل الحيلولة ومطالبته بعين ماله ولو بعد حين.

ص: ١٧٠

وكما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم، ثم إنّ المال المبدول [١] يملكه المالك بلا خلاف، كما في المبسوط والخلاف والغنيه والسّرائر وظاهرهم إرادته نفى الخلاف بين المسلمين، ولعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لا يتحقّق إلاّ بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدله الغرامه في الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحه مطلقه وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحه المطلقه في المعاطاه على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمي رحمه الله في أجوبه مسائله. وعلى أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضه ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البديل له. وقد استشكل في ذلك المحقّق والشهيد الثّانين:

الشرح:

[١] وحاصله: أنّ ظاهر كلماتهم (١) كون المبدول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكا له ويقتضيه ما ورد في موارد الضمانات، فإنّ ظاهره كون البديل المعطى للمالك في موارد الحيلولة كإعطائه في موارد التلف في صيرورته ملكا له.

نعم، لو لم يكن الإجماع المشار إليه وظاهر أدله الضمان والغرامه لأمكن القول بأنه لا يملكه بمجرد الإعطاء، بل يجوز التصرف في البديل المزبور إلى أن يدخل في ملكه بتلف المبدل، وسواء قلنا بدخول البديل في ملك المالك من الأول أو بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل في ملك الضامن بدفعه البديل.

ونتيجه ذلك اجتماع البديل والمبدل في ملك المالك لا ضيرفيه؛ لأن دفع البديل

ص: ١٧١

١- (١) وهي ظاهر كلمات صاحب المبسوط ٣: ٩٥، والخلاف ٣: ٤١٢، المسأله ٢٦، والغنيه: ٢٨٢، والسرائر ٢: ٤٨٦، الوارده في المتن.

قال الأول في محكى جامعه: إن هنا إشكالاً، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابله الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

وقال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلاً، وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة، انتهى. واستحسنه في محكى الكفايه.

أقول: الذى ينبغى أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه، ليصدق ذهابها من كيسه.

الشرح:

إلى المالك ليس من المبادله بين المالين ليمتنع اجتماعهما فى ملكه، بل دفعه فى المقام نظير دفعه مع تلف المال فى عدم المبادله، والوجه فى عدم المبادله مع التلف أيضاً أن المبادله تقتضى وجود طرفيها ولا تعقل بين الموجود والمعدوم، ولكن مع ذلك ناقش المحقق(١) والشهيد الثانيان(٢) فى بدل الحيلولة باجتماع البدل والمبدل فى ملك المالك.

وأضاف الشهيد الثانى رحمه الله بأنه لا بد من الالتزام بدخول البدل فى ملك المالك وخروج المبدل إلى ملك الضامن ولكن مترزلاً إلى أن يتلف المبدل، أو يقال بأن البدل باق على ملك الضامن وإنما يجوز للآخر التصرف فيه على ما تقدم.

ودافع المصنف رحمه الله عن بدل الحيلولة بأن المناقشه ناشئه عن زعم أن البدل فى المقام نظير البدل مع تلف العين بدل عن نفس العين، والزعم غير صحيح؛ لأن البدل يعطى للمالك بعنوان الغرامه ومن الظاهر أن مع تلف العين تكون الغرامه تداركا لما

ص: ١٧٢

١- (١) جامع المقاصد ٦ : ٢٦١ .

٢- (٢) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢ : ٢١٠ .

ثم إنَّ الذَّهابَ إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابليته الملكيه عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيه، وإن كان الذَّهابَ بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيه، وجب قيام مقابله مقامه في السلطنه، لا في الملكيه، ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنه الفائته، فالتدارك لا يقتضى ملكيه المتدارك في هذه الصوره.

نعم، لَمَّا كانت السِّلطنه المطلقه المتداركه للسِّلطنه الفائته متوقفه على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهده.

وعلى أيّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونه على ملك مالکها، إنَّما الكلام في البديل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحه وبالسلطنه المطلقه عليها، وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أنَّ إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقفه على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحه، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدّم في المعاطاه بيان ذلك. ثمَّ إنَّه قد تحصّل ممَّا ذكرنا [١] أنَّ تحقّق ملكيه البديل أو السلطنه المطلقه عليه مع بقاء العين الشرح:

فات عن المالك من نفس العين، والفائت عن المالك في الفرض ليس نفس العين، بل السلطنه على التصرفات فيها، فلا بد من قيام البديل مقامها في هذه الجبهه والقيام كذلك لا يقتضى دخول البديل في ملك المالك المبدل ابتداءً، بل يقتضى جواز تصرفاته في ذلك البديل.

نعم، لو كان التصرف موقوفاً على الملكيه فلا بد من الالتزام بدخول البديل في ملك المتصرف من ذلك الحين، نظير ما تقدم في المعاطاه.

[١] وحاصله أن ما ذكر من بقاء العين على ملك مالکها ودفع البديل بعنوان الغرامه

على ملك مالكةا، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامه وتداركاً، أمّا لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكيه، فالتدارك لا يقتضى ملكه ولا السلطنه المطلقه على البدل. ولو فرض حكم الشارع بوجود غرامه قيمته حينئذٍ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم، ولذا استظهر غير واحد أنّ الغارم لقيمه الحيوان الذى وطأه يملكه، لأنّه وإن وجب بالوطء نفيه عن البلد ويبيعه فى بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المالىه.

هذا كله مع انقطاع السلطنه عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقه.

الشرح:

عمامات من سلطنه المالك ينحصر بما إذا كان الفات على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامه، وأما إذا ثبت البدل مع بقاء سلطنه المالك على معظم الانتفاعات، كما فى تغريم واطى الحيوان بدفع قيمته فلا يبعد أن يستكشف عن ايجاب دفع البدل دخول المبدل فى ملك الغارم بالدفع، حيث إنه وإن وجب نفي الحيوان عن ذلك البلد ويبيعه فى بلد آخر، إلا أن هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالىه، غايه الأمر يكون ذلك عيباً فى الحيوان وإذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته إلى مالكة يستفاد أن دفعها مبادله شرعيه بينها وبين الحيوان.

وهذا بخلاف ما إذا خرج الشىء عن المالىه فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنه المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البدل إليه موجبا لخروج المبدل عن ملكه؛ لما تقدم من أن البدل غرامه لتلك السلطنه الفاتته وللخروج عن المالىه.

ويترتب على ذلك أنه لو التفت قبل تمام غسل اليدين وقبل المسح فى الوضوء إلى كون الماء غضباً لا يرضى مالكة بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه ولو بعد دفع البدل الموجب لتمام الوضوء؛ لأن غرامه البدل لا يوجب دخول الماء فى ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبه الباقيه بيديه.

ص: ١٧٤

أمّا لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفه الملكيه، فمقتضى قاعده الضمان وجوب كمال قيمه، مع بقاء العين على ملك المالك، لأنّ قيمه عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبه الباقيه بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالکها لا ينافي معنى الغرامه، لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلاّ بإذن المالك ولو بذل قيمه. قال في القواعد في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه : ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمه غرم جميع قيمه، انتهى.

الشرح:

وذكر في شرح «القواعد»^(١) أنه لو خاط ثوبه بخيوط الغصب وطلبها المالك وجب نزعها وإن أفضى ذلك إلى تعيب الخيوط أو زوال ماليتها، ومعهما يجب أيضا غرامه العيب أو الماله.

أقول: خلاصه الكلام في ضمان التالف أن مجرد التلف حقيقه أو حكما وثبوت البديل على عهده الضامن لا يوجب انتقال العين التالفه إلى ملك الضامن، حيث إن ثبوت البديل على العهده تغريم وليست مبادله ويترتب على ذلك كون بقايا العين التالفه ملكا للمالك.

نعم، إذا دفع الضامن العين التالفه والبديل المزبور يكون الدفع موجبا لدخول تلك العين في ملك الضامن، وكل ذلك بالسيره العقلانيه التي اعتمدنا عليها في إثبات الضمان، فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبه بالبقايا بعد أخذه البديل، بخلاف ما لم يأخذ البديل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكا لمالكها الأول حتى مع ملكه البديل على عهده الضامن.

ص: ١٧٥

وعطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد قوله: ولا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت قيمه أخذها ولم تدفع العين، انتهى.

الشرح:

ويوضح ذلك خير إيضاح ما ورد فى ضمان الواطى قيمه الحيوان الذى وقع عليه وهى موثقه سدير(١)، حيث البائع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه قيمه إلى مالك الحيوان فىكون الحيوان الموطوء ملكا له بدفعه قيمته.

وما ذكر المصنف رحمه الله: من أنه فى صورته تلف المال أيضا لا- يكون دفع البديل مبادله قهريه بين العين التالفه والبديل؛ لاقتضاء المبادله وجود طرفيها. يدفعه: أنّ اعتبار المبادله حال تلف العين لا- بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعامله بالخيار ونحوه مع تلف أحد العوضين.

ويترتب على اعتبارها أنه لو رجع المالك فى مسأله تعاقب الأيدى على المال إلى من تلف المال بيده فلا يرجع الغارم المزبور إلى غيره ممن جرت أيديهم على المال المزبور، بخلاف ما إذا رجع إلى غيره فإنه يرجع إلى من تسلم المال منه إلى أن ينتهى استقرار الضمان إلى من تلف المال بيده، فإن الدافع بدفعه البديل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان إلى أن ينتهى قرار الضمان إلى من تلف المال بيده.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يجوز لمن توطأ غفله بماء الغير والتفت إلى ذلك قبل المسح، إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجوده بيديه فإنها ملك الغير كما ذكرنا، فلا يجوز التصرف فيها بلا رضاه.

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٨ : ٣٥٨، الباب الأول من أبواب نكاح البهائم، الحديث ٤.

وعن المسالك في هذه المسأله: أنه إن لم يبق له قيمه ضمن جميع القيمه، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمه.

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسأله: اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا- يجوز ويتعين القيمه، لكونه بمنزله التلف، وحينئذ يمكن جواز الصلاه في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبه الباقية من الماء المغسوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل وقبل المسح، انتهى.

واستجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمه خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً.

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدله الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنه عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته. ولا- يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكيه عرفاً. وعلى الثاني: السلطنه المطلقة على البدل بدل عن السلطنه المنقطعه عن العين، وهذا الشرح:

نعم، إذا دفع البدل قبل جفاف يديه واستحق الرطوبه فلا بأس بالمسح بها، وكذلك لو طالب المالك نزع الخيوط في فرض «جامع المقاصد»، وأنه مع دفع الضامن بدل الخيوط فلا يستحق مالكة طلب نزعها؛ لدخولها بدفع البدل في ملك الضامن.

هذا مع تلف الخيوط وسقوطها عن المالكه بالنزع، وأما مع تعييبها بحيث يكون على الضامن أرش العيب فيجب عليه مع عدم رضا المالك نزعها وردّها إليه مع الأرش.

معنى بدل الحيلولة. وعلى الثالث: فالمبدول عوض عمّا خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجمع القيمة، لا- نفس العين الباقية، كيف! ولم تلتف هى، وليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالىة؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استنزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل.

ولعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورته تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب، كما لا يابى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، وحينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكه وإن وجب بذل قيمته.

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً [١] وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حقّ الشرح:

[١] لا يقال: ما الفرق بين هذا القسم الذى تسقط العين فيه عن المالىة والملكيه معا وبين القسم الثالث الذى ذكره رحمه الله أن فوات أجزاء العين وأوصافها يكون موجبا لسقوطها عن المالىة فقط، مع بقائها على الملكيه.

فإنه يقال: الموجب لسقوط العين عن المالىة فى القسم الثالث فوات منافعها المقصوده التى تكون بها مالىتها، ومع فواتها فوجود بعض المنافع المحلله لها؛ لعدم كونها مقصوده، لا توجب مالىتها كالأوراق الممزقه التى ينتفع بها فى الإحراق وبعض الحبات من الحنطه، حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها فى ضمن سائر الحنطه، ولكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكيه فى العين.

وهذا بخلاف القسم الرابع الذى لا تكون العين فيه قابلهً للانتفاع فعلاً، لا مقصوداً ولا غير مقصود، ولذا تسقط عن الملكيه أيضاً، كما فى الخل المنقلب إلى الخمر.

الأولوية فيه كما لو صار الخَلُّ المغصوب خمراً، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع قيمه، ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، ومن أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا- ردّه ولم يكن المالك إلّا- أولى به. إلّا أن يقال: إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي، ولذا كان الوجوب مذهب جماعه منهم الشهيدان والمحقق الثاني، ويؤيده أنّه لو عاد خلاّ ردّت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامه [١] على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتّصلة بل المنفصلة كالثمره ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد الشرح:

نعم، تكون العين في الفرض مورداً لحق الأولوية الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب؛ ليقال بعدم جريانه باعتبار أن الأولوية سابقاً كانت بمعنى الملك وبعد الانقلاب إلى الخمر ينعدم الملك، والأولوية بمعنى الملك ليست لها حاله سابقه ومع ذلك عدم إمكان الانتفاع فعلاً يوجب سقوط الشيء عن الملكيه، فتأمل.

نعم، لا إشكال فيه فيما إذا لم يمكن الانتفاع به أصلاً ولو فيما بعد.

[١] فإنّ دفع بدل الحيلولة بمنزله دفع بدل التلف في كونه تداركاً وغرامه، وكما يخرج بالثاني عن ضمان العين ومنافعها وزيادة قيمتها كذلك بالأول، غايه الأمر أن دفع بدل الحيلولة مترلزل يتصف بالتنجّز بتلف العين أو بالانفاسخ بطرو التمكن على ردّها، بخلاف بدل التلف فإنّ دفعه من الأول منجّز.

وبذلك يظهر ضعف ما عن بعض من ضمان منافع العين حتى بعد دفع بدل الحيلولة، ووجه الظهور أنه لو كانت المنافع على العهده حتى بعد دفع البدل فكيف يتصف المدفوع بكونه بدلاً وتداركاً لما يفوت عن المالك.

ذلك. وعن التذكرة وبعض آخر: ضمان المنافع، وقواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه، وفي موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقف، وفي موضع آخر رجح الوجوب. ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف [١] في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو قيمه يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعده ضمانه له، لأن مع التلف يتعين القيمة، ولذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك ويبقى العين في عهده الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

الشرح:

[١] وحاصله أنه كما لا يثبت على الضامن زياده القيمة السوقية بعد زمان تلف العين كذلك لا يثبت عليه زيادتها بعد تعذر ردّها فيتعين في بدل الحيلولة قيمه يوم تعذر ردّها أو أعلى القيم أو قيمه يوم الغصب، وهذا مقتضى إلحاق تعذر ردّ العين في كلماتهم بتلفها، ولكن لا يخفى الفرق بينها فإنه مع التلف تكون قيمتها دينا على عهده الضامن فيجرب فيها قيمه يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم.

وهذا بخلاف صورته التعذر فإن العين بنفسها مضمونه، بمعنى أنه لا تثبت قيمتها بمجرد تعذر ردّها؛ ولذا يكون للمالك الامتناع عن قبول البدل والمطالبه بنفس العين فيما بعد، نظير ما تقدم في استحقاق المالك المطالبه بالقيمة في المثلى المتعذر مثله.

ثم إنه لا يجتمع الحكم بأن تعذر ردّ العين بمنزله تلفها مع الحكم باستحقاق المالك أجره المثل لمنافع العين حتى بعد تعذر ردّها إلى زمان دفع بدل الحيلولة وكذا ضمان نمائها إلى ذلك الزمان، حيث إنه لو كان تعذر ردّ العين بمنزله التلف تكون المنافع بعد تعذر ردّها كمنافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالإضافة إليها.

ص: ١٨٠

والحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجوده في عهده الضامن، فلا عبره بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزله يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره والنماء إلى دفع البدل وإن تراخى عن التعذر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعده ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالکها كما صرح به في جامع المقاصد فوراً، وإن كان في إحضارها مؤونه، كما كان قبل التعذر، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ودفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، واستلزم ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتصل بعد دفع الغرامه.

وسقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المعنى بقوله: «حتى تؤدى».

وهل الغرامه المدفوعه تعود ملكه [١] إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكّن، فيضمن الشرح:

نعم، إذا قيل بالفرق بين التعذر والردّ بثبوت القيمة يوم التلف في الأول وبقاء نفس العين على العهده في الثانى تعين الحكم بضمان المنافع والنماء، بل زياده القيمة السوقيه للعين إلى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر.

[١] وحاصله: أنه لو تجدد للضامن التمكّن من ردّ العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك إلى ملكه، فيكون ضامناً للعين بضمان جديد بحيث لو تلفت يثبت بذمته بدل التلف، ويحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك إلى حين وصول

العين من يوم التمكّن ضمناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين، وكون العين مضمونه بها لا بشيء آخر في ذمه الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامه، فلم يحدث في العين إلاّ حكم تكليفي بوجوب ردّه، وأمّا الضمان وعهده جديده فلا؟ وجهان: أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه، وعدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامه أو يحدث ضمناً جديداً، ومجرّد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنه المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامه الجمع بين العوض والمعوض.

غايه ما في الباب قدره الغاصب على إعادته السلطنه الفائته المبدّله عنها بالغرامه ووجوبها عليه. وحيثنّذ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيه المالك للغرامه.

الشرح:

العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن، بل يملك المالك بدل الحيلوله منجزاً بعد ما كان مالكا له متزلزلاً كما تقدم. ومقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلوله على حاله، وعدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكّن الضامن.

لا يقال: بدل الحيلوله كان عوضاً عن سلطنه المالك على العين وبعد تجدد تمكّن الضامن على ردّ العين يكون ملك المالك البدل مع ملكه العين من الجمع بين العوض والمعوض.

فإنه يقال: تمكّن الضامن على ردّ العين على مالكاها لا يوجب عود سلطنه المالك على العين؛ ولذا لو امتنع الضامن عن ردّ العين لا يتمكن مالكاها على بيعها أو إجارتها من شخص آخر إلى غير ذلك من التصرفات، وإنما تعود سلطنه المالك بعود العين

وتوهم: أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغايه، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب ردّ نمائه المنفصل. ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبه الغرامه أولاً، إذ ما لم يتحقق السيلطنة لم يعدّ الملك إلى الغارم، فإنّ الغرامه عوض السلطنة لا عوض قدره الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

الشرح:

ووصولها بيده فلا يلزم من ملكه للبدل أو العين الجمع بين العوض والمعوض.

نعم، لو كان ملكه بدل الحيلولة عوضاً عن تمكن الضامن على ردّ العين على صاحبها لزم الجمع بينهما ولكن من الظاهر أن تمكن الضامن على ردّ العين أجنبي عن المالك فلا يأخذ عنه بدلاً أصلاً، وعلى ما ذكر فلو ردّ الضامن العين على مالكها يرجع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن، فلو كان نفس ذلك البدل باقياً يأخذه، وإن كان تالفاً أو خارجاً عن ملك المالك بعقد لازم أو جازي يأخذ الضامن بدله من المثل أو القيمه ونماء بدل الحيلولة المتخلل بين أخذ المالك ورجوعه إلى ملك الضامن للمالك؛ لأن الأصل يعني بدل الحيلولة كان في تلك المده ملكاً له والنماء تابع للأصل.

لا يقال: لا وجه لرجوع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن أصلاً؛ لأن ذلك البدل كان عوضاً عن السلطنة الفائتة عن المالك ولا يتدارك تلك السلطنة بوصول العين بيده ثانياً.

فإنه يقال: كان بدل الحيلولة عوضاً عن مطلق سلطنته لا خصوص سلطنته الفائتة السابقه فيكون رجوع العين موجبا لعود سلطنته، والفائتة منها كانت متداركه بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

ص: ١٨٣

نعم للمالك مطالبه عين ماله [١] لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»، وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السِّلطنة حتّى سلطنه المطالبه، بل سلطنه الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك، ولذا لا يباح لغيره بمجرّد بذل الغرامه.

ومّمّا ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك قيمه، كما اختاره في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد. وعن التحرير: الجزم بأنّ له ذلك، ولعلّه لأنّ قيمه عوض إمّا عن العين، وإمّا عن السِّلطنة عليه، وعلى أى تقدير فيتحقّق الترادّ، وحيثنّ ذلك من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

الشرح:

[١] يعنى: حيث إنّ العين لم تخرج عن ملك المالك فى مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبته بها حين تجدد تمكن الضامن على ردّها وجواز المطالبه مقتضى قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)، وليس بدل الحيلولة فى يد المالك عوضاً عن جميع السلطنه المتصوره للمالك ليقال بانه ليس له سلطان على مطالبه العين؛ لأنّ بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنه أيضاً، وإلاّ لو كان البديل عوضاً عن جميع ذلك لزم خروج العين عن ملكه وجاز للآخرين تملكها بوضع يدهم عليها.

وقد ظهر أنه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة عن المالك، ووجه الظهور أنه لو كان بدل الحيلولة عوضاً عن نفس العين جاز له الامتناع، حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الآخر حتى يتسلم منه ملكه ولكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضاً عن العين، بل عوض سلطنه المالك التى تتجدد له بوصول العين بيده وبعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه

ص: ١٨٤

١- (١) عوالى اللآلى: ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٢: ١٣٨، الحديث ٣٨٣، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

وفيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامه، فالمالك مسلّط عليها، والمعوض للغرامه السلطنه الفائته التي هي في معرض العود بالترادّ.

اللّهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامه وهي السلطنه الفائته. والأقوى: الأول.

ثم لو قلنا بجواز الحبس [١] لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا- يجرى عليه حكم المغصوب، لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمّنه، لأنّه قبضه لمصلحه نفسه.

الشرح:

برجوعه إلى ملك الضامن، ففي ذلك الحين يكون له المطالبه به.

اللهم إلا أن يقال: يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البديل من المالك؛ لأن حبسه العين يكون حبسا لسلطنه المالك التي عوض عنها ببدل الحيلوله، ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنه مادام لم يرجع العين إلى يد المالك ولم تتجدد سلطنته عليها لا يرجع البديل إلى ملك الضامن ليكون له سلطنه على ماله بالمطالبه أو غيرها.

[١] يعنى إذا قيل: إنه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردّها؛ ليسترجع بدل الحيلوله، لا يجرى على العين التي بيده في زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم، يضمّن العين؛ لأن حبسها يكون لمصلحه نفسه لا للإحسان إلى مالكها، وعلى ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمه يوم تلفها بناءً على أن الأصل في كل مضمون قيمه ذلك اليوم، وبناءً على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها إلى زمان تلفها؛ لأن يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد؛ إذ قبله كان خارجاً عن ضمان العين بدفع بدل الحيلوله.

والظاهر أنه بقيمه يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. وذكر العلامة في القواعد: أنه لو حبس فتلّف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع قيمه الأولى.

والظاهر أنّ مراده ب«قيمة الآن»: مقابل القيمة السابقة، بناءً على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. وكلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثم إن أكثر ما ذكرناه المذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن الظاهر أنّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة. نعم، ربّما يفرّق من جهة نصّ في المغصوب مخالف لقاعده الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمه يوم الضمان من جهة صحّحه أبي ولأد أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلاله الصحّحه عليه، وأمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

الشرح:

ويقرب من ذلك قول العلامة في «القواعد»: إنه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها من الآن (1)، وليس المراد من قيمه الآن خصوص قيمه حين التلف، بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل في القيميات بقيمه يوم التلف يتعين في المقام قيمه يومه، وإن قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها إلى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغضب بدفع بدل الحيلولة وبحبس العين يحدث ضمان جديد.

ص: ١٨٤

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد وإن بقي منه أحكام أُر أكثر ممّا ذكر، ولعلّ بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

الشرح:

أقول: هذا يناهى ما تقدم منه رحمه الله من أن العين بعد تجدد التمكّن على ردّها لا تدخل في الضمان، وبدل الحيلولة لا يخرج عن ملك المالك بمجرد التمكّن على ردّ العين عليه؛ ليكون ضمان البدل عليه وضمان العين على الغاصب. ويجوز لدافع بدل الحيلولة حبس العين؛ لأن حبسها يلازم حبس سلطنه المالك على العين والمالك قد تسلّم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنه، وليس وجه الجواز خروج البدل إلى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على ردّ العين ليحوز له حبس العين؛ لاسترداد ملكه من مالكها، فلاحظ وتدبر.

ص: ١٨٧

الكلام فى شروط المتعاقدين

مسأله: المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبي [١] بل عن الغنيه: الإجماع عليه وإن أجاز الولي.

الشرح:

[١] ويستدل على اعتبار البلوغ فى المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، كما فى مضمرة ابن ظبيان (١).

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال المزبور بوجه:

أولاً: احتمال أن يكون المرفوع هو قلم المؤاخذه بأن لا يكتب عليه سيئه بما يصدر عنه حال صباوته، وكذا لا يثبت فى حقه نظير القصاص والحدود من الأحكام المجعوله مؤاخذه على بعض الأفعال، وهذا لا يقتضى عدم تعلق الحرمة والوجوب فضلاً عن سائر الأحكام بأفعال الصبي ومعاملاته، بل مقتضى عموم أدله الأحكام وإطلاقاتها ثبوتها فى حقه أيضاً فيستحق الثواب على امتثال تلك الأحكام ولكن لا يثبت فى حقه استحقاق العقاب، نظير القصاص والحد وسائر ما يكون من قبيل المؤاخذه.

وبالجملة: كما تثبت حرمة شرب الخمر على البالغين تثبت فى حق الصبي أيضاً ولكن لا يؤخذ على شربها، وكذا يثبت فى حقه وجوب الصلاة وسائر الواجبات ولكن لا يؤخذ على تركها، وهذا يوافق الالتزام بشرعيه عبادات الصبي.

وأورد رحمه الله ثانياً: أنه لو فرض رفع الأحكام التكليفية عن الصبي فالأحكام الوضعيه نظير الملكيه المترتبه على بيعه غير مرفوع.

وبتعبير آخر: يكون بيعه موجبا لانتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى البايح،

ص: ١٨٨

وفى كنز العرفان: نسبة عدم صحه عقد الصبى إلى أصحابنا، وظاهره إرادته التعميم لصوره إذن الولى. وعن التذكرة: أن الصغير محجور عليه بالنص والإجماع سواء كان مميزاً أو لا. فى جميع التصرفات إلا ما استثني، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته وإيصال الهديه وإذنه فى الدخول، على خلاف فى ذلك، انتهى.

واستثناء إيصال الهديه وإذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله، لأن الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القوليّه والفعلية، وإنما الأول آله فى إيصال الملك كما لو حملها على حيوان وأرسلها، والثانى كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحه الدخول، وهو رضا المالك.

الشرح:

غايه الأمر لا يثبت حكم تكليفى على الصبى إلى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذى أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابه التى حصلت بوطنه زوجته أو الأجنبيه حال صباه، وهذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

وأورد ثالثاً: أنه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية والوضعيه فمقتضاه عدم صحه عقد الصبى فيما إذا كان الصبى أحد طرفى العقد، وأما إذا كان إنشأؤه العقد بالوكاله كما إذا وكله الزوجان فى إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين ماليهما، فلا دلالة لحديث رفع القلم (1) على بطلان عقده، بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبى فى مورد الوكاله حكم سواء كان عقده صحيحاً أم فاسداً، ونظير وكالته بإجراء العقد فضولاً مع إجازة المالك.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من احتمال كون المرفوع عن الصبى هو قلم المؤاخذه غير صحيح، بل ظاهر الحديث رفع الأحكام والتكاليف بقربنه رفع القلم عن المجنون

ص: ١٨٩

واحتج على الحكم في الغنيه بقوله صلى الله عليه وآله : «رفع القلم عن ثلاثه: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»، وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسأله الإقرار وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم.

ونحوه الحلّي في الشرائع في مسأله عدم جواز وصيه البالغ عشراً، وتبعهم في الاستدلال به جماعه، كالعلاّمه وغيره.

الشرح:

والنائم، فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة وتكليفها مجعوله بنحو تعمّ المجانين، وأنه يكون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذة والحديث المزبور ضعيف.

ولكن رفع القلم وارد في موثقه اسحاق بن عمار، ومقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعامله، لا كون إنشأؤه لغوا محضاً حتى في فرض وكالته عن الغير وإذنه للصبي في إجراء عقد أو معامله تكون موضوعاً للحكم على البالغين.

والحاصل: أن المرفوع عن الصبي لا يختص بالأحكام التكليفية، بل يعم الوضعيه، ووجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابه حال صباه أو وجوب دفع البذل عما أتلفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعيه لغير البالغين، بل باعتبار أن الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى ولو كان ذلك قبل التكليف، نظير وجوب الاغتسال من الإنزال الحاصل حال النوم، والموضوع لوجوب التدارك هو تضييع مال الغير ولو كان ذلك الضياع حال صباه.

نعم، عموم الرفع كما ذكرنا لا يوجب بطلان عقد الصبي أو معاملته فيما إذا لم يكن مستقلاً في إنشائها، كما إذا كان ياذن الغير، بل مثل روايه حمزه بن حمران أيضاً لا يقتضى بطلانه، قال أبو جعفر عليه السلام فيها: «والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع،

ص: ١٩٠

واستدلّوا أيضاً بخبر حمزه بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: «إنّ الجارية إذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء، والگلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة . . . الحديث».

الشرح:

ولا يخرج من اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»(١).

فتكون صحته مقتضى العمومات والإطلاقات في المعاملات، حيث إن المعاملة التي أجزاها الصبي بإذن وليه أو إجازته على ماله تكون من أمر الولي ومعاملته، كما هو مقتضى إضافه المعاملة إلى الموكل وكذا في مورد وكالته عن الغير ولو بلا إذن وليه أو إجازته في إجراء عقد نكاح أو غيره للغير مما لا يكون من التصرف في مال نفسه، فإن هذا كله يكون من أمر الغير ومقتضى العمومات والإطلاقات نفوذه على ذلك الغير. وأما عبادات الصبي فيستفاد مشروعيتها من أمر الأولياء بترغيب أطفالهم إليها، وظاهر الأمر، الأمر بشيء مطلوبه ذلك الشيء.

ثم إنه لا- وجه لاستثناء إيصال الهدية وإذنه في الدخول من معاملات الصبي؛ لأنهما ليسا من المعاملات، بل ولا تصرفاته التي تكون موضوعاً لحكم شرعي؛ لأن إيصال الهدية من جهة اعتبار القبض في الهبة والمعتبر فيه قبض المتهب. وأما نفس الإيصال فلا اعتبار له؛ ولذا يمكن الإيصال بواسطة الحيوان أو غيره، وأما الإذن في الدخول فلأن المعتبر في جواز الدخول في الدار رضا مالکها لا رضا الطفل وإذنه.

وعليه فلو كان إذنه موجبا للاطمينان إلى رضا مالکها كما هو الغالب فهو، وإلا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول أو ما شابهه.

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١٠، الباب ٢ من أبواب الحجر، الحديث الأول.

وفى روايه ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه»، وفى معناها روايات آخر.

لكن الإنصاف: أنّ جواز الأمر فى هذه الروايات ظاهر فى استقلاله فى التصرف، لأنّ الجواز مرادف للمضى، فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولى غير ماض، بل موقوف. ويشهد له الاستثناء فى بعض تلك الأخبار [١] بقوله: «إلا- أن يكون سفياً»، فلا- دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، وأنّه إذا ساوم ولئيه متاعاً وعين له قيمته وأمر الصبى بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن ولئيه.

وأما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام، ولذا بنينا كالمشهور على شرعيته عبادات الصبى.

وثانياً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مسّ المصحف.

الشرح:

[١] كما فى روايه أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد الله عليه السلام (١)، ووجه الشهاده أن عدم نفوذ أمر السفیه عبارته عن عدم مضى معاملته فى صورته استقلاله بها، لا كونها لغوا محضاً بأن يكون السفیه مسلوب العباره، وعلى ذلك فالحكم بعدم جواز أمر الصبى وجواز أمره بعد بلوغه إلا- أن يكون سفياً لا- يناسب، إلا أن يكون المراد بالجواز وعدمه هو المضى لا كون عبارته لغوا. وبعبارة أخرى: ظهور الاستثناء فيها فى

ص: ١٩٢

وثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعيه بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعوله فى حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

وبالجمله، فالتمسك بالزوايه ينافى ما اشتهر بينهم من شرعيه عباده الصبى، وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

فالعمده فى سلب عباره الصبى هو الإجماع [١] المحكى، المعتضد بالشهره العظيمه، وإلاّ- فالمسأله محل إشكال، ولذا تردّد المحقّق فى الشرائع فى إجاره المميّز بإذن الولى بعد ما جزم بالصحه فى العاريه، واستشكل فيها فى القواعد والتحرير.

وقال فى القواعد: وفى صحه بيع المميّز بإذن الولى نظر، بل عن الفخر فى شرحه: أنّ الأقوى الصيحه، مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولى كان كما لو صدر عنه ولكن لم أجده فيه وقوّاه المحقّق الأردبيلى على ما حكى عنه.

ويظهر من التذكره عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه؟ الوجه عندى: أنّه لا يصحّ. واختار فى التحرير: صحه بيع الصبى فى مقام اختبار رشده.

وذكر المحقّق الثانى: أنّه لا يبعد بناء المسأله على أنّ أفعال الصبى وأقواله شرعيه أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيه، وأنّ الأصحّ بطلان العقد.

الشرح:

عدم الانقطاع قرينه على كون المراد بالجواز هو المضى.

[١] لا يخفى عدم إمكان الاعتماد على حكايه الإجماع، فإنه لو كان إجماعاً محصلاً لم يصح الاعتماد عليه؛ لاحتمال كون وجه اتفاقهم سائر الوجوه المذكوره لسلب عباره الصبى، فكيف فيما إذا كان منقولاً أو مع الخلاف.

ص: ١٩٣

وعن المختلف أنه حكى فى باب المزارعه عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّحه بيع الصبى.

وبالجمله، فالمسأله لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتّى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

فالإنصاف: أنّ الحجّه فى المسأله هى الشّهرة المحقّقه والإجماع المحكى عن التذكره، بناءً على أنّ استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلّا بإذن الولى شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرف، وكذا إجماع الغنيه [١] بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولى. وليس المراد نفى صحّحه البيع المتعقّب بالإجازة حتّى يقال: إنّ الإجازة عند السيد غير مجديه فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولى. ويؤيد الإجماعين ما تقدّم عن كثر العرفان.

الشرح:

[١] يعنى: كما أن الإجماع المحكى عن «التذكره» (١) يعم ما إذا لم يكن الصبى مستقلاً فى إنشاء المعامله كذلك إجماع «الغنيه» (٢)، حيث إن استدلال «الغنيه» على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحديث رفع القلم قرينه على العموم المزبور، فإنه سيأتى أن مقتضى ذلك الحديث بطلان معامله الصبى، سواء كان مستقلاً فى إنشائها أو لم يكن.

وأيضاً المراد بالإجازة فى قول ابن زهره: «عقد الصبى باطل بالإجماع وإن أجاز الولى»، ليس خصوص الإجازة المعروفة فى باب عقد الفضولى ليقال: إن عقد الفضولى

ص: ١٩٤

١- (١) التذكره ٢ : ٧٣ .

٢- (٢) الغنيه : ٢١٠ .

نعم لقائل أن يقول: إنَّ ما عرفت من المحقِّق والعلَّامه و ولده والقاضى وغيرهم خصوصاً المحقِّق الثَّانى الذى بنى المسأله على شرعيته أفعال الصبى يدلُّ على عدم تحقُّق الإجماع وكيف كان: فالعمل على المشهور ويمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد[١] فى الأخبار المستفيضه من أنَّ «عمد الصبى وخطأه واحد» كما فى صحيحه ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها فى باب الجنائيات، إلاَّ أنه لا إشعار فى نفس الصحيحه بل وغيرها بالاختصاص بالجنائيات، ولذا تمسَّك بها الشيخ فى المبسوط والحلَّى فى السِّرائر، على أنَّ إخلال الصبى المُحرَّم بمحظورات الإحرام التى تختصُّ الكفاره فيها بحال التعميد لا- يوجب كفارهً على الصَّبى، ولا على الوليِّ، لأنَّ عمده خطأ.

الشرح:

عند ابن زهره باطل حتى وإن لحقته الإجازة، فحكمه ببطلان عقد الصبى ولو مع إجازة وليه لا يقتضى حكمه ببطلان معاملته مع إذن وليه، بل مراده بالإجازة ما يعم الإذن.

[١] وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «عمد الصبى وخطؤه واحد»^(١)، وذكر المصنف رحمه الله ما حاصله أن مثل هذه الصحيحه وإن وقعت روايتها فى أبواب الجنائيات ولكن لا دلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد.

نعم، فى مثل موثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام كان يقول: «عمد الصبى خطأ يحمل العقاقله»^(٢)، وحمل الديه على العقاقله بعد قوله: «عمد الصبى خطأ» قرينه على كون المراد بالعمد والخطأ مورد الجنايه، ولكن لا يكون ذلك موجبا لرفع اليد عن إطلاق مثل الصحيحه الأولى، فإنه لا منافاه بين ثبوت الإطلاق والتقييد معا؛ لعدم وحده الحكم وكونهما متوافقين؛ ولذا أخذ الشيخ رحمه الله بالإطلاق فى

ص: ١٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العقاقله، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر المتقدم : ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العقاقله، الحديث ٣.

وحينئذٍ فكلّ حكم شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعيّ عليها القصد بحيث لا عبره بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبيّ قصداً بمنزله الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبيّ وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطي وإيقاعاتهم.

بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبيّ استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام، أنّه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبيّ الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله وقد رفع عنهما القلم».

فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّه لأصل الحكم، وهو ثبوت السديه على العاقله، أو بأن تكون معلوله لقوله: «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لمّا كان قصدهما بمنزله العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما.

الشرح:

«المبسوط» (١) والحلى في «السرائر» (٢) فذكر أنه لا- تجب الكفاره على الصبيّ بارتكابه محظورات الإحرام التي يختص وجوبها بصوره التعمد، حيث إن عمد الصبيّ خطأ.

وعلى ذلك فإذا كان عمد الصبيّ وقصده ملغى شرعا تكون جميع إنشاءاته باطله لا يترتب عليها أي أثر حتى فيما إذا كان إنشاءه بإذن وليه، حيث لا- ينبغي الريب في اعتبار القصد في ترتّب الأثر على العقود والإيقاعات، بل قوامهما به؛ لأن حصول الإنشاء والاعتبار بلا قصد أمر غير معقول، بل يمكن استفاده ذلك، أي كون جميع إنشاءات الصبيّ ملغاه حتى فيما إذا كان الإنشاء بإذن وليه من حديث رفع القلم عنه.

ص: ١٩٦

١- (١) المبسوط ١ : ٣٢٩ .

٢- (٢) السرائر ١ : ٦٣٦ ٦٣٧ .

ولا يخفى أنّ ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلوليه للحكم المذكور في الرواية أعنى عدم مؤاخذة الصبيّ والمجنون بمقتضى جنايه العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الديه في مالهما لا يستقيم إلاّ بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخرويه والدينيوه المتعلّقه بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامه الديه وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصوده المتعمّد إليها ممّا لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمّد لترتبت عليه غرامه أخرويه أو دنيويه. وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضه ولو بإذن الولي، فلا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلاّ لسلب قصده وعدم العبره بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصوره إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الأثر.

الشرح:

وبيان ذلك أنه قد ورد في روايه أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله، وقد رفع عنهما القلم»^(١)، فإن المذكور في هذه الروايه أمور ثلاثه:

الأول: الحكم بأن ديه جنايه الصبي والمجنون ديه خطأ تحمله العاقله.

والثاني: أن عمد الصبي والمجنون خطأ.

الثالث: أن القلم مرفوع عنهما، ورفع القلم هذا إما معلول للحكم بكون عمدهما خطأ فيختص رفع القلم بالأحكام التي يعتبر في ترتبها على موضوعاتها التعمد إليها كأحكام المعاملات، حيث إن المعامله لا تكون ذات حكم، بل لا تكون إلاّ مع القصد

ص: ١٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٩٠، الباب ٣٦ من أبواب القصاص، الحديث ٢.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها على للحكم : عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم، ولا يخلو عن بُعد.

لكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبنياً على كون «رفع القلم» على للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف، فافهم واغتنم.

الشرح:

بها، ومقتضى ذلك بطلان معامله الصبي ولو كانت بإذن وليه؛ إذ لا يحصل القصد من الصبي بالإذن المزبور، بل مقتضى إطلاق نفي القصد عنه يعم الصورة المزبوره. وإما أن يكون رفع القلم على لعدم ثبوت حكم العمد ولا شبه العمد، لجنايه الصبي ولكون قصده كالخطأ.

وعلى ذلك أيضاً يحكم ببطلان معامله الصبي ولو مع إذن وليه، حيث إن اقتضاء رفع القلم المؤاخذة عنه إلغاء قصده في بيعه وإقراره حتى فيما إذا كان ذلك بإذن وليه.

ولكن الصحيح في معنى الروايه هو الاحتمال الأول، يعنى تنزيل عمدته منزله الخطأ موجب لرفع قلم المؤاخذة عنه، فإنه لو كان رفع قلم المؤاخذة على لتنزيل عمدته منزله الخطأ لما كان عليه الضمان في إتلافه، حيث إن رفع قلم المؤاخذة كما يقتضى تنزيل عمدته منزله الخطأ كذلك يقتضى عدم الضمان في إتلافه، حيث إن الضمان من قبيل المؤاخذة كما لا يخفى.

أقول: مثل الصحيحه لا تكون داله على بطلان إنشاءات الصبي وكونها ملغاه حتى مع إذن وليه أو كانت بالوكاله عن الغير، وذلك فإن مقتضاها أن كل أثر قد رتب على التعمد إلى الفعل لا يترتب على الصادر عن الصبي ولو مع تعمدته، كما في ترتب بطلان الصوم على ارتكاب المفطر وحق القصاص المترتب على القتل والكفاره على

ثم إنَّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبى، كالتعزير.

الشرح:

ارتكاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر في ترتب كل واحد من الأحكام المزبوره القصد إلى تلك الأفعال.

والحاصل: أن مدلول الصحيحه ومقتضى إطلاقها انتفاء تلك الأحكام وعدم ترتبها على فعل الصبى ولو مع تعمده، وأما الأحكام المترتبة على العناوين التي لا يكون لها تحقق بدون القصد، لا من جهة تقييد الموضوع بالقصد، كما في الأحكام السابقة، بل لتوقف نفس العنوان وقوامه بالقصد، كما في العناوين القصدية، فلا دلالة للصحيحه على نفي تلك العناوين وعدم تحققها عن الصبى.

وهذا كما يقال في الاستصحاب من أنه يثبت به كل أثر يترتب على نفس المستصحب لا- على ما يلازمه أو مثل ما يقال في الرضاع من أنه يكون محرماً فيما إذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا ما يلازم العنوان المزبور، وهنا أيضاً فإنَّ ظاهر الصحيحه نفي الأثر الشرعى يكون مترتباً على نفس القصد والتعمد إلى الفعل لا- نفي الأثر عن عنوان ليكون القصد موجبا لحصول ذلك العنوان، كما في العقود والإيقاعات فإن المعاملات كلها من العناوين القصدية التي يكون القصد مقوماً ومحصلاً لها.

ولذا لا- تكون مشروعيه صلاحه الصبى وصومه وسائر عباداته وتحتيته وغيرها من العناوين القصدية تخصيصاً في حديث: «عمد الصبى خطأ»^(١).

بل يمكن دعوى أن الصحيحه لا تكون مقتضاها نفي الأحكام المترتبة على القصد والتعمد إلى الفعل مطلقاً، بل في خصوص ما إذا كان الحكم مترتباً على الخطأ أيضاً، بأن يكون التعمد إلى الفعل موضوعاً لحكم والفعل خطأً موضوعاً لحكم آخر،

ص: ١٩٩

١- (١) مرّ سابقاً.

والحاصل: أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكى فى البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمه بعد انضمام بعضها إلى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً ووكالته، والقبض والإقباض، وكلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

قال فى التذكرة: وكما لا يصحّ تصرّفاتة اللفظية، كذا لا يصحّ قبضه، ولا يفيد حصول الملك فى الهبة وإن اتّهب له الولي [١] ولا لغيره [٢]

وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحقّ الدين للمديون سلّم حقّي إلى هذا الصبي فسلم مقدار حقّه إليه لم يبرأ عن الدين وبقى المقبوض على ملكه ولا

الشرح:

كما فى مورد الجنايه، فلا يعم ما إذا كان الحكم مترتباً على عنوان التعمد إلى الفعل فقط، كما فى مورد وجوب الكفاره وبطلان الصوم ونحوهما فإن المذكور فى الصحيحه أنّ «عمد الصبي خطأ» (١).

وفرق بين هذا التعبير والتعبير بأنه لا- عمد للصبي، فإن الأول يختص بموارد ثبوت حكم آخر للخطأ فى مقابل ثبوت الحكم للعمد، بخلاف الثانى فإنه يعم موارد ثبوت الحكم للعمد إلى الفعل من غير فرق بين ثبوت حكم آخر للخطأ وعدمه.

وقد تحصل مما ذكرنا أنه لا- يمكن الحكم بعدم فساد صوم الصبي بتناوله المفطر أو بفساد عباداته أو معاملاته استظهاراً من الصحيحه.

[١] يعنى: ولو كان قبول الهبه المزبوره من ولي الصبي، حيث إن أخذ الصبي الهبه حتى مع قبول وليه لا- يوجب حصول القبض المعتبر فيها.

[٢] يعنى: كما لا يكون قبض الصبي مفيداً لحصول الملك لنفسه كذلك لا يفيد قبضه فى حصول الملك لغيره، كما إذا كان الموهوب له غيره ويكون قبض الصبي

ص: ٢٠٠

ضمان على الصبى لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه وبقي الدين لأنه في الذمه ولا يتعين إلا بقبض صحيح كما لو قال: إرم حقى في البحر [١] فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالى إلى الصبى أو ألقه في البحر: لأنه امثل أمره في حقه المعين، ولو كانت الوديعة للصبى فسلمها إليه ضمن وإن كان يذن الولى إذ ليس له تضييعها يذن الولى.

وقال أيضاً لو عرض الصبى ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه. لم يجز له رده إلى الصبى بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولى بالدفع الشرح:

بتوكيل ذلك الغير.

[١] يعنى: كما أنه لا يتعين الدين بإلقاء المديون مقداره في البحر فيما إذا قال له مستحقه: ارم حقى في البحر، كذلك لا يتعين بقبض الصبى فيما إذا قال مستحقه: سلم حقى إلى هذا الصبى.

نعم، إذا كان المال متعينا، كما في الوديعة بأن يقول صاحبها: سلمها إلى هذا الصبى، فسلمها المستودع إليه برئ من ضمانها، كما يبرأ إذا قال له: ارمها في البحر، فرماها، وذلك فإن المال في نفسه متعين لا يحتاج في تعيينه إلى قبض صحيح.

نعم، لو كانت الوديعة من مال الصبى فلا يجوز دفعها إليه حتى مع إذن وليه، فإنه من التعدى فيها ولا يفيد في جواز التعدى وعدم ثبوت الضمان إذن الولى، حيث إنه لا ولاية له فيما لا صلاح فيه للطفل.

وبالجملة: لا يصح توكيل الصبى، فلا يكون المدفوع إليه قبضا للمستحق ليتعين به الدين، ولكن لا يبعد أن يكون المثلان من توكيل المديون في تعيين الدين فيتعين عند الإلقاء في البحر أو الدفع إلى الصبى.

أقول: قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبى وعليه فلا بأس بتوكيله في القبض ويتعين

إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان وتقاضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين [١] ويأتي في باب الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدى فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إنه ظهر ممّا ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيره أو الخطيره لما عرفت من عموم النصّ والفتوى حتى أنّ العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي فأرسله» ردّها بعدم الثبوت [٢] وعدم الحجّيه وتوجيهه بما يخرجّه عن محلّ الكلام. وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني: من أنّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العاده به من الأشياء اليسيره دفعاً للحرج، انتهى.

فإنّ الحرج ممنوع سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعامله في المحقّرات والتزام مباشره البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس عن نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيه.

الشرح:

به الدين، كما يخرج بقبضه وكاله البائع من ضمان المبيع إلى غير ذلك، فلاحظ وتدبر.

[١] لما مر من ثبوت ضمان الإلتلاف على الصبي أيضا.

[٢] يعني: قد رد الحكايه (١) بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكايه المزبوره هذا أولاً، وثانياً لا حجّيه في شراء أبي الدرداء، حيث إنّ فعله ليس من فعل المعصوم

ص: ٢٠٢

١- (١) يشير قدس سره إلى حكاية العلامة في التذكرة المذكوره في المتن، التذكرة ٢: ٨٠.

ثم لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيره، فالظاهر كونه مخالفاً للاجماع.

وأما ما ورد في روايه السيكوني [١] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعه بيده»، معللاً بأنه «إن لم يجد سرق»، فمحمول على عوض كسبه من التقاط، أو أجره عن إجاره أو وقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجاره فأعطاه المستأجر أو الأمر أجره المثل، فإن هذه كلها مما يملكه الصبي، لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا الشرح:

ليكون كاشفاً عن إباحه الفعل، وثالثاً ذكر توجيهها يخرج به الشراء عن معامله الصبي.

[١] كأن هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن روايه السكوني (١) المزبوره ظاهره في صحه معامله الصبي فان المراد بكسب الصبي فيها المال الذي اكتسبه، فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذي لا يحسن صناعه أن كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعه، بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذي اكتسبه الصبي المزبور مالاً مشتبهاً، ولو كانت معامله باطله لكان حرمه المال الذي اكتسبه معلوماً.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأن ملك الصبي المال لا- يلزم صحه معاملاته، حيث يمكن أن يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالتقاط ملكا له؛ لما تقدم من عدم إلغاء قصده في مثل الحيازه والسبق إلى الشيء المباح، كما يمكن كونها أجره في إجاره أو وقعها الولي، فإن إيقاع الولي يملك الصبي الأجره على المستأجر، فيتعين المدفوع إلى الصبي في الأجره بوصولها إلى يد وليه، ويمكن إيقاع الصبي الإجاره فيستحق على المستأجر أجره المثل، أو كان عمل الصبي باعتبار أمر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض أجره المثل على العمل. وفي هذه الصور ونحوها لا يكون

ص: ٢٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٦٣ ، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به .

لم يعلم صدق دعوى الصبى فيها، لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا- يبالي بالمحرّمات.

وكيف كان، فالقول المذكور فى غاية الضعف. نعم، ربّما صحّح سيّد مشايخنا فى الرّياض هذه المعاملات إذا كان الصبى بمنزله الآله لمن له أهليّه التصرّف، من جهه استقرار السيره واستمرارها على ذلك.

وفيه إشكال، من جهه قوّه احتمال كون السيره ناشئه من عدم المبالاه فى الدّين، كما فى كثير من سيرهم الفاسده.

ويؤيّد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم، ولا- بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا- يعلم الولى أصلاً، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الآليه، مع أنّ هذه ممّا لا- ينبغى الشكّ فى فسادها[١] خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحاله على ما جرت العاده به كالإحاله على المجهول، فإنّ الذى جرت عليه السيره هو الوكول إلى كلّ صبى ما هو فطنٌ فيه، بحيث لا- يغلب فى المساومه عليه، فيكلون إلى من بلغ ستّ سنين شراءً باقاه بقل، أو بيع بيضه دجاج بفلس، وإلى من بلغ ثمانيه سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربع عشره سنه شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجاره فى الأسواق والبلدان، ولا يفرّقون بينه وبين من أكمل خمس عشره سنه، ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلاّ بعد أن يحصل له التجارب، ولا أظنّ أنّ القائل بالصّحه يلتزم العمل بالسيره على هذا التفصيل.

الشرح:

ملك الصبى ملازماً لصّحه معاملته ولو مع إذن وليه كما لا يخفى.

[١] يعنى: لا ينبغى الشكّ فى فساد سيرتهم فى عدم فرقهم بين معامله المميّزين وغيرهم، خصوصاً الأخير، أى سيرتهم على عدم فرقهم بين معامله الأطفال لأنفسهم

وكيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم. وقد عرفت حكم العلامه في التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبيّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزله الآله للولي، وكذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزله الآله في ذلك غالباً.

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحه عقد الصبي أصاله ووكاله ما لفظه:

نعم، ثبت الإباحه في معاملة المميّزين إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحقّرات.

ثمّ قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلاله مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً، انتهى.

أقول: أمّا التصرف والمعامله بإذن الأولياء [١] سواء كان على وجه البيع أو المعاطاه فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور والمعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاه، لأنّها تصرف لا محاله وإن لم تكن بيعاً، بل ولا معاوضه.

الشرح:

بحيث لا يطلع أوليائهم على معاملاتهم، وبين المعامله لأوليائهم.

[١] كأنّ هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله (١) من حصول الإباحه من معاملة الطفل الجالس مقام وليه، وحاصله: إن أراد كاشف الغطاء حصول الإباحه بنفس تصرف الطفل ومعاملته بأن كانت معاملة الطفل مفيده للإباحه، سواء كانت المعامله بنحو البيع العقدي أو المعاطاه، فهذا خلاف المشهور حتّى عند القائلين بعدم اعتبار شرائط البيع

ص: ٢٠٥

وإن أراد بذلك أنّ إذن الولي ورضاه المنكشف بمعامله الصبي هو المفيد للإباحه، لا نفس المعامله كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعاره الصبي فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته، وهو: أنّه لَمَّا كان بناء المعاطاه على حصول المرضاه كيف اتَّفَق، وكانت مفيده لإباحه التصرف خاصه كما هو المشهور وجرت عاده النَّاس بالتسامح في الأشياء اليسيره والرِّضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيده للظنِّ بالرِّضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين قيمه، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العاده، فلأجل ذلك صحَّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورهِ البيع والشراء مع الشُّروط المذكوره، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهديه إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهديه من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف.

وبالجملة، فالاعتماد في الحقيقه على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي ومعاملته من حيث إنّه كذلك، وكثيراً ما يعتمد النَّاس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يد أصلاً، مع شهاده الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجره وعوض الماء التالف في الصيّندوق، وكما في أخذ الخُصْر الموضوعه للبيع، الشرح:

في المعاطاه، فإنها على ذلك المسلك وإن لم تكن مشروطه بشروط البيع، إلا أنها تصرف في المال فلا يصح من الصبي. وإن أراد أن وصول المال إلى يد الآخذ وإذن الولي ورضاه في تصرفه هو الموجب للإباحه، ومعامله الصبي تكون كاشفه عن هذا الرضا ويعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار ومالك الهديه بإذن الصبي في الدخول في الدار وإيصال الهديه، كما أوضحه بعض المحققين

وشرب ماء السقائين ووضع القيمة المتعارفه فى الموضوع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التى جرت العاده بها، كما يعتمد على مثل ذلك فى غير المعاوضات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً فى مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا، انتهى.

وحاصله: أن مناط الإباحه ومدارها فى المعاطاه ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزله شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطاره الزيح ونحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبى أو بغيره من الأمارات كالكتابه ونحوها كان هذه معاطاه أيضاً، ولذا يكون وصول الهديه إلى المهدى إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف بل التملك كافياً فى إباحه الهديه، بل فى تملكها.

وفيه: أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاه من دون إنشاء إباحه وتمليك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا. ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولى المال إلى الصبى، مدفوعه: بأنه إنشاء إباحه لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاه، مع العلم بخروجه عن موضوعها. وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسأله إيصال الهديه بيد الطفل، فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحه أو تمليكا، كما ذكر أن إذن الولى للصبى فى الإعاره إذن فى انتفاع المستعير، وأما دخول الحمام وشرب الماء ووضع الأجره والقيمه، فلو حكم بصحتها بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاه بمجرد المرضاه الخاليه عن الإنشاء انحصرت صحه وساطه الصبى فيما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين،

دون ما لا يكتفى فيه.

والحاصل: أنّ دفع الصبى وقبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتفق فلا يضرّ مباشرة الصبى لمقدمات الوصول. ثم إنّ ما ذكر مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبى ولياً كان أم غيره. وأمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: من صيروره الشخص موجباً قابلاً، ففيه:

أولاً: أنّ تولّى وظيفه الغائب وهو منّ أذن للصغير إن كان ياذن منه، فالمفروض انتفاؤه، وإن كان بمجرد العلم برضاه، فلاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع.

وثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النياحه عمّن أذن للصبى. ثمّ إنّ لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليه بالصبى، ولا بالأشياء الحقيقه، بل هو جارٍ فى المجنون والسكران بل البهائم، وفى الأمور الخطيره، إذ المعامله إذا كانت فى الحقيقه بين الكبار وكان الصغير آله، فلا- فرق فى الآليه بينه وبين غيره. نعم، من تمسك فى ذلك بالسبب من غير أن يتجشّم لإدخال ذلك تحت القاعده، فله تخصيص ذلك بالصبى، لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقرات.

مسأله: ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلقّظان به. واشتراط القصد بهذا المعنى فى صحه العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف الشرح:

من تلاميذه(1)، فهذا مبنى على كفايه مجرد وصول المالىن إلى يد كل من المالكين مع رضاهما فى حصول الإباحه بالمعاطاه، وقد تقدم الكلام فيه فى بحث المعاطاه.

ص: ٢٠٨

١- (١) هو المحقّق التستري قدس سره ، مقابس الأنوار : ١١٣ .

فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط. أو إلى المعنى لا بمعنى [١] عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الإخبار كما في الهازل. أو قصد معنى يغير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارته خاصه. ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافاً إلى ما سيجيء في أدله الفضولي، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

الشرح:

[١] وحاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد إلى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد، كما في الغلط بأن كان قصده التلفظ بلفظ فاشتهه وتلفظ بلفظ آخر، ويعتبر القصد إلى المعنى وليس المراد من عدم قصد المعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل المراد عدم إرادته جداً؛ لأن المفروض في المقام وإن كان حصول الإنشاء وتحقق الاستعمال إلا أنه بداع آخر، كما إذا لم يكن غرض المستعمل من إنشاء البيع حصوله حقيقه، بل بداع الهزل ونحوه.

وإن شئت فلاحظ موارد الأمر الصوري، فإنه كما لا يكون الغرض فيه هو البعث إلى الفعل كذلك ليس الغرض في المقام من الإنشاء هو البيع خارجاً، وكما أن في مورد الإخبار هزلاً أو كذباً يكون الكلام مستعملاً في معناه الموضوع له ويكون القصد إلى التلفظ إحضار معناه ولكن بداعي الهزل والإغراء كذلك في مورد البيع يكون الكلام مستعملاً في معناه الإنشائي ولكن بداعي الهزل لا الجد.

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما، أم لا؟

وذكر، أنّ في المسألة أوجهاً وأقوالاً، وأنّ المسألة في غاية الإشكال، وأنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم قال: وتحقيق المسألة: أنّه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد، لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في التيه، أو مع اللفظ به أيضاً كييع الوكيل والولى العاقد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما والولى عليهما في البيوع المتعدّده، فيجب أن يعيّن من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، وأن يميّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما.

فإذا عيّن جهه خاصّه تعيّن، وإن أطلق: فإن كان هناك جهه يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد وإلا وقع لاغياً [١] وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتة في هذا القسم أنّه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبه على ذلك، وفساد الشرح:

ثم لا يخفى أنه ليس اعتبار هذا القصد في المتعاقدين نظير شرط البلوغ والاختيار فيهما بأن يكون هذا الشرط أمراً زائداً على حصول البيع وغيره من المعاملات، بل هذا القصد مقوم لعنوان المعامله، حيث لا يكون البيع أو غيره من المعامله في مثل مورد الإنشاء هزلاً.

[١] يعنى: لولم يكن هناك جهه يصرف إليه الإطلاق كان العقد لغواً.

ذلك ظاهر ولا دليل على تأثير [١] التعيين المتعقب، ولا على صحه العقد المبهم، لانصراف الأدله إلى الشائع المعهود من الشريعة والعادة، فوجب الحكم بعدمه.

وعلى هذا، فلو شرى الفضولى لغيره فى الذمه، فإن عین ذلك الغير تعین ووقف على إجازته، سواء تلفظ بذلك أم نواه، وإن أبهم مع قصد الغير بطل، ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال: وإن لم يتوقف تعین المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين، ولا- يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما، ففى وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصح، أو جهه، أقواها الأخير، وأوسطها الوسط، وأشبهها للأصول الأول. وفى حكم التعيين ما إذا عین المال [٢] بكونه فى ذمه زيد مثلاً. وعلى الأوسط: لو باع مال نفسه عن الغير [٣] وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير، ولو باع مال زيد عن عمرو [٤] فإن كان وكيلاً عن [عنه فى الشرح:

[١] كأن هذا دفع لما يقال: من جواز عدم جهه يصرف إليها الإطلاق، وجواز عدم تعيين للمالك فى العقد وتعيينه بعد ذلك فلا اشتراط.

[٢] يعنى: إذا عين العاقد فى عقده المال بكونه بدمه زيد يجرى على هذا المعين على العهده حكم المعين خارجاً فى كون التصريح بالخلاف مبطلاً أولاً، كما لو اشترى لنفسه بثمن بدمه زيد.

[٣] يعنى: باع مال نفسه؛ ليكون البيع عن الغير لا عن نفسه بأن يدخل الثمن فى ملك ذلك الغير.

[٤] يعنى: باع مال زيد؛ ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد، بأن يدخل الثمن فى ملك عمرو.

المقاييس] زيد صح عنه وإلا- وقف على إجازته. ولو اشترى لنفسه بمال في ذمه زيد [١] فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه وتعلق المال بذمته لا- عن زيد ليقف على إجازته، وإن كان وكيلاً فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، والجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما ولما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع. وصحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح جانب الأصالة، وعن الموكل لتعين العوض في ذمه الموكل فقصده كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين. ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً [٢] ولم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن الشرح:

[١] بأن يكون قصده دخول المبيع في ملكه في مقابل الثمن المعبر بذمه زيد، وذكر أنه على تقدير عدم وكالته عن زيد يقع البيع لنفسه ويثبت الثمن بذمته. وبعبارة أخرى: يؤخذ بمقتضى إضافة البيع إلى نفسه ويترك اعتبار الثمن بذمه زيد، فلا يكون البيع فضولياً ليجتاج في تمامه إلى إجازة زيد.

ويظهر من كلامه أن الوجه في ذلك عدم ثبوت المقتضى لوقوعه لزيد، وهذا بخلاف صورته وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثه: بطلان البيع وعدم وقوعه لواحد منهما؛ لأن المقتضى لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع ووقوعه لنفسه؛ لعدم المقتضى لوقوعه لزيد؛ لأن التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء بأن يقصد دخول المبيع في ملكه مع خروج الثمن عن ملكه موكله ولا أقل من ترجيح جانب الأصالة، ووقوعه عن زيد؛ لما مر من أن تعيين المال بذمه زيد في حكم الثمن المعين الخارجى في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا.

[٢] يعنى: لو اشترى لزيد بثمان في ذمته ولم يجز زيد الاشتراء فأجاز عمرو فلا يصح، لا من زيد فإن المفروض عدم إجازته، ولا من عمرو؛ لعدم إنشاء المعامله عنه وعدم اعتبار الثمن في ذمته.

أحدهما. وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكوره بين النيه المخالفه والتسميه ويفرّق بينهما على الأخير ويبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه رحمه الله .

أقول: مقتضى المعاوضه والمبادله [١] دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً وبدلاً. وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، إلا أن ملكيه العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان.

ومنها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك«ما في الذم» لأن ملكيه الكلي لا يكون إلا مضافاً إلى ذمّه، وإجراء أحكام الملك على ما في ذمّه الواحد المرّدّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكيه ما في الذم على تعيين صاحب الذمّه. فصحّ على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في العوض المعين أو في الكلي، وأن اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثله في الشقّ الأوّل من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكيه العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعامله على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمه إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكاً، لأن ما في الذمّه ما لم يضاف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمناً أو مثنياً.

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكر المصنف رحمه الله في المناقشه على الكلام المزبور هو عدم اعتبار تعيين المالكين أصلاً، بل المعتبر في البيع قصد المعاوضه بأن يخرج المبيع إلى ملك من يكون خروج الثمن منه؛ إذ لو صار المبيع إلى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضه

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه إذا جعل العوضين في الذمه بأن قال: «بعت عبداً بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للاشتراء به حتى يُسند كلاً منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان»، فيمتاز البائع عن المشتري.

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معيّنين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقيه التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيه والبدليه، فلا حاجة إلى تعيين من يُنقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيه فالبيع غير منعقد.

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض فقال: «ملكتهك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص الشرح:

بين المالكين، بل يكون تمليك كل منهما مجاناً. وعلى ذلك فلو فرض قصد المعاوضة من المتعاقدين فلا محاله يتعين مالك المبيع، والتمن واقعا بلا حاجة إلى التعيين.

نعم، لا بد في موارد كون أحد العوضين كلياً في الذمه من تعيين من يضاف إلى ذمته المال ولا يكون تعيينه معتبراً بما هو هو، بل باعتبار أن الكلي مالم يكن مضافاً إلى ذمه معين لا يعتبر مالياً ليقع طرفاً في المعاوضة فالتعيين لا اعتبار المعاوضة بين المالكين.

ويترتب على ما ذكر أنه لا- يعتبر تعيين المالكين أصلاً فيما كان العوضان معيّنين، مع فرض قصد المعاوضة واقعا، بل يكون التصريح على خلاف مقتضى المعاوضة راجعاً إلى فائده البيع والشراء، كما إذا قال: «بعت مالي عن زيد»، فإنه مع قصد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائده البيع، بمعنى تمليك الثمن لزيد ثانياً. وإذا قال: «بعت مال زيد عن نفسي»، فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسي لغوا؛ ولذا ذكروا أنه لو أجاز زيد

المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضه معه، وفى وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتى.

وأما ما ذكره من مثال «مَنْ باع مال نفسه عن غيره» فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغويه قصده عن الغير، لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقه، وهو معنى لغويته، ولذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجىء ولا- يقع عن نفسه أبداً. نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإنَّ القائل به لا يفرق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه. فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً ووجوده كعدمه.

إلا- أن يقال: إنَّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا- يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقه، لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته من البيع المبادله الحقيقه، أو على تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيه المبيع كما سيأتى أنَّ المعاوضه الحقيقه فى بيع الغاصب لنفسه لا- يتصور إلا- على هذا الوجه؟ وحينئذٍ فيحكم بطلان المعامله، لعدم قصد المعاوضه الحقيقه مع المالك الحقيقى. ومن هنا ذكر العلامة وغيره فى عكس المثال المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، وكذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام وقال: «اشتر به لنفسك طعاماً».

هذا، ولكنَّ الأقوى صحه المعامله المذكوره [١] ولغويه القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادته إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركنى المعاوضه.

الشرح:

البيع يقع له كما أنه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له، لا من جهه إضافه البيع إلى نفسه، بل بناءً على صحه الإجازة فى مسأله من باع شيئاً ثم ملك فأجاز فإنه بناءً عليها يتم البيع، سواء أضافه إلى نفسه أم لا، بل وحتى مع إضافته إلى المالك الأول.

[١] المراد بتلك المعامله بيع ماله عن غيره فإن قصد كونه عن غيره لغو، حيث

وأما حكمهم ببطلان البيع في مثال الزهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أنّ المخاطب إذا قال: «بعته لنفسى»، أو «اشتريته لنفسى» لم يقع لمالكة إذا أجازته.

وبالجملة، فحكمهم بصحة بيع الفضولى وشرائه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثم إنّ ما ذكرنا كلّ حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشتري له.

الشرح:

إن القيد المزبور لإرجاع فائده البيع إلى ذلك الغير، أى تملك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فيكون لغوا لا جعله أحد ركنى المعاوضة، وحكمهم ببطلان البيع عكس المسألة، أى فيما إذا قال للمرتهن: «بع مالى لنفسك»، أو قال للمدفع إليه مالا: «اشتر لنفسك بهذا المال طعاما»، لا ينافى ذلك باعتبار أن مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفع إليه، لا أنه لا يصح عن المالك مع إجازته.

كان الكلام إلى الآن في اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع والشراء بأن يقصد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه وإن لم يذكره للآخر، وكذا أن يقصد القابل من يقع له الشراء وأن يذكره للموجب، وعدم اشتراطه بمعنى أنه لو لم يقصد ذلك، بل قصد مجرد المعاوضة كفى.

وقد ظهر أنه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء بالمعين خارجا وبين تعلقه بالكلية على العهد، والكلام فعلاً في أمرين:

الأول: أنه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب وقصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء وقبول الإيجاب لغيره أم لا؟

الثانى: أنه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر في المعاملة بأن يعتبر

ص: ٢١٦

وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادته خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع والإجازات فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكك كذا أو منفعه كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزله المالك بإذن أو ولاية.

ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادته خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية.

والأقوى هو الأول، عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، وتبعيته العقود للقصود. وعلى فرض القول بالثاني، فلو صرح بإرادته خصوص المخاطب أتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد. وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع والسيره إلا أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

الشرح:

فيها تعيين المشتري للموجب وأنه المخاطب أو أنه موكله مثلاً، وكذا يعتبر تعيين البائع للقابل وأنه الموجب أو موكله مثلاً؟

وذكر رحمه الله في الأمر الأول أن تعيين الموجب أو القابل يكون متبعا إلا فيما أحرز عدم لحاظ الخصوصية في نظرهما، كما إذا كان المراد من ضمير الخطاب في قول الموجب: ملكك المال بكذا، المخاطب المتملك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

وبعبارة أخرى: إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب في القصد فلا بد من اتباعه باعتبار أن العقود تابعة للقصود.

ص: ٢١٧

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح: إنّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، ولأنّ معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها: «زوّجتك نفسى» رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى.

ويرد على الوجه الأوّل من وجهى الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع، مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولى، فلا بدّ من وجه مطرد في الكلّ.

الشرح:

ويظهر ذلك من كلام «التذكرة»^(١) حيث ذكر أن في صحه بيع الفضولى بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال إشكالاً، ووجه الظهور كون الإشكال من جهة أن قصد الجاهل تعلق بتمليك الفضولى أو التملك منه، فوقع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل، وهذا الإشكال وإن كان ضعيفاً باعتبار أن تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولى وانتقاله منه ليس إلّا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا- لخصوصيه له، فلا- ينافى هذا القصد وقوع البيع أو الشراء للمالك المجيز بإجازته، إلّا أن المفهوم من كلامه اعتبار تعيين الموجب أو القابل باتباع ظاهر كلامهما.

ويحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بأن كان الأصل الأولى في البيع إلغاء قصد الخصوصية في كل من الطرفين، بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن الغير، ولو كان إنشاء الموجب تمليك المتاع إياه بإزاء الثمن بأن قال: «ملكته المتاع بكذا»، فقال: «قبلت لزيد»، تم البيع إلّا في مورد تصريح الموجب أو قيام القرينه الخارجيه بأنه

ص: ٢١٨

١- (١) التذكرة ١: ٤٦٣.

وعلى الوجه الثانى: أن معنى «بعثك» فى لغة العرب كما نصّ عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أن المالك لا يصدق على الولى والوكيل والفضولى. فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أن الغالب فى البيع والإجاره هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصله أو عن الغير، ولا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير أصيل فتأمّل بخلاف النكاح وما أشبهه، فإنّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنّه ركن للعقد، بل ربّما يستشكل فى صحّحه أن يراد من القرينه المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج، وكذا قوله: «وقفت عليك» و«أوصيت لك» و«وكلتك»، ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا الشرح:

لا يريد البيع إلا من القابل المزبور.

وتعرض رحمه الله للأمر الثانى بقوله: «وقد يقال فى الفرق بين البيع وشبهه . . . إلخ»، وحاصله أنه فى الموارد التى يكون من له العقد مقوما لعنوان العقد، كما فى النكاح فإنّ الزوجين فيه بمنزله المالكين فلا بد من التعيين؛ ليكون بين الإيجاب والقبول تطابق؛ ولأنّ عنوان المشتري يصدق على الوكيل أو الولى.

هذا ولكن كلا الوجهين ضعيف.

أما الوجه الأول، فلأنّ مقتضاه لزوم تعيين الزوج والزوجه فى النكاح لا- عدم لزوم تعيين البائع والمشتري، كيف ولا- يكون الموقوف عليه أو الموصى إليه أو المتهب ركناً فى الوقف والوصيه والهبة مع أنه لا بد من تعيينهم كالنكاح، والوجه فى عدم كونهم ركناً أن كلاً من العقود المزبوره نظير البيع تمليك، والملك لا يكون بلا مالك لا محاله.

وأما الوجه الثانى، فإنّ عنوان المشتري أيضاً لا يصدق حقيقه على الوكيل فى

يقال للوكيل: الزوج، ولا-الموقوف عليه، ولا الموصى له، ولا الوكيل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقا واعترضنا عليه [١]

الشرح:

إجراء عقد الصيغه وقد نص فخر المحققين وغيره بأن معنى البيع فى لغة العرب: جعل المخاطب مالكا، ومقتضى ذلك أن مع عدم جعل الملك إلا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشتريا.

[١] ما ذكر سابقا هو صدق عنوان المشتري على الوكيل فى الشراء حقيقه وعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول الزواج.

واعترض رحمه الله عليه بأنه لا فرق بينهما وأن المشتري بمعناه الحقيقى لا يصدق على الوكيل فى قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول إيجاب النكاح.

نعم، التزم رحمه الله بقوله: «ولعل الوجه عدم تعارف . . .» إلخ، بأنه قد يطلق عنوان المشتري بالعنايه على الوكيل فى قبول إيجاب البيع، كما يتعارف إرادته الأعم من الأصاله من ضمير الخطاب فى مثل قوله: «ملكتك»، بخلاف الضمير فى قول المرأة: «زوجتك»، وبخلاف عنوان الزوج فى الإطلاق بنحو العنايه فى عنوان الزوج أو إرادته الأعم من ضمير الخطاب فى قول المرأة غير متعارف.

وعلى ذلك فلا بأس بأن يقول البائع: «ملكتك المال بكذا»، ويقول القابل: «قبلت عن فلان»، بخلاف النكاح فإنه لا يصح فى قبول قول المرأة: «زوجتك نفسى»، أن يقول المخاطب: «قبلت عن فلان». وجواز الإطلاق وإرادته الأعم من الضمير فى البيع بنحو العنايه لا ينافى تقديم مدعى الأصاله عند اختلافهما فى أن قبول الإيجاب كان بنحو الوكاله أو الأصاله؛ لأن مقتضى ظهور العقد أو أصاله عدم نيابه هو التقديم المزبور، وتعارف الاستعمال بنحو العنايه لا ينافى كونه خلاف الأصل كما أن تعارف المجاز فى

الشرح:

سائر الألفاظ لا ينافي حملها على تحقيقه مع عدم إحراز العناية في الاستعمال.

أقول: قد مر أن مع كون العوضين معيّنين لا- حازه إلى تعيين المالك وتمييز من يكون له البيع أو الشراء، بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضه بين المالكين وإنشائها بين العوضين، ولو اعتقد البائع مثلاً أن الثمن المفروض ملك المخاطب وقال له: «ملكتهك مالى بذلك المال»، وقبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.

وبالجملة: الخطأ والاشتباه فى المال المفروض كونه شخصاً لا- يوجب انتفاء التطابق المعتبر بين الإيجاب والقبول، فإن قصد المعاوضه مقتضاه اعتبار النقل والانتقال عن المالك واقعا.

نعم، لو صرح البائع بأنه إنما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن المزبور ملكاً له فقال المخاطب: قبلت عن مالكه وهو زيد، بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب المشروط والقبول الخالى عنه، فإن الإيجاب المزبور بمنزله أن يقول البائع: «بعتهك هذا المال على أن الثمن المفروض موصوفاً بكذا»، فيقول القابل: «قبلت بلا شرط»، فالبطلان باعتبار عدم التطابق من ناحيه الشرط، فإن شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كسائر الشروط والأوصاف المعتبره فيه التى يكون إلغاؤها فى القبول موجبا لانتفاء التطابق.

ولو وقع فى هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف فى اعتبار خصوصيه المالك فى ناحيه الثمن أو المثلن فالأصل عدم اشتراطها ويكون القول قول منكرها، وأما إذا كان العوضان بنحو الكلى على العهده فاللازم تعيين صاحب العهده فى العقد؛ لما مرّ من أنّ الكلى مع عدم إضافته إلى عهده المعين لا- تقع عليه المبادله فإن ما على عهده المعتبر غير ما على عهده الآخر، فلو قال البائع للوكيل: «بعتهك المال بكذا من الدراهم

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار [١] والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهه وعدم طيب النفس، لا الاختيار

الشرح:

على عهده زيد»، وقبل الوكيل المال بالدرهم على عهده عمرو، لم يتم البيع؛ لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول في ناحيه الثمن. نعم، لو قال: «بعتك المال بكذا من الدراهم»، وقال: «قبلت لموكلي»، صح فيما إذا كان المراد بضمير الخطاب الأعم من الأصالة والنيابة، ويكون مع الاختلاف في الأصالة والنيابة في هذا الفرض الترجيح لقول من يدعى الأصالة أخذاً بأصالة الظهور. وقد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان أحد العوضين في المعاملة شخصاً والآخر كلياً على العهده فإنه يجرى على الكلى ما ذكر للكلى، وعلى الشخصي ما ذكر للشخصي.

[١] فسر رحمه الله الإكراه بما يقابل الاختيار الذي يكون المراد به في المقام القصد إلى حصول مضمون العقد وطيب النفس به، ومقتضى المقابلة أن يكون الإكراه هو القصد إلى مضمون العقد عن كراهه وبلا طيب النفس به.

وبعبارة أخرى: ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذي لا يكون في مورده قصد من المباشر أصلاً، أو يكون مقهوراً في قصده وفعله بحيث لا يصح معه إسناد الفعل إلى المباشر حقيقه، كأفعال العباد على مسلك الجبر.

والحاصل: أن الاختيار المعتبر في البيع وغيره من العقود والإيقاعات أمر زائد على الاختيار المقابل للجبر، واستدل على اعتبار هذا الاختيار بقوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، حيث إن تقييد التجاره بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها، وبقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢). وبحديث

ص: ٢٢٢

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) عوالى اللآلى ٢ : ١١٣، الحديث ٣٠٩. وقريب منه في تحف العقول: ٣٤، عنه في وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

فى مقابل الجبر. ويدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». وقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه». وقوله صلى الله عليه وآله فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ أَوْ وُضِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةَ أَشْيَاءٍ أَوْ سِتَّةٍ . . . ومنها: ما أكرهوا عليه».

الشرح:

الرفع، حيث ورد فيه: «رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه»(١)(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٢٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.(٢).

والحديث وإن كان ظاهره بقريته وحده السياق نفى المؤاخذة فإن نفيها مراد فى قوله: «رفع عن أمتى ما لا يعلمون والطيره والحسد»(٢) إلا أنه يرفع اليد عن الظهور بقريته ما فى بعض الروايات كصحيحه البنظى من استشهاده عليه السلام على بطلان الحلف بالطلاق والعتاق بفقره: «رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه»(٣). والمراد بالحلف بالطلاق والعتاق أن يقول الحالف مثلاً: إن فعلت كذا فإمرأتى طالق أو أمتى حرة، وهذا الحلف وإن كان باطلاً ولا يقع به طلاق أو عتاق ولو مع عدم الإكراه، إلا أن استشهاده عليه السلام لبطلانه بالحديث قريته على عدم اختصاصه برفع المؤاخذة.

أضف إلى ذلك ما ورد فى بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات فى البطلان وعدمه مع الإكراه.

ثم تعرض رحمه الله لما ذكره الشهيدان(٤) من كون المكره بالفتح قاصدا للفظ وغير قاصد مدلول العقد، فذكر أن مدلول العقد مضمونه وكون المكره غير قاصد له معناه أنه لا يقصد حصول ذلك المضمون خارجاً بأن يثبت لذلك المضمون واقعيه.

ص: ٢٢٣

١- (١) و

٢- وسائل الشيعة ١٥ : ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ .

٣- (٣) أنظر الدروس ٣ : ١٩٢، والمسالك ٣ : ١٥٦، والروضه البهيه ٣ : ٢٢٦ ٢٢٧ .

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذه، إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعيه يشهد لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء ففي صحيحه البنظي، عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أليزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطأوا». والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذه والعقاب الأخرى.

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمه عدم الفرق. ثم إنه يظهر من جماعه منهم الشهيدان: أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا الشرح:

وإن شئت قلت: ولو كان قصد المكره بالفتح بقوله: «بعت كذا بكذا»، إنشاء الملكيه إلا أن إنشاءها لا يكون لغايه حصولها خارجاً، بل بداعي دفع الضرر المتوقع به، وليس المراد أنه لا ينشئ الملكيه أصلاً، كما توهمه بعض من كلامهما، فإنه مع عدم الإنشاء لا يكون قوله: «بعت كذا بكذا»، بيعاً، أو قوله: «هي طالق»، طلاقاً.

وبالجملة: الخالي عن قصد الاستعمال والإنشاء هو الذي يتلفظ تقليداً أو تلقيناً، كما في الطفل الجاهل بالمعاني، ولا يكون المكره بالفتح كذلك فمرجع كلام الشهيدين إلى أن إنشاء المكره ليس بداعي تحقيق الشيء بحيث يترتب عليه الأثر، بل لغرض التخلص عن الوعيد. فالفرق بين المكره بالفتح وغيره أن إنشاء الملكيه في الأول لا يكون بداعي حصولها خارجاً، بل بداعي التخلص عن وعيد المكره وضرره، بخلاف بيع المختار فإن إنشاء الملكيه منه يكون بداعي حصولها خارجاً.

إلى مجرّد التكلّم، كيف! والهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً، والخالى عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعانى. فالمراد بعدم قصد المكروه: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج، وأنّ الدّاعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائي مجرّد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل.

وهذا الذى ذكرنا لا- يكاد يخفى على من له أدنى تأمل فى معنى الإكراه لغه وعرفاً وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه التى لا- تستقيم مع ما توهمه، من خلوّ المكروه عن قصد مفهوم اللفظ وجعله مقابلاً- للقصد، وحكمهم بعدم وجوب التّوريه [١] فى التفصّي عن الإكراه وصحّه بيعه بعد الرّضا واستدلالهم الشّرح:

[١] ذكر رحمه الله كما مر أن إنشاء البيع مثلاً بداعى التخلص عن الوعيد لا لغايه تحقيقه خارجاً هو المراد من عدم قصد المكروه بالفتح مدلول العقد، وكون هذا هو المراد من عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل فى معنى الإكراه لغه وعرفاً، وعلى من تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه فإن تلك الفروع لا تناسب توهم خلوّ المكروه بالفتح عن القصد بأن لا يستعمل قوله: بعث كذا بكذا، فى إنشاء الملكيه ليكون الإكراه مقابلاً للقصد، أى استعمال اللفظ فى المعنى.

وقوله رحمه الله: وحكمهم بعدم وجوب التّوريه (١) وبصحّه بيع المكروه بعد الرضا (٢)، واستدلالهم على بطلان بيع المكروه بالأخبار الوارده فى طلاق المكروه بضميمه عدم

ص: ٢٢٥

١- (١) أنظر الروضه البهيه ٦ : ٢١ ، والمسالك ٩ : ٢٢ ، ونهايه المرام ٢ : ١٢ ، والجواهر ٣٢ : ١٥ .

٢- (٢) كما ادّعن الاتفاق ظاهراً فى الحداثق ١٨ : ٣٧٣ ، والرياض ١ : ٥١١ ، وفى مفتاح الكرامه ٤ : ١٧٣ ، والجواهر ٢٢ : ٢٦٧ . نسبتها إلى المشهور .

الشرح:

الفرق بين الطلاق وسائر العقود والإيقاعات، وبما ورد أنه لا طلاق إلا مع الإرادة^(١). واستدلّ لهم أيضا على بطلان بيع المكره بما ورد في بطلان من يكون طلاقه مداراه بأهله^(٢)، بأن ينشئ الطلاق لا- لحصوله واقعا، بل لأن يوهم زوجته الأخرى مثلاً بأنها زوجته الوحيد الباقية في علقته؛ لتترك نشوزها، كل ذلك معطوف على ما ذكره الأصحاب في قوله: «أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب»، ويكون عطفها تفسيريا فإنها من الفروع التي يكون التتبع في المذكور فيها موجبا للجزم بعدم خلو المكره بالفتح عن قصد المعنى والإنشاء.

بل يكفي في الجزم بذلك ما ذكره الشهيد الثاني^(٣) من أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، ووجه الكفاية أنه لا- ريب في تحقق قصد الاستعمال من الفضولي، وجعل المكره مثله قرينه عليه على كون المراد من عدم قصد المعنى ما تقدم تفصيله.

أقول: إن كانت ملكية العين في إنشاء البيع بنظر العاقد فلا ريب في حصولها من المكره بالفتح فإنه لا يكون إنشاء بدون قصد حصولها أو قصد إبراز حصولها على الوجهين في معنى الإنشاء، وعلى ذلك يبتنى ما سيأتى من عدم لزوم التوريه على المكره وتام بيع المكره بلحوق الرضا، وإن كانت الملكية بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملكية أجنبيه عن قصد العاقد فإنّ اعتبار الغير يترتب على تمام موضوعها، سواء قصدتها العاقد أم لا.

ص: ٢٢٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠ ، الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٧ ، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٣- (٣) أنظر المسالك ٣ : ١٥٦ ، والروضه البهيه ٣ : ٢٢٦ ٢٢٧ .

الشرح:

فإن أراد الشهيدان(١) بقولهما: إن المكره بالفتح قاصد إلى اللفظ دون مدلول الملكية بنظر العاقد، فقد ذكرنا أنه لا يكون بيع إلا مع قصد حصولها أو إبراز حصولها، وإن كان مرادها الملكية في اعتبار العقلاء والشرع المعبر عنها بالأثر فلا يعتبر في حصول البيع قصد حصولها، بل قد لا يكون قصد حصولها في بيع المختار أيضا كما إذا اعتقد فقد شرط صحة البيع، وقد يقصدها المكره بالفتح كما إذا اعتقد صحة بيعه ونفوضه، كبيع المختار.

والحاصل: إن كلام الشهيدين غير تام، بل لا نجد فرقا بين بيع المكره، أي إنشائه ملكية المثلث بإزاء الثمن وبين بيع المختار إلا في جهه واحده وهي انطباق عنوان الإكراه على البيع في الأول دون الثاني.

لا يقال: الفرق بينهما في حصول طيب النفس والتراضي في الثاني دون بيع المكره.

فإنه يقال: التراضي المعتبر في المعاملات موجود في بيع المكره أيضا، فإذا أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال وتوقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع ولا يكون ذلك إكراها على البيع، بخلاف ما إذا أكرهه على بيع تلك الدار فإنه لا يصح لوقوعه مكرهاً عليه، مع أن في الرجوع إلى الوجدان كفايه بأنه لو لم يكن إكراه الجائر لم يكن البيع في الموردين، فإن الداعي إلى بيعها في الفرضين التخلص من وعيد الجائر وضرره.

وقد بينا في بحث مقدمه من الأصول أن الداعي إلى الإتيان بذى المقدمه بعينه داع إلى الإتيان بمقدمته، وإذا كان دفع المال إلى الجائر في الفرض الأول للتخلص من

ص: ٢٢٧

١- (١) أنظر الدروس ٣: ١٩٢، والمسالك ٣: ١٥٦، والروضه البهيه ٣: ٢٢٦ ٢٢٧.

الشرح:

وعيده يكون الداعى إلى مقدمته أيضا، يعنى بيع الدار للتخلص المزبور.

وبهذا يظهر أن ما ذكره المصنف رحمه الله فى توجيه كلام الشهيدين من أن الداعى إلى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير وضرره، بخلاف صوره الإكراه فإن الداعى إليه التخلص المزبور غير صحيح، كما أن دعوى حصول الرضا وطيب النفس بالبيع فى صوره الإكراه على دفع المال الذى يتوقف تحصيله على بيع المكروه داره، وعدم حصوله فى صوره الإكراه على بيع داره، تحكم.

وما ذكر أيضا فى الفرق بين مورد الإكراه على البيع والبيع لدفع الضرر بقوله: «والحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل فى فعله ومخلى وطبعه بحيث تطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إبعاد الغير على تركه وهذا مما لا تطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان»، كما ترى فإنه نفرض فرضا أن الفرق بين موارد البيع لدفع الاضطرار إلى ثمنه وبين البيع لدفع ضرر إبعاد الغير تام، فكيف يصح الفرق بين الإكراه مثلا على بيع داره والإكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع داره بأن يقال بحصول طيب النفس والرضا بالبيع فى الثانى دون الأول، بل ذكرنا عدم الفرق بينهما فى طيب النفس أصلاً وإنما الفرق بينهما فى صدق الإكراه على بيع الدار فى الأول دون الثانى. والموجب لصدقه عليه فى الأول أمر الجائر ببيعها ووعيده على تركه، بخلاف الثانى فإن بيعها فيه لا يكون لأمر الجائر به ليعمه حديث رفع الإكراه^(١)، بل للتمكن على مال أمر الجائر بدفعه إليه فلا يكون نفس البيع مكرها عليه.

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ .

الشرح:

فتحصل مما ذكرنا أن الموجب لصدق الإكراه على البيع أو غيره تعلقه بنفس البيع أو غيره من الإنشائيات، فالتفرقة بالحكم بصحة البيع في مورد الاضطرار إلى البيع أو الإكراه على مثل دفع المال الموقوف تحصيله على بيع متاعه، والحكم بالبطلان في مورد الإكراه على البيع باعتبار شمول حديث رفع الإكراه للأخير دون الأولين. وذكر رفع الاضطرار في حديث الرفع لا يقتضى الحكم ببطلان البيع في مورد الاضطرار إلى ثمنه، وذلك فإن رفعه كرفع غيره من المذكورات في الحديث للامتنان والتوسعه على الأمه، ولا امتنان في نفي البيع والحكم بفساده في مورد الاضطرار، بخلاف الحكم بالفساد في مورد الإكراه على بيع شىء، فإن فيه توسعه على المكروه بالفتح كما لا يخفى.

ثم إن الحكم ببطلان بيع المكروه ونحوه من المعاملات لا يحتاج إلى ضميمه صحيحه البنظى المتقدمه ليقال: إن استشهاده عليه السلام ببطلان الحلف بالطلاق والعتاق عند الإكراه عليهما بحديث: «رفع» يمكن أن يكون جدليا مبنيًا على اعتقاد العامه بأن حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذه، ووجه عدم الحاجه أن المراد بالمكروه عليه هو الفعل، حيث لا يتعلق الإكراه والاضطرار إلاّ بالفعل. ومن الظاهر أن رفعهما يكون في مقابل وضعهما، والوضع فيهما معناه أن يثبت الحكم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طروهما، وإذا كان الفعل المكروه عليه من الأفعال الخارجيه يكون المرتفع الحكم التكليفى، وإذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعى، يعنى إمضاء الشارع أو هو مع الحكم التكليفى على اختلاف الموارد.

ومما ذكرنا يظهر أنّ حديث «الرفع» لا يرفع الأحكام التى لا تكون موضوعاتها الأفعال، بل يثبت بالأفعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضا، كما إذا أكرهه على

له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه لا طلاق إلا مع إرادته الطلاق حيث إن المنفى صحه الطلاق لا تحقق مفهومه لغه و عرفاً وفي ما ورد فيمن طلق مداراه بأهله إلى غير ذلك. وفي أن مخالفه بعض العامه في وقوع الطلاق إكراهاً لا ينبغي الشرح:

إفطار صومه فإنه لا يرتفع بحديث رفع الإكراه وجوب قضائه؛ لأن وجوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا إفطاره.

نعم، قد يفوت الصوم بإفطاره، كفوته بنسيان الصوم أو نسيان جنابته أو كون المكلف مريضاً أو مسافراً ونحو ذلك مما لا يكون من قبيل الإفطار، وهذا بخلاف وجوب الكفاره فإن موضوعه الفعل، يعنى الإفطار أو الجماع في نهار شهر رمضان فيرتفع وجوبها عند الإكراه عليهما.

لا- يقال: لا حاجه في الحكم ببطالان بيع المكره ونحوه من المعاملات بحديث الرفع أصلاً، فإن أدله إمضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع المكره عليه فإن البيع المزبور لا- يكون مورد الإمضاء حتى في اعتبار العقلاء، فالحكم ببطالانه لقصور أدله الإمضاء لا لوجود حاكم أو مخصص لها.

فإنه يقال: لا وجه لدعوى انصراف: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) ونحوه عن بيع المكره؛ لأن الموضوع للإرضاء الشرعى نفس البيع لا البيع الممضى في اعتبار العقلاء، وقد ذكرنا في بحث الصحيح والأعم أن إمضاء العقلاء كإمضاء الشرع غير داخل في معنى البيع ونحوه، فإن بيع السارقين والغاصبين لا يكون ممضى حتى عند العقلاء مع صحه إطلاق البيع عليه بلا عنايه.

وبعبارة أخرى: إذا كان تملكك عين بعوض يباعا عند العرف ولكن غير ممضى من

أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً ولا إنشاءً وغير ذلك ممّا يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به لا- عدم إرادته المعنى من الكلام ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

الشرح:

ناحيتهم فهو داخل في مثل موضوع: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) (٣) سورة المائدة: الآية ١. (٢) فلا بد في رفع اليد عن إطلاقه من وجود مقيد، نظير قوله: «لا يبيع إلا في ملك» (٣)، ويترتب على كون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع أنه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنه وتملكها حتى مع احتمال الظفر بمالكها ثم ظهر المالك، فلا- يستحق المالك المطالبه بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري، فإن هذا مقتضى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٤)، مع أن العقلاء لا- يمشون البيع من البايع في الفرض ولا يفرقون بين هذا البيع وبيع مال الغير اشتباها واعتقاداً بأنه ماله ثم ظهر أنه مال لغير.

وما ذكر من سيره العقلاء على عدم لزوم بيع المكره تكون هذه السيره كاشفه عن عدم إمضاء الشرع، وإلا ورد الردع عنها برادع خاص ولا- يكفي فيها الإطلاق والعموم، ففيه: أن سيره العقلاء يمكن دعواها في الموارد التي يكون الإكراه فيها من قبيل الجور الشخصي، وأما إذا كان بنحو الجور العام كما إذا أمر السلطان بأن كل أجنبي يلزم عليه بيع داره من أهل هذه البلاد خلال شهرين وإلا- تؤخذ الدار منه، ففي مثل ذلك لا يرى العقلاء بيع الأجانب دورهم مع اعترافهم بأن أمر السلطان جور عليهم يباع لغوا، بل

ص: ٢٣١

١- (١) و

٢- سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٣- (٢) عوالي اللآلي ٢: ٢٧، الحديث ١٦.

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسأله ما يوهم ذلك قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد، انتهى.

الشرح:

يرتبون عليه الأثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم. والمتحصل أن العمده في الحكم بالبطلان في بيع المكره ونحوه حديث رفع الإكراه.

لا يقال: كيف يكون التراضي وطيب النفس بالمعامله في مورد الإكراه مع أن الإكراه مع طيب النفس والتراضي متضادان.

فإنه يقال: نعم، الكره وهو عدم كون الشيء ملائماً للطبع مع طيب النفس بمعنى أن الابتهاج والرضا القلبي متضادان، ولكن طيب النفس أو الرضا القلبي غير معتبر في بيع ولا- في غيره حتى في الطلاق الوارد فيه كونه بإرادة القلب كما يأتي؛ ولذا قالوا بصحة الطلاق؛ لعدم صدق الإكراه في مثل ما رأى الزوج أنها لو بقيت في حباله لوقعت عليه وقيعه من أخيها أو أبيها أو غيرها فالتجأ إلى طلاقها، ولا تكون كراهته قلباً موجبا لبطلانه.

وبالجملة: المعتبره في صحة البيع وغيره من المعاملات التراضي المعاملى وهو موجود في موارد الإكراه فإنه مساوق للإنشاء، وقد ذكر المفسرون أن قوله سبحانه: «عَنْ تَرَاضٍ» في قوله: «إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(١) خبر بعد خبر، وهذا شاهد على أن التراضي المعاملى يعم جميع المعاملات، وأن تجارته أحد أفرادها. ولو كان المدرك لاعتبار طيب النفس قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه»^(٢) بدعوى أنه

ص: ٢٣٢

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) عوالى اللآلى ٢ : ١١٣ ، الحديث ٣٠٩ ، وانظر الوسائل ٥ : ١٢٠ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى ، الحديث ١ ، تحف العقول : ٣٤ .

وبعض المعاصرين [صاحب الجواهر] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فردّ عليهم بفساد المبني، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

الشرح:

يعم تملك مال الغير بالبيع ونحوه مع ظهور طيبها في الطيب القلبي والرضا الواقعي كما لا يبعد، فلا بد من رفع اليد عن عمومه في المعاملات بما تقدم.

نعم، لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى في التصرف في مال الغير، كما إذا أقام في بيته تعزیه كعزاء خامس أهل بيت العصمه عليه السلام ودخل في البيت بتلك المناسبه شخص وتصرف فيها بما يكون خارجاً عن المتعارف باستعمال الماء الكثير بغسل بعض ثيابه أو المكث في بيت الخلاء طويلاً، مع عدم علمه برضا صاحب البيت، فهذه التصرفات التي ربما يمتنع المالك عن إظهار عدم رضاه بها؛ للتحفظ على كرامته، غير جائز لذلك الشخص، فإنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه.

وهذا بخلاف فرض حصول المعامله، كما إذا وهب المال للسائل تحفظاً على كرامته، فإن دليل نفوذ الهبه أو غيرها مع عدم حكومه في البين من حديث رفع الإكراه أو الاضطرار، مقتضاه دخول العين الموهوبه في ملك المتهب فلا يكون الموهوب مالاً للغير حتى لا يجوز التصرف فيه بلا طيب نفس مالكه، وما يتعارف في الألسنه من أن المأخوذ حياً كالمأخوذ غصباً بلا شاهد في مثل المورد المزبور من المعاملات.

لا يقال: قد ورد في بعض الروايات أنه لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق (١)، ومقتضى تلك الروايات عدم القصد في مورد الإكراه.

ص: ٢٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق .

ثم إن حقيقة الإكراه لغه وعرفا [١] حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقترانه بوعيد منه مضمون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرّاً بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالا.

الشرح:

فإنه يقال: لم يظهر أن الروايات المشار إليها قد وردت في طلاق المكره وبيان بطلانه، بل لا يبعد كونها ناظره إلى ما يصدر عن الزوج أحيانا لتخويف زوجته من الإتيان بصوره الطلاق جلبا لطاعتها وفي مثله لا- يكون إنشاء الفرقة بينه وبين زوجته حقيقه، فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفي المزبور الذي هو في حقيقته تلفظ بصيغه: أنت طالق ونحوها، من غير قصد الإنشاء لمضمونها، بل يكون التلفظ بها مع إمرار المتكلم معناها إلى ذهن السامع فقط، وربما يكون ذلك في مورد الإكراه أيضا بأن يتلفظ المكره بالفتح بصيغه الإيجاب في الطلاق ونحوه من غير قصد الإنشاء، وهذا لا يترتب عليه ما سنذكر من تمام البيع بلحوق الإجازة وغيرها من الأحكام.

ويشهد لعدم نظر تلك الروايات إلى صوره الإكراه على الطلاق أن صاحب «الوسائل» (١) رحمه الله أوردها في باب اشتراط الطلاق بالقصد لا في باب اشتراط الاختيار في الطلاق، بل في حسنه يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يجوز طلاق في استكراه، ولا تجوز يمين في قطيعه رحم إلى أن قال وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه» (٢)، وهذه الحسنه قرينه واضحه على أن المراد بإرادته الطلاق بغير الإكراه.

[١] لا- يخفى أن المعتبر في صدق الإكراه هو الأمر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفه الأمر مظنه الضرر بحاله أو بحال متعلقه، وقد يكون الفعل من الفاعل لمجرد

ص: ٢٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٠ ، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٧ ، الباب ٣٧ من أبواب الطلاق، الحديث ٤.

فظهر من ذلك: أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخِلُه في «المكره عليه»، كيف! والأفعال الصّادره من العقلاء كلّها أو جلّها ناشئه عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإنّ من أكره على دفع مال وتوقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقّد به على عدم دفع ذلك المال ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه، إلاّ أنّه ليس مكرهاً عليه.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه: سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإبعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف، بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمّد إليه عن رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره، دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلاّ أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبولة على كراهه ما يحمله غيره عليه مع الإبعاد عليه بما يشقّ تحمّله.

والحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله ومحلّي وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل ليعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا يطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان.

ثمّ إنّ هل يعتبر في موضوع الإكراه [١] أو حكمه [٢] عدم إمكان التفصّي عن الشرح:

دفع ذلك الضرر، وأما الوعيد من الأمر فلا يعتبر اقتتان أمره به، كما يظهر ذلك من ملاحظه موارد الإكراه على المعامله أو غيرها من الأفعال.

[١] بأن يكون عدم إمكان التفصّي بالتوريه أو غيرها مقوما لعنوان الإكراه.

[٢] بأن لا يكون البيع أو غيره محكوما بالفساد مع إمكان التفصّي عن إنشائه بالتوريه أو غيرها، ولو مع صدق الإكراه عليها.

ذكر رحمه الله بما حاصله أن ظاهر الروايات وفتاوى الأصحاب عدم اعتبار العجز عن

الضرر المتوعد به بما لا يوجب ضرراً آخر كما حكى عن جماعه أم لا؟

الذى يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التوريه، لأنّ حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره وعتقه ومعاهد الإجماعات والشهوات المدّعاء فى حكم المكره على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه، بعيد جدّاً، بل غير صحيح فى بعضها من جهه المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

الشرح:

التفصلى بالتوريه، فإن حمل عموم حديث رفع الإكراه والروايات الداله على عدم صحه الأثر للطلاق باستكراه أو عتاق أو حلف كذلك على صوره عدم إمكان التفصلى بالتوريه من جهه غفله المكره بالفتح عنها ونسيانها؛ لدهشته أو جهله بكيفيتها بعيد، حيث إنه من حمل المطلق على الفرد النادر، بل لا- يمكن هذا الحمل فى مورد بعض الروايات. والمراد ما ورد فى قضيه عمار(1)؛ لما سيأتى أنه لو كان عدم إمكان التفصلى بالتوريه معتبراً فى رفع الإكراه لذكر صلى الله عليه وآله لعمار أن عليه أن يورى فيما إذا ابتلى بمثل الواقعه، لا أن يقول له: «إن عادوا فعد».

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصلى بغير التوريه أيضاً، كروايه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «لا يمين فى غضب ولا- فى قطيعه رحم ولا- فى جبر ولا- فى إكراه. قلت: أصلحك الله، فما فرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجه والأم والأب، وليس ذلك بشيء»(2). ووجه الظهور أنه يمكن التفصلى عاده فى إكراه الأم والأب، وقوله عليه السلام على ما فى الروايه: «وليس ذلك بشيء» المراد أن اليمين فى الموارد المزبوره لا يكون موجبا لوجوب

ص: ٢٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٢٥ - ٢٢٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٣٥، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث الأول.

هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر غير التّوريه أيضاً في صدق الإكراه، مثل روايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين في قطيعه رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه، قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السّطان، ويكون الإكراه من الزّوجه والأب، وليس ذلك بشيء».

الشرح:

الوفاء وعدم جواز الحنث، ويؤيد عدم اعتبار التفصّي بغير التّوريه أيضاً عدم الفرق بينها وبين التفصّي بغيرها، فإنه لو كان إمكان التفصّي بغير التّوريه موجبا لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصّي بها كذلك؛ لأن المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما أكره عليه كما هو الفرض، فلا فرق بين التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادته المعنى الآخر.

ودعوى أن مع إمكان التّوريه وأن لا يكون إكراه حقيقه كما إمكان التفصّي بغيرها، إلا أن الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التّوريه مدفوعه بعدم الشاهد لها.

ثم إنه رحمه الله قد وجه الدعوى المزبوره بأنه يعتبر في صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفه المكره بالكسر ومع إمكان التفصّي بغير التّوريه لا يحصل الخوف في مخالفه المكره، حيث إن الضرر مع إمكان التفصّي يترتب على ترك الفعل المكره عليه وترك التفصّي معا وليس التفصّي مكرها عليه ولا بدلاً عنه، حيث لم يأمر به الجائر لا تعيينا ولا تخييراً ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار، بل الفعل المتفصّي به مسقط للإكراه، يعنى رافع موضوعه، وكون التفصّي مسقطاً للإكراه يجرى في مورد إمكان التفصّي بالتّوريه أيضاً، إلا أن الشارع قد رخص في مورد إمكان التفصّي بالتّوريه في تركها، حيث لم يعتبر التّوريه تفصياً. ويستفاد ذلك من اطلاق الروايات الواردة في طلاق المكره وعتقه، ومما دل على جواز الحلف بالله كاذباً

ص: ٢٣٧

ويؤيدّه: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصيلى بغير التوريه خرج عنه بالقدرة عليها، لأنّ المناط حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به فى فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه بكلام آخر أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى: أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التوريه تعبدى لا من جهة صدق حقيقه الإكراه، كما ترى.

الشرح:

عند الخوف والإكراه فإن حمل الإطلاق على صوره العجز عن التوريه كما تقدم حمل على الفرد النادر، بل لو كان العجز عن التوريه معتبراً لأشير إليها فى تلك الأخبار، خصوصاً فى قضيه عمار، فإن تنبيه رسول الله صلى الله عليه وآله عمار على التوريه وإن لم يكن واجبا إلا أن شفقته صلى الله عليه وآله لعمار تقتضى ذلك؛ لما رأى صلى الله عليه وآله من اضطرابه وتأثره من تكلمه بكلمه الكفر إلى أن قال له: «وإن عادوا عليك فعد» (١).

ولعل وجه عدم وجوب التنبيه أن المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفله المكلف عنه، حيث لا بد من فرض أن عمار قد نسى التوريه وغفل عنها عند إكراهه على الاعتراف بالشرك، لا أن تركه التوريه كان لجهله بالحكم وعدم علمه بوجوب التوريه فى هذه الموارد، كما هو الحال فى ترك بعض الناس أو جلهم، فإن عدم رعايه بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها وفرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار ولا تطبيق الإكراه على فعله، كما هو مقتضى نزول الآية: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» (٢).

ثم إنه رحمه الله قد فصل أخيراً بين التوريه وغيرها بأن التمكن على التفصيلى بالتوريه لا ينافى صدق الإكراه على العمل، بخلاف غير التوريه، فإن التمكن على التفصيلى به

ص: ٢٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٢٥، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ٢.

٢- (٢) سورة النحل: الآية ١٠٦.

لكن الإنصاف: أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقّق إلاّ مع العجز عن التفصّي بغير التوريه، لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتّب الضرر المتوّعد به على الترك، ومع القدره على التفصّي لا يكون الضرر مترتّباً على ترك المكروه عليه، بل على تركه وترك التفصّي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه، والتفصّي، فهو مختار في كلّ منهما، ولا يصدر كلّ منهما إلاّ باختياره، فلا إكراه.

الشرح:

يمنع عن صدق الإكراه، وذلك فإن ترتّب الضرر على مخالفه المكروه لا يترتب على مخالفه الواقعيه، بل على اعتقاد المكروه بالكسر بها، بمعنى أنه لو أحرز مخالفه المكروه بالفتح لأضرّ به. وهذه القضيّه الشرطيّه صادقه مع تمكن المكلف على التوريه، حيث إن المكروه بالكسر لو أحرز أن المكروه بالفتح ورى في نفسه ولم ينشئ العقد لأضرّ به، بخلاف التفصّي بغير التوريه، فإن الجائر لا يتمكن على إضرار المكروه بالفتح مع تفصيه بغير التوريه، كما إذا تفصى بالسفر إلى بلاد أخرى لا يصل إليه فيها يد الجائر، وعلى ذلك لا يعتبر العجز عن التوريه في صدق الإكراه ويعتبر العجز عن التفصّي بغيرها في صدقه.

أقول: ما ذكره رحمه الله من أن حمل رفع الإكراه وما ورد في بطلان الطلاق والعتق عن استكراه على صوره العجز عن التوريه بعيد لا يمكن المساعده عليه، فإن حديث رفع الإكراه لا يختص بالعقود والإيقاعات ليقال: إن التمكن على التوريه فيهما غالبى فاخصاصه بصوره العجز عن التوريه حمل لعموم رفعه على الموارد النادره، بل يعم عموم الإكراه على فعل الحرام وترك الواجب مما لا دخل في مورد هما للتوريه وعدمها.

أضف إلى ذلك أنه لا- يوجب اعتباره حمل المطلق على فرده النادر حتى فيما ورد في بطلان الطلاق أو العتق أو الحلف كاذبا عن إكراه، وذلك فإن الذى لا يمكن هو حمل

وليس التفصي من الضرر أحد فردى المكره عليه، حتى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً، لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له، ولذا لا يجرى أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرناه وإن كان جارياً فى التوریه، إلا أنّ الشارع رخص فى ترك التوریه بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى، وبعد حملها على صوره العجز عن التوریه، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيره المجوّزه للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً فى قضيه عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فنزلت الآيه: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «إن عادوا عليك فعد». ولم يتبّه على التوریه، فإنّ التنبيه فى المقام وإن لم يكن واجباً، إلا- أنّه لا- شكّ فى رجحانه، خصوصاً من النبى صلى الله عليه وآله باعتبار شفقتة على عمّار، وعلمه بكراهه تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون توریه، كما لا يخفى.

الشرح:

المطلق على فردة النادر مع ورود الحكم فى الخطاب على ذلك المطلق، كما إذا ورد فى الخطاب: أقتلوا الضال المضل، فإن حمله على خصوص مدعى النبوه مثلاً حمل للمطلق على فردة النادر.

وأما بيان الحكم فى الخطاب للمطلق الذى لا- يوجد له أفراد كثيره، بل توجد أفراد نادرا، كما إذا ورد فى الخطاب: اقتلوا المتنبى، فالالتزام بمدلوله مع قله أفراده لا محذور فيه، والأمر فى المقام كذلك؛ لأنّ الإكراه على الطلاق والعتاق لا يصدق إلاّ مع العجز عن التفصي بالتوریه أو بغيرها، حيث إنّ المعتبر فى صدق الإكراه على فعل

ص: ٢٤٠

هذا، ولكن الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصيى بالتوريه وإمكانه بغيرها، بتحقق الموضوع فى الأول دون الثانى، لأنّ الأصحاب وفاقاً للشيخ فى المبسوط ذكروا من شروط تحقّق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكروه بالفتح أنّه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، ومعلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع ولو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع. بل المعيار فى وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه. وهذا المعنى يصدق مع إمكان التوريه، ولا يصدق مع التمكن من الشرح:

خوف ترتب الضرر على المخالفه، والمفروض فى موارد إمكان التفصيى أنه يترتب على المخالفه وترك ذلك التفصيى معاً.

والحاصل: أن ما ورد فى بطلان طلاق المكروه وعتاقه (١) وجواز الحلف كاذباً (٢) مع الإكراه من قبيل ورود الحكم فى الخطاب على المطلق الذى لا يوجد له فرد إلا نادراً.

هذا، مع أن العجز عن التوريه للغفله عنها؛ لدهشته ونحوها، كثيره ولا يكون من الفرض النادر، وأما قضيه عمار فيمكن أن يقال: إن التوريه فيها لا يكون من التفصيى أصلاً؛ ولذا لم يأمر بها رسول الله صلى الله عليه وآله، وذلك فإن إظهار الكفر والاعتراف به محرم حتى فيما إذا كان بنحو التوريه فى مقابل وجوب إظهار الحق والاعتراف بالتوحيد.

وبعبارة أخرى: إذا كان التكلم بكلمه الكفر والشرك مع نصب القرينه على أن التلفظ بها ليس للإنكار والعناد، كما إذا قال: يقول اليهود: إن محمداً ليس بنبى، فلا بأس به، فإنه نقل قولٍ وحكاية كفرٍ عن الآخرين.

وأما إذا لم ينصب قرينه على ذلك فالتلفظ بها حرام، ورى فى نفسه أولاً، فإن التكلم المزبور إعزاز للشرك والكفر وإذلال ووهن للإسلام، ونظيره موارد السب فإن

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٨٦ ، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٢٤ ، الباب ١٢ من كتاب الأيمان .

التفصّي بغيرها، لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع إطلاع المكره عليه وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتوريه، لا مع التمكّن بغيرها، فافهم.

الشرح:

التلفظ بكلمه تكون ظاهره في سب المؤمن حرام ولو كان بنحو التوريه، حيث إنّ وهن المؤمن ونقص حرمة يترتب على السب، ورّى في نفسه أم لا.

والحاصل: لا يخرج الفعل في مثل هذه الموارد بالتوريه عن عنوان الحرام؛ لتجب التوريه ولا يكون معها من الإكراه على الحرام، وكذا لا يمكن المساعدة على استظهاره رحمه الله عدم اعتبار العجز عن التفصّي بغير التوريه أيضا من روايه عبدالله بن سنان(1)، وذلك فإنه مع الإغماض عن سندها أن الإكراه فيها لا يكون بمعنى الإكراه الوارد في حديث الرفع ونحوه مما يكون طريانه موجبا لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهدا؛ لعدم اعتبار التفصّي فإن الأم والأب لا يكون في مخالفتهم خوف الضرر عادة؛ ولذا جعل طلبهم مقابلاً لأمر السلطان، وعبر عنه بالإجبار باعتبار ترتب خوف الضرر على مخالفته.

وبتعبير آخر: إطلاق الإكراه على طلب الزوجه والأم والأب ضرب من العنايه والتجوز.

وما ذكر رحمه الله أخيرا من صدق الإكراه حتى مع التمكّن على التوريه وعدم صدقه مع التمكّن على التفصّي بغيرها غير صحيح، فإنه يعتبر في صدق الإكراه خوف المكره بالفتح من المخالفه، وهذا لا يكون إلا مع احتمال اطلّاع المكره بالكسر على حاله، وإذا علم عدم إمكان اطلّاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر

ص: ٢٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ : ٢٣٥ ، الباب ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث ١ .

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز [١] عن التفصّي إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه، وأمّا الإكراه الرّافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النّفس بالمعامله.

وقد يتحقّق مع إمكان التفصّي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعباده أو مطالعته، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كارّة للخروج عن ذلك المكان. لكن لو

الشرح:

المصحح لصدق الإكراه؟

ولو كان الميزان في صدق الإكراه مجرد القضيّه الشرطيّه المزبوره فلازمها جواز شرب الخمر مثلاً فيما إذا أمر الجائر بشربها مع تمكن المأمور بصحبها في الأرض أو خارج النّم وإيهاّم الجائر بأنه يشربها، فإن هذا الفعل نظير التوريه في أنه لو اطّلع الجائر عليه لأوقعه في الضرر.

فتحصل من جميع ما ذكرنا إلى الآن: أنه لا فرق بين الإكراه الرافع للتكليف والرافع للوضع في أنه مع إمكان التفصّي بالتوريه أو غيرها لا يكون إكراه ليقال بأنه يقتضى رفع التكليف أو الوضع.

[١] وحاصله أن ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصّي بغير التوريه يختص بالإكراه المسوّغ للمحرّمات، وأمّا الإكراه في المعاملات فيشمل موارد إمكان التفصّي، سواء كان بالتوريه أو غيرها، وذلك فإن الملاك في فسادها فقد طيب النفس وربما لا يطيب النفس بالمعامله مع إمكان التفصّي، كما إذا كان قاعداً في مكان خالٍ عن معاونيه، متفرّغاً بنفسه للعباده ونحوها فجاءه، من أكرهه على بيع شيء من أمواله وهو مع عدم خروجه من ذلك المكان غير قادر على دفع ضرره، ولكن لو خرج وأخبر الحال بمعاونيه وخدمه فهم يدفعون شر المكروه ولكن لا يريد الخروج لئلا تزول الخلوه مع

خرج كان له فى الخارج نخدم يكفونه شر المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشىء، بخلاف من كان خدمه حاضرین عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر نخدمه بدفعه وطرده، فإن هذا لا يتحقق فى حقه الإكراه، ويكذب لو ادعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهه الخروج عن ذلك المنزل. ولو فرض فى ذلك المثال إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل.

وقد تقدم الفرق بين الجبر والإكراه فى روايه ابن سنان. فالإكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور فى الزوايه، والزافع لأثر المعاملات هو: الإكراه الذى ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأه.

الشرح:

ربه، فالظاهر صدق الإكراه على بيعه، بمعنى عدم طيب نفسه، بخلاف من كان خدمه حاضرین عنده وتوقف دفع شر المكره على أمرهم بدفعه فلم يأمرهم، فإن هذا لا يتحقق فى حقه الإكراه، بمعنى عدم طيب النفس؛ ولذا يكذب لو ادعاه، بخلاف المثال الأول فإنه يصدق فيه.

هذا فى الإكراه على المعاملات، وأما المحرمات فإنه لا يحل الحرام لا فى المثال الثانى ولا فى المثال الأول، فإن الإكراه على الحرام لا يتحقق إلا إذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بأن كان المكلف مضطرا إلى ارتكابه فىكون الفرق بين الإكراه على الحرام والاضطرار إليه الوارد كل منهما فى حديث الرفع، هو أن الإكراه على الحرام هو الاضطرار إليه من جهة أمر الغير به والاضطرار إليه هو الاضطرار، لا من جهة أمر الغير، بل من جهة الجوع والعطش ونحوهما.

والحاصل: أن الإكراه على المحرمات أخص من الإكراه على المعاملات، حيث قد لا يعد الإكراه على المعامله كما فى مورد إمكان التفصي بغير التوربه، إكراهها فى

ص: ٢٤٤

والمعيار فيه: عدم طيب النَّفس فيها، لا الضرورة والإلجاء وإن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه، ولذا يحمل الإكراه في حديث الرُّفَع عليه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض.

لكن الدَّاعِي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنَّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النَّفس، حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى: «تَجَارَةً عَن تَرَاضٍ»، و «لا- يحل مال امرئٍ مسلم إلا- عن طيب نفسه»، وعموم اعتبار الإبراده في صحَّه الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طَلَّق للمداراه مع عياله.

الشرح:

المحرمات، ولو لوحظ مناط جواز ارتكاب الحرام عند الإكراه عليه وهو توقف دفع الضرر على ارتكابه ومناط فساد المعامله عند الإكراه وهو فقد طيب النفس بها لكانت النسبه بين المناطين بحسب الاجتماع والافتراق العموم من وجه، فمورد اجتماعهما الإكراه على المعامله أو الحرام مع العجز عن التفصى عنهما، ومورد تحقق الإكراهى المعاملى فقط هو فرض الإكراه على المعامله أو الحرام مع إمكان التفصى عنهما، فإنه يحصل الإكراه بالإضافة إلى المعامله ولا يحصل بالإضافة إلى الحرام. ومورد حصول مناط الإكراه على الحرام فقط دون المعامله ما إذا توقف دفع الضرر إلى ارتكاب الحرام، أو على المعامله كما إذا توقف دفع هلاك نفسه على شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فإنه يحل بذلك، بخلاف ما إذا توقف دفع هلاك نفسه على بيع ماله فإن النفس تطيب بالبيع، كما تقدم فى مسأله توقف علاج مرضه إلى بيع داره.

ثم إنه رحمه الله استشهد على افتراق ملاك الإكراه المجوز للحرام عن ملاك الإكراه الموجب لفساد المعامله بأنه لا إشكال ولا خلاف فى أن الإكراه على أحد الفعلين المفروض حرمه كل منهما يكون موجبا لجواز ارتكاب أحدهما، بمعنى أى منهما اختاره المكلف دفعا لضرر مخالفه الجائر يكون جائزا ومباحا، فالفعل المختار وإن

فقد تلخص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرّافع لأثر الحكم التّكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي. ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما، من دون ملاحظه عنوان الإكراه كانت النسبه بينهما العموم من وجه، لأن المناط في رفع الحكم التّكليفي هو دفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإراده وطيب النفس.

الشرح:

لا يكون بخصوصه مكرها عليه إلا أن ملاك جوازه دفع الضرر لا خصوصيه عنوان الإكراه.

وأما إذا كانا عقدين فأكرهه الجائر على إنشاء أحدهما، كما إذا أمره بطلاق إحدى زوجته، فإنه ربما يستشكل في الحكم ببطان الطلاق باعتبار أن من يختار طلاقها منهما ليس بخصوصه مكرها عليه، بل يكون اختيار طلاقها بإرادته ورضاه؛ ولذا أفتى في «القواعد»^(١) بصحة الطلاق في الفرض وإن حمل بعض الأصحاب^(٢) حكمه بالصحة على ما أكرهه الجائر على طلاق إحدى زوجته مبهمه فطلق إحداها معينه.

وكيف كان، فهذا الكلام يعني تصحيح الطلاق في الفرض وإن كان مخدوشا، بل ممنوعا، إلا أنه شاهد على أن الملاك في الإكراه الموجب لحليه الفعل غير الإكراه الموجب لفساد المعامله، والوجه في منعه أن اختيار إحدى الزوجتين بطلاقها باعتبار أن الطبيعي المكره عليه المفروض هو عدم الرضا وطيب النفس بإنشائه ولا- يكون إلا- في ضمن خصوصيه، واختيار الخصوصيه باعتبار الإ- كراه على الجامع لا- الرضا به، ولو كان اختيار الخصوصيه في مثل المقام موجبا لخروج المقام وخروج المعامله عن الإكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للإكراه، فإن المعامله تكون مقارنه بخصوصيه لم يتعلق بها الإكراه لا محاله.

وعلى ما ذكر يكون اختيار المشتمله على تلك الخصوصيه بالرضا بها فتكون صحيحه.

ص: ٢٤٦

١- (١) القواعد ٢ : ٦٠ .

٢- (٢) نقله المحقق التستري في مقابيس الأنوار : ١١٨ عن بعض الأجله، ولكن لم نتحققه من هو .

ومن هنا لم يتأَمَّل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا- بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم، لأنّ المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين [١]

الشرح:

أقول: قد تقدم عدم الفرق بين الإكراه على الحرام وبين الإكراه على المعاملة في أنه لا يتحقق الإكراه عليهما مع إمكان التفصي بالتوريه أو غيرها، وأن الإكراه الموجب لجواز ارتكاب الحرام والإكراه الموجب لفساد المعاملة أمر واحد، وأما طيب النفس بالمعاملة وعدم طيبها بها بمعناه المعروف غير دخيل في صحه المعاملة وفسادها، وأن المراد بالتراضى في قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) هو التراضى المعاملى من المالكين، فيخرج بالقيّد ما إذا اشترى متاعاً من بائع يبيعه عدواناً وقهراً على مالكة كما في الغاصب، أو من بايع يبيعه من غير إذن مالكة، كما في الفضولى الجاهل والوكيل الخارج عن المقدمار المأذون له في تجارته، وذكرنا احتمال أن يكون «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» خبراً بعد خبر، لا قيّداً للتجاره.

والحاصل: لولا تحقق عنوان الإكراه وصدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام ولا بفساد المعامله المنشاه.

نعم، ذكرنا عند التكلم في جواز الكذب والحلف كاذباً في مورد دفع ضرر الغير به أنه لا يعتبر في جوازهما العجز عن التوريه أو التفصي غيرها، لا لصدق الإكراه والاضطرار إلى الكذب والحلف ليجرى في المقام أيضاً، بل ببعض الروايات الخاصه المقتضيه لعدم اعتبار التفصي في الجواز، فراجع.

[١] ومحضّل كلامه في المقام أن الإكراه على الجامع الذى له أفراد متعدده يعتبر

ص: ٢٤٧

كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الإكراه وإن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه. لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخله طيب النفس في اختيار الخصوصية وإن كان الأقوى وفاقاً لكل من تعرض للمسألة تحقق الإكراه لغه وعرفاً، مع أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

الشرح:

إكراهها على فرده فيما إذا لم تكن في خصوصية ذلك الفرد المختار محذور آخر، وأما إذا كان في خصوصيته محذور كذلك فلا يعتبر الإكراه على الجامع إكراهها على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها.

والسر في ذلك أن تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم والتوبيخ عليها في هذه الصورة، بخلاف صوره عدم المحذور في خصوصية الفرد فلا يستحق الفرد على ذلك توبيخاً ولا ذماً؛ لأن المحذور كان في إيجاد الجامع وقد ارتفع بطرو الإكراه عليه، فإذا أكرهه على شرب الخمر أو الماء فإن اختار شرب الخمر يستحق العقاب فإنه لا ترتفع حرمة بالإكراه المزبور؛ لأن الإكراه في الفرض لم يتعلق بشرب الخمر الذي حرمه الشارع، والجامع بين شربها وشرب الماء الذي تعلق به الإكراه لم يكن مورد التكليف ليرتفع بالإكراه عليه، وكذا الأمر فيما إذا أكرهه على الجامع بين البيع الصحيح والفاسد فإنه إذا اختار البيع الصحيح لا يحكم ببطلانه بحديث رفع الإكراه؛ لأن الإكراه لم يتعلق بخصوصه، بل تعلق بالجامع الذي لا يكون له حكم شرعي ليرتفع بالإكراه.

ص: ٢٤٨

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجى ناش عن إكراه واختيار، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجوده، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً فى أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنه مختار فيه وإن كان مكرهاً فى جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

الشرح:

ومن هنا لو أكرهه على بيع ماله أو أداء دينه مع تمكنه على أدائه فإن اختار البيع صح؛ لأن الإكراه بالإضافة إلى أداء دينه لا أثر له، حيث إنه إكراه بحق ولم يتعلق بخصوص بيع ماله ليحكم ببطلانه.

وذكر رحمه الله فى المثال أنه لو حكم ببطلان البيع فى المثال باعتبار أن الإكراه على الجامع إكراه عليه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما إذا اختار أداء الدين باعتبار أن الإكراه على الجامع إكراه على أداء الدين.

أقول: لا- ملازمه بين الأمرين، فإن الإكراه المزبور حتى مع اعتباره إكراها على أداء الدين، حيث إنه إكراه بحق، لا يعمه حديث الرفع، ثم ذكر أنه لو أكره على بيع ماله أو أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كأداء ذلك المال مكرهاً عليه، فأى منهما اختير لدفع الإكراه كان مورداً لحديث رفع الإكراه، ولو أكرهه على بيع ماله أو شرب الخمر فلا بد من دفع الإكراه بالبيع، فإنه لا محذور فى إيجادها فإنه ليس بمحرم تكليفاً، بخلاف شرب الخمر فإنه محرم، وإذا أنشأ البيع يحكم بفساده، فإن البيع المزبور بالإضافة إلى حكمه الوضعى يعتبر مكرهاً عليه، حيث إنه أنشئ لدفع ضرر الإكراه مع المحذور فى الفرد الآخر.

ص: ٢٤٩

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراهاً، لأنَّ القدر المشترك بين الحقِّ وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً وإلاّ- لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً فإذا اختار البيع صحّ، لأنَّ الخصوصيه غير مكره عليها، والمكره عليه وهو القدر المشترك غير مرتفع الأثر. ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحقّ، الشرح:

أقول: يبقى على المصنف رحمه الله بيان أن الإكراه على الجامع كيف يعتبر إكراهاً على فرده مع تعدده، فإن الإكراه على الجامع في حقيقته أمر بالجامع.

ومن المقرر في محله أن الأمر لا- يسرى من متعلقه إلى غيره، مثلاً- ما يختاره المكلف من صلاه الظهر خارجاً ليس بمتعلق الوجوب وإنما هو مسقط له وإنما يتعلق الوجوب بالطبيعي الجامع، وعلى ذلك فلو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فالجامع بين شرب الماء وشرب الخمر لم يتعلق به التكليف ليرتفع بالإكراه فيبقى شرب الخمر على حرمة، وإذا أكرهه على شرب الخمر أو القمار فالجامع بينهما غير متعلق للحرمة لترتفع بالإكراه، بل المتعلق للحرمة كل من خصوص شرب الخمر والقمار، ولم يتعلق به الإكراه لترتفع حرمة.

فالصحيح أن يقال: إن رفع الإكراه كما ذكرنا سابقاً مقابل وضعه، وفيما إذا كان المكره عليه أحد فعلين كل منهما محكوم بالحرمة، كما إذا أكرهه على شرب أحد الخمرين أو على شرب الخمر وفعل القمار، يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما، كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر أو القمار بوجود السعي الاستغراقي فيكون ما أكرهه عليه موضوعاً. فمقتضى حديث رفع الإكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك، ومقتضى الجمع العرفي بين حديث الرفع(١) وبين خطاب حرمة شرب

ص: ٢٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ، الحديث ١ .

كان إكراهاً، لأنه لا يفعل البيع إلا فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضرر الدنيوى بوعيده.

الشرح:

الخمر (١) أو القمار (٢) كما ذكر بقريته كون مصلحه رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفه الجائر ثبوت الترخيص فى أحد الفعلين، وتعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجود السعى إلا فى مورد الإكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار، فإن الحرمة فى موردته تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه، أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

ويترتب على ذلك أن المكروه عليه لو شربهما دفعه أو شرب الخمر وقامر دفعه فلا- يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه ويستحق على فعل الآخر لا أن الإكراه يتعين فى الوجود الأول بما هو الوجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعه باعتبار أن ارتكابهما دفعه وجود أول للعنوان المكروه عليه.

والحاصل: كما لا- يكون فى الفرض لمتعلق الإكراه فى مرحله تعلقه تعين أصلاً كذلك لا- يكون لمتعلقه فى مرحله موافقته بارتكابهما دفعه تعين.

نعم، قد يتعين فى مرحله الموافقه كما فى ارتكابهما تدريجاً، وفى كلتا الصورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعاً بقريته الجمع بين حديث رفع الإكراه وخطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لأحدهما، لا صرف الوجود مطلقاً ولا التحديد بالوجود الأول.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فإنه لا موجب

ص: ٢٥١

الشرح:

فى الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملا حظّه أن رفع الإكراه ملاكه تخلص المكلف من ضرر مخالفه الجائر، فلا يجرى فيه حديث رفع الإكراه؛ لأنّه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفه الجائر باختياره شرب الماء. وكذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فإن بيع ماله بمعنى إنشائه لا محذور فيه تكليفاً، ويأنشئه يتخلص من ضرر مخالفه المكره، فلا يكون لحديث رفع الإكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر.

نعم، البيع بعد إنشائه محكوم بالفساد؛ لانطباق عنوان الاضطرار عليه، فإن المكلف أنشأه للتخلص من وزر شرب الخمر الذى منع عنه الشرع والضرر الذى لا يمكن الفرار منه إلاّ بإنشائه، وليس نفى صحته برفع الاضطرار منافياً للامتنان كما فى سائر موارد الاضطرار إلى بيع ماله كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا يلزم فى موارد رفع الإكراه أو الاضطرار أن يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعاً أو متعلقاً للحكم فى الخطاب الشرعى؛ ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطرو عنوان الإكراه أو الاضطرار، بل كل ما يكون به وضع الإكراه أو الاضطرار يكون بنفيه رفع الإكراه أو الاضطرار، وأنه إذا أكره على أحد البيعين وكان أحدهما صحيحاً لولا الإكراه دون الآخر فإن اختار الصحيح لدفع الإكراه يحكم بصحته أخذاً بعموم البيع. وبما أن ملاك رفع الإكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر وعيد المكره فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لا مجرى لحديث رفع الإكراه، بخلاف ما إذا أكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوماً بالصحة لولا الإكراه أو شرب أحد الخمرين، فإنه ليس

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفاية^[١] وإيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً.

الشرح:

جواز الارتكاب بشرب أحد الخمرين أو البطلان للاضطرار بالإضافة إلى ما اختاره، فإنه لا فرق في الاضطرار والإكراه في أن متعلقهما في الفرض لا يكون خصوص ما اختاره، فتدبر جيداً.

[١] لا يخفى أن إكراه أحد الشخصين بنحو الواجب الكفائي لا يعتبر إكراها بالإضافة إلى من قد أحرز أن الآخر يأتي بالمكره عليه ولو مع فعله، فإن مع إحرازه ذلك لا يكون ما يأتي به مكرهاً عليه ولو كان عمله قبل الآخر فإنه يعتبر في صدق الإكراه، كما مر خوف ترتب الضرر على مخالفته، ومع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير لا يكون في تركه خوف من الضرر.

وكذا لا يجوز له الإتيان بالعمل فيما أحرز أنه على تقدير تركه يأتي به الآخر؛ لأنه مع الإحراز المزبور يعلم بأنه لا يتوجه إليه ضرر من تركه، وأما إذا لم يحرز ذلك بأن احتمال ترك الآخر حتى على فرض تركه أيضاً يكون فعله مضطراً إليه لا محاله؛ لأن الإتيان به لدفع الضرر المترتب على تركه.

لا يقال: الإكراه على فعله أو فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي، فيجربى عليه سقوط الإكراه بصرف وجود الطبيعي من أيهما أولاً.

فإنه يقال: ذكرنا أنه يعتبر في صدق الإكراه مضافاً إلى الأمر بالطبيعي خوف ترتب الضرر على تركه، ومع إحراز الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير أو على تقدير تركه لا يتحقق الإكراه أو الاضطرار بالإضافة إليه.

ولذا لا يقاس الإكراه في الفرض على الواجب الكفائي فإن المعبر في الواجب

واعلم أنّ الإكراه [١] قد يتعلّق بالمالك والعاقد كما تقدّم، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد كما لو أُكْرِه على التوكيل فى بيع ماله، فإنّ العاقد قاصد مختار والمالك مجبور وهو داخل فى العقد الفضولى بعد ملاحظته عدم تحقّق الوكّاله مع الإكراه. وقد ينعكس كما لو قال «بع مالى أو طلق زوجتى وإلاّ قتلتنك» والأقوى هنا الصّحّه لأنّ العقد هنا من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقداً، والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

الشرح:

الكفائى صرف الوجود من أيهما أولاً، فلا يكون الوجود الثانى مصداقاً للواجب، بخلاف المقام فإن الوجود الأول قد لا يكون مصداقاً للمكره عليه بما هو مكره عليه، كما إذا أحرز أن الآخر يأتى بالعمل المزبور على كل تقدير أو على تقدير تركه حتى فيما إذا سبق الآخر فى العمل. ولو أتى فى الفرض بالعمل أولاً، وأتى الآخر بالفعل ثانياً مع اطلاعه بالحال، لا يكون العمل المزبور مرفوعاً عنهما أصلاً باعتبار عدم صدق الإكراه والاضطرار على فعلهما أصلاً.

[١] أما إكراه المالك دون العاقد، كما إذا أكره المالك على التوكيل بأن يوكل الجائر أو غيره فى بيع داره فوكله، فإن التوكيل باعتبار الإكراه عليه كالعدم فىكون بيعه عن الوكيل المزبور فضولياً، حيث إن الموجب لخروج البيع عن الفضوليه انتسابه إلى الموكل والتوكيل على وجه الإكراه لا يصح الانتساب، كما هو مقتضى رفع الإكراه مقابل وضعه، بل إكراه المالك على التوكيل يوجب كون البيع على تقدير انتسابه إليه مكرهاً عليه.

وأما فرض الإكراه فى حق العاقد دون المالك، كما إذا أكره المالك الآخر على إجراء العقد على ماله، فالظاهر صحه هذا العقد فإن المعتبر من العاقد قصد مضمون

واحتمل فى المسالك عدم الصحه نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: والفرق بينهما أنّ عبارته المجنون مسلوبه

الشرح:

العقد بإنشائه والمفروض حصوله.

وأما عدم الإكراه على المالك ورضاه بالمعامله فالمفروض حصول كل ذلك فى المقام، ونظير ذلك لو وكل الآخر فى طلاق زوجته أو بيع داره وأكره الجائر الوكيل المزبور على العمل بمقتضى التوكيل بإجراء الطلاق أو إنشاء البيع، فالمعتبر من عدم إكراه المالك أو الزوج حاصل.

لا يقال: لا يمكن الحكم بالصحه مع الإكراه على العاقد فى الفرضين، فإن مقتضى حديث رفع الإكراه أن لا يثبت للمعامله أو الإيقاع المزبور أثر.

فإنه يقال: لا تكون المعامله ذات أثر بالإضافه إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافه إليه، بل أثرها المطلوب فى المقام إنما هو بالإضافه إلى المالك أو الزوج والمفروض أن المعامله بالإضافه إليهما ليست بالإكراه، ويؤيد الحكم بالصحه فى الفرضين حكم المشهور بصحته بيع المكره بلحوق الرضا. ووجه التأيد أن لحوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد، وإلا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه، والرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل فى الفرضين من الأول، فيكون الفرضان أولى بالصحه من العقد المكره الذى يلحق به الرضا.

لا- يقال: لا- يمكن فى الفرضين الحكم بتمام المعامله أو الطلاق فإن العاقد والمنشئ مكره فيهما ولا يمكن للمالك أو الزوج إحراز أن العاقد قد قصد إنشاء المعامله أو الطلاق، فإنه من المحتمل أن لا يقصدهما بأن يتلفظ بالإيجاب والقبول أو بصيغته الطلاق بلا قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر.

فإنه يقال: فرض عدم قصد العاقد أو احتماله خارج عن مورد الكلام فإن الكلام

بخلاف المكره، فإن عبارته مسلوبه لعارضٍ تخلف القصد [١] فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه الأمور، انتهى.

وهو حسن. وقال أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً: من تحقق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارته المباشر، انتهى.

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

وفيه: ما سيجيء من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه. ومما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر، وهو النقل والانتقال، وأما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به، لأن ما مضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ولا ينقلب.

الشرح:

أنه لا يمنع صدور العقد عن العاقد إكراهه عن صحته مع رضا المالك به وعدم إكراهه عليه، وأما احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد العاقد فهو فرض آخر يمكن إحراز قصده بأصالة القصد، فإن بناء العقلاء على أصالة القصد في كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت ولا يختص اعتبارها بصوره عدم الإكراه؛ ولذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الإيجاب والقبول، ولولم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعها كما لا يخفى.

[١] المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسره رحمه الله بذلك عند التعرض لقوله من أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، والمراد أن الفرق بين عبارته المجنون والمكره بالفتح ظاهر، فإن عبارته المجنون لا تكون إنشاءً؛ لأنه يتكلم لغواً،

نعم، ربّما يستشكل هنا فى الحكم المذكور: بأنّ القصد إلى المعنى ولو على وجه الإكراه شرط فى الاعتناء بعباره العقد، ولا يعرف إلاّ من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد فى أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها. اللهم إلاّ أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزّياً ولو كان مكرهاً، مع أنّه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

فروع

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة إشكال.

أقول: أمّا بيع العبيد، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثّانى [١] مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين سواء ادعى العكس أم لا، ولو باعهما دفعه احتمال صحّحه الجميع لأنّه خلاف المكره عليه، والظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراه وبطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، ولا- ترجيح والأوّل أقوى. ولو أكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعه، فالأقوى الصّحّه فى غير ما أكره عليه.

الشرح:

بخلاف المكره فان عبارته إنشاء ولكن لا- يكون مختاراً فى الإنشاء، والاختيار غير معتبر فى العاقد، بل يعتبر فى المالك وهو حاصل فى الفرض كما لا يخفى.

[١] فيحكم ببطلان الأوّل فقط فيما إذا كان ذلك البيع لدفع الضرر عن المكره بالكسر، وفى غير ذلك يحكم بصحّه كلا البيعين على الأصح.

وبيان ذلك أنّه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فإن باع أحدهما للتخلص الضرر من وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحّته؛ لأنّ إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك، فحديث نفي الإكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل

البيع بالإضافه إليه. ولو باعه لقصده إلى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته؛ لأن الإكراه على البيع إنما يكون رافعا لحكمه وموجبا لبطلانه فيما إذا كان إنشأؤه بالإكراه على المالك لا بإرادته المالك وقصده إليه، مع قطع النظر عن الإكراه. فإذا كان المالك بصدد بيع ماله وصادف ذلك أمر الجائر به، فهذا الأمر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور؛ لأن حديث رفع الإكراه وما هو بمضمونه مقتضاه أنّ الرفع للامتنان ولا امتنان في عدم إمضاء الشارع معاملة يريد المالك، مع قطع النظر عن أمر الجائر بها.

ففي الفرض لو باع أحد العبدین أولاً لقصده إلى بيعه ثم باع الثاني يحكم بصحة كلا البيعين؛ أما البيع الأول فلما تقدم، وأما الثاني باعتبار عدم الإكراه عليه، فإن الإكراه يبيع أحدهما قد سقط بتحقيق البيع الأول فلا يكون للجائر أمر به.

وقد تقدم أن الأمر مقوم لعنوان الإكراه، فما ذكره المصنف رحمه الله من احتمال الرجوع إلى المالك في تعيين المكروه عليه ضعيف جدا.

وحاصله: أن مع وقوع بيعهما دفعةً يكون الواقع خارجا خلافاً للمكروه عليه، حيث إن المكروه عليه كان يبيع أحدهما لا- بيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك ورضاه، ويحتمل بطلان البيع بالإضافه إلى الجميع؛ لأن البيع بالإضافه إلى كل من المالكين لا يمكن صحته؛ لوقوع الإكراه على أحدهما، وبما أنه لا معين للباطل فيكون ترجيح أحدهما بالحكم بصحته بلا مرجح.

أقول: إذا كان ذلك في الموارد التي لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما في ملكه وبيع الآخر لكون ذلك ضررا أو حرجا عليه، كما في الحيوان وولده أو كأحد مصراعي الباب، فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أن الحكم ببطلان بيع أحدهما مقتضى رفع

الشرح:

الإكراه، والحكم بطلان الآخر مقتضى رفع الإضطرار إليه؛ لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج، بل يمكن أن يقال: إن الإكراه على بيع أحدهما في الفرض يعتبر إكراها على بيع الآخر أيضا وإن كان بيعهما لمجرد التخلص عن ضرر وعيد المكره باعتبار أن مع بيعهما أيضا لا يتوجه إليه ضرر وعيده، فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معا؛ لأن الحكم بصحتهما كذلك وضع للإكراه على المالك.

وأما بالإضافه إلى صحة أحدهما فربما يقال: إنها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم بين حديث رفع الإكراه، نظير ما تقدم في الإكراه على شرب أحد الخمرين، فيرجع في تعيين بيع الصحيح إلى القرعه؛ لأنها لكل أمر مجهول أو مشكل، وتمييز الصحيح عن الفاسد في المقام كذلك.

ولا يعتبر في مورد القرعه أن يكون للمجهول أو المشكل تعين واقعي، كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التي حكم الأصحاب فيها بالقرعه، كما إذا كان له زوجات ثلاث وتزوج بامرأتين أخريين؛ أحدهما مباشره والأخرى بتزويج وكيله وكان التزويجان في زمان واحد فإنه ذكر جماعه أنه يرجع في تعيين الرابعه إلى القرعه.

بل ذكر السيد الخوئي (1) (طاب ثراه) أنه في المقام لا- حاجه إلى القرعه، بل تعيين المبيع يكون بتخيير المالك وتعيينه، فإن المورد من موارد البيع الكلي في المعين؛ لأن البيع بالإضافه إلى ما تطيب نفس المالك به من الكلي في المعين فيعين بتعيينه.

أقول: الصحيح الحكم بالبطلان بالإضافه إلى بيع كل من العبدین، فإنّ عموم حلّ البيع لا يمكن الأخذ به بالإضافه إلى بيع كل منهما فإنه مقتضى وضع الإكراه وشموله

وأما مسأله النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال فى وقوعه مكرهاً عليه، وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً لكن فى سماع دعوى البائع [١] ذلك مع عدم الأمارات نظر.

الشرح:

لأحدهما المعين بلا- مرجح، وبيع أحدهما بنحو الكلى فى المعين غير منشأ؛ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع وحديث رفع الإكراه إمضاءه، ومجرد طيب نفس المالك ببيع أحدهما كذلك لا يصح إنشاءه.

وبهذا يفرق مسأله شرب الخمرين دفعه مع الإكراه على شرب أحدهما عن بيع العبدین مع الإكراه على بيع أحدهما.

وأما الرجوع إلى القرعه فمرجهه إلى أن الإخراج بالقرعه معين؛ لما يعمه عموم حل البيع بعد الإخراج، وهذا لا يستفاد من عمومات الرجوع إلى القرعه فى كل مجهول أو مشكل، بل يحتاج إلى النص فى الموارد، كبعض موارد الرجوع إليها فإن قبل الإخراج لا يعم حل البيع شيئاً من البيعين ليكون ذلك المشمول داخلاً فى عنوان المجهول والمشتبه، فإن شموله لأحدهما معينا ترجيح بلا- مرجح. وأما بيع المردد الخارجى فلأن المردد الخارجى غير موجود أصلاً ليصح بيعه، وأما بنحو الكلى فى المعين فلأن بيعه غير منشأ.

ولذا ذكروا أنه لو تزوج بالأم وبتتها بعقد واحد بطل النكاح بالإضافة إلى كل منهما، فراجع.

[١] لا يبعد كون الإكراه المزبور أماره على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض أن متعلق الإكراه يعم بيع كل نصف فى بيع مستقل، كما هو ظاهر بيع الشيء بالإضافة إلى بيع أجزائه المشاعه.

بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق، انتهى.

ونحوه في المسالك بزياده احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ ومجرد التيه لا حكم لها، وحكى عن سبطه في نهايه المرام أنه نقله قولاً [١] [واستدل الشرح:

ونظير المقام ما إذا أكرهه على بيع داره وطلاق زوجته وباع الدار فقط، برجاء اقتصار الجائر به في رفع يده عن إضراره.

[١] يعنى: نقل عدم وقوع الطلاق في الفرض قولاً، واستدل على القول المزبور بعموم رفع الإكراه والإجماع، وذكر بعض الأجله وهو كاشف اللثام أن الزوج إذا كان ملتفتاً إلى أنه لا يلزم عليه إنشاء الطلاق وأنه يمكن له الاكتفاء بالتلفظ بصيغته فقط ومع ذلك أنشأه، فيمكن الحكم بصحته. وأما إذا لم يلتفت إلى ذلك، سواء اعتقد لزوم الإنشاء أو احتمله يكون الطلاق المزبور مكرهاً عليه فيبطل.

وذكر صاحب «الجواهر» رحمه الله (١) أن حكم العلامة بصحة الطلاق فيما إذا نواه المكره بالفتح مبنى على أن المكره بالفتح لا يقصد الإنشاء، وأنه لا يتلفظ إلا بالألفاظ المجردة عن الاستعمال، وإذا استعملها في إنشاء الطلاق فالأقرب صحته، ولكن المبنى غير صحيح، وأن المكره كالمختار يستعمل الألفاظ في الإنشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً.

وذكر المصنف رحمه الله في توضيح الفرع المزبور سته فروض:

الأول: أن لا يكون الإكراه دخيلاً في طلاق زوجته، لا بنحو الداعى المستقل ولا منضمماً إلى غيره من الدواعى، ولا ريب في الفرض في صحة الطلاق ولا يكون

ص: ٢٤١

عليه بعموم ما دلّ من النصّ والإجماع على بطلان عقد المكره والإكراه يتحقّق هنا، إذ المفروض أنّه لولا ما فعله ثم قال: والمسألة محلّ إشكال، انتهى.

وعن بعض الأجلّة: أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلاّ اللفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهه في عدم الإكراه وإنّما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك، سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يردّه المكره، أم لا، انتهى.

ثمّ إنّ بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك، وبناه على أنّ المكره لا يقصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

الشرح:

الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض.

الثاني: أن يكون الإكراه دخيلاً في الطلاق المزبور ولكن منضمّاً إلى غيره، بأن يكون المجموع من الإكراه وغيره من حيث المجموع داعياً.

وجعل رحمه الله هذا الفرض كأول في الحكم بصحة الطلاق.

أقول: لا يبعد شمول حديث رفع الإكراه على الطلاق في الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث إن المفروض عدم وقوعه لولا الإكراه.

الثالث: أن يكون قصد الطلاق والداعي إليه دفع الضرر المتوجه إلى المكره بالكسر كما إذا قال الولد لوالده: طلق زوجتك وإلاّ قتلتك أو قتلت نفسي، مع إحراز الوالد أن الولد لا يتمكن على قتله، بل يقتل نفسه أو يقتل شخصاً آخر عند إرادته قتل والده.

الرابع: كون الداعي إلى الطلاق شفقته المكره بالفتح على المكره بالكسر أو على الزوجه التي يطلقها من جهه وقوعهما في معصية الزنا، واستشكل رحمه الله في الحكم

ص: ٢٤٢

وفيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا مراداً من قولهم: إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ، ولذا شرّك الشهيد الثانى بين المكره والفضولى فى ذلك كما عرفت سابقاً، فبناء هذا الحكم فى هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً.

وكذا ما تقدّم عن بعض الأجله: من أنه إن علم بكفايه مجرد اللفظ المجرد عن النيه فنوى اختياراً صحّ، لأن مرجع ذلك إلى وجوب التوريه على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التخلّص بالتوريه وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، وقد عرفت أنّ ظاهر الأدله والأخبار الوارده فى طلاق المكره وعتقه: عدم اعتبار العجز عن التوريه.

وتوضيح الأقسام المتصوّره فى الفرع المذكور: أنّ الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إمّا أن لا يكون له دخل فى الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعى إليه هو الإكراه، لبنائه على تحمّل الضرر المتوقع به، ولا يخفى بدهاه وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلا معنى لجعله فى التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الشرح:

بصحّه الطلاق فى الفرض وسابقه من جهه طيب النفس فيهما وعدمه، ولكن الأظهر الحكم بالصحه؛ لعدم كون الإكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره بالفتح .

نعم، فى مثل المتالين مما يعد الضرر على الولد أو على الزوجه ضرراً على الوالد والزوج يتحقق عنوان الإكراه، ولو قال الأجنبى: طلق زوجتك وإلا قتلت نفسى، فلا يعد هذا إكراها، بل لا يجب الطلاق حفظاً لحياته.

الخامس: إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه على الطلاق؛ لتخيله أن الخلاص من ضرر المكره بالكسر لا يكون إلا بإنشاء الطلاق، فيطلق كطلاق المختار.

الوقوع فى المسالك، وجعله قولاً فى نهايه المرام واستشكاله فيه، لعموم النص والإجماع. وكذا لا ينبغي التأمل فى وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً فى داعى الوقوع، بل هو بضميمه شىء اختياري للفاعل. وإن كان الداعى هو الإكراه، فإما أن يكون الفعل لا- من جهه التخلص عن الضرر المتوعد به، بل من جهه دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده: «طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسى» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده، أو كان الداعى على الفعل شفقه ديتيه على المكره بالكسر أو على المطلقه، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجه لئلا يقع الناس فى محرم.

والحكم فى الصورتين لا- يخلو عن إشكال. وإن كان الفعل لداعى التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا- يتحقق إلا- بإيقاع الطلاق حقيقه، لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول بينونه، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجه والإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

الشرح:

السادس: ما إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه عليه؛ لاعتقاده حصول الطلاق شرعا حتى فى موارد الإكراه عليه، واستشكل فى الحكم فى الفرض وسابقه ولكن مع ترجيح وقوع الإكراه.

أقول: لا- ينبغي الريب فى حصول الإكراه فيهما؛ لأن الموجب لحصوله كما تقدم ليس فقط الرضا وطيب النفس، بل باعتبار حصول المعامله بداعى الخوف عن مخالفه أمر الجائر، وهذا حاصل فى الفرضين كما لا يخفى.

ص: ٢٤٤

وقد يكون هذا التوطين والإعراض من جهه جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى مذهب بعض العامه فرعم أنّ الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه، لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع السينونه يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام. والحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أنّ تحقّق الإكراه أقرب.

ثمّ المشهور بين المتأخّرين: أنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أنّ عليه اتّفاقهم، لأنّه عقد حقيقى، فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع، وهو طيب النفس.

ودعوى اعتبار مقارنه طيب النفس للعقد، خاليه عن الشاهد، مدفوعه بالإطلاقات. وأضعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد [١] اللّازم منه عدم كون عقد الفضولى عقداً حقيقه وأضعف من الكلّ [٢] دعوى اعتبار طيب نفس العاقد

الشرح:

[١] يعنى: دعوى اعتبار مقارنه طيب النفس من مالك المال فى تحقّق عنوان العقد، ولازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولى عقداً فإنه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارناً لإنشاء العقد.

[٢] يعنى: الأضعف من دعوى مقارنه طيب نفس المالك فى صحه العقد، ومن اعتبار مقارنه نفس المالك فى تحقّق عنوان العقد اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده، ولازم ذلك أن لا يكون بيع المكره بحقّ بيعاً حقيقه، بل بيعاً تعدياً، أى صورته بيع يكون موضوعاً لأكل ماله وتملكه لا- لتأثيره فى النقل والانتقال كسائر العقود والبيوع. والوجه فى كونها أضعف أنه لا موجب لاعتبار طيب نفس العاقد فى صحه العقد، فإنّ الدليل إنّما اعتبر الرضا وطيب نفس المالك لا طيب نفس الأجنبى الذى

فى تأثير عقده اللآزم منه عدم صحه بيع المكره بحق، وكون إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه.

ويؤيده: فحوى صحه عقد الفضولى [١] حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منشئ للنقل بكلامه، وإمضاء إنشاء الغير ليس إلا- طيب النفس بمضمونه، وليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد.

وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقى.

الشرح:

صدر منه العقد.

[١] يعنى: يؤيد الحكم بالصحه فى المقام فحوى الحكم بصحه عقد الفضولى بإجازة المالك، ووجه التأييد بالفحوى أن قصور عقد الفضولى فى جهتين؛ عدم استناد العقد الواقع إلى المالك، وعدم طيب نفسه بمضمونه، والقصور فى عقد المكره يكون فى جهه واحده وهى عدم طيب نفس المالك بمضمون العقد، وأما استناد العقد إلى المالك فهو موجود من الأول بإنشاء المالك البيع ولو مكرها. وإذا كانت الإجازة يتدارك بها الجهتان فى عقد الفضولى فالجهه الواحده فى العقد المكره أولى بالتدارك بها، وإجازة المالك فى عقد الفضولى لا تكون عقداً جديداً، بل هى إمضاء ورضاء بمضمون العقد الواقع سابقاً، وهذا حاصل فى إجازة المالك، بل لو كانت عقداً جديداً جرى مثله فى إجازة العقد من المكره كما لا يخفى.

هذا، ويستدل على عدم كفايه لحوق رضا المالك المكره بوجهين آخرين أشار إليهما المصنف رحمه الله :

الأول: دعوى اعتبار صدور العقد عن رضا المالك، كما هو ظاهر قوله تعالى: «لأ

وتوهم: أنّ عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه .

مدفوع: بالقطع بأنّ طيب النفس لا أثر له، لا فى صدق العقديه، إذ يكفى فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا فى النقل والانتقال، لعدم مدخله غير المالك فيه.

نعم، لو صحّ ما ذكر سابقاً: من توهم أنّ المكره لا- قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، وأنّه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصيوت كما صرح به بعض صحّ أنّه لا- يجدى تعقب الرضا، إذ لا- عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى، فراجع.

الشرح:

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ^(١)، وإجازة المالك المكره لا يوجب انقلاب العقد إلى كونه عن تراض.

والجواب عن ذلك: أنه لا ظهور للآيه فى ذلك، فإنّ الاستظهار منها إن كان بلحاظ الحصر فيها، يعنى حصر جواز تملك مال الغير بالتجاره الصادره عن رضاه، فهذا الحصر لا يستفاد منها؛ لأنّ الاستثناء فى الآيه منقطع، حيث إنّ النهى عن أكل مال الغير وتملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجه عند العقلاء ومنها التجاره عن تراض؛ ليكون النهى عن التملك بالباطل مع استثناء أحدها إدراجاً لباقيها فى النهى فى المستثنى منه، بل حمل الآيه على الحصر يوجب تخصيص الأ-كثر، فإنّ التجاره هو البيع والشراء بقصد حصول الربح وانحصار سبب تملك مال الغير بها، فضلاً عن انحصاره بما إذا كان صدورها برضا المالك، غير محتمل، حيث إنّ أسباب التملك عند العقلاء والشرع كثيره.

ص: ٢٦٧

١- (١) سورة النساء: الآيه ٢٩ .

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمّل في المسأله كما عن الكفايه ومجمع الفائده تبعاً للمحقّق الثّاني في جامع المقاصد . وإن انتصر لهم بعض من تأخّر عنهم بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» الدالّ على اعتبار كون العقد عن التّراضى مضافاً إلى النّبويّ المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه، مؤيِّداً بالتّقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا. والكلّ كما ترى، لأنّ دلالة الآيه على اعتبار وقوع العقد عن التّراضى إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، ومفهوم الوصف على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في «رَبَائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ».

الشرح:

والحاصل: أنّ المستفاد من الآيه حكمان؛ عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التي تكون في بناء العقلاء من الأكل بالباطل، وجواز التملك بالتجاره عن تراض، وأما سائر المعاملات، ومنها التجاره مع لحوق التراضى بها، فلم تعرض الآيه لها نفياً ولا إثباتاً. وأما احتمال اتصال الاستثناء في الآيه بدعوى أنّ المنهى عنه هو مطلق أكل المال والمراد بالباطل هو الباطل الشرعي فتكون التجاره عن تراض خارجة عن الأكل، فإنه لولا إخراجها لدخلت فيه، والمعنى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ» فإنّ أكلها باطل شرعاً، إلاّ أن يكون الأكل تجاره عن تراض، كما عن السيد اليزدي وتبعه السيد الخوئي^(١) (طاب ثراه)، لا يمكن مساعدته عليه. فإن الباطل قيد للأكل، كما هو مقتضى دخول الجار عليه وتعلقه بالأكل، وليس حكماً على الأكل، ولو كان المراد بالباطل مع كونه قيدياً للأكل، الباطل الشرعي، لكان الكلام لغواً، بخلاف إرادته الباطل في اعتبار

ص: ٢٦٨

١- (١) محاضرات في الفقه الجعفري : ٣١٩ .

ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه، وسيجيء زياده توضيح لعدم دلالة الآيه على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى.

وأما حديث الرّفْع، ففيه: أوّلاً: أنّ المرفوع فيه هى المؤاخذه والأحكام المتضمّنه لمؤاخذه المكره وإلزامه بشيء، والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقّ له لا عليه.

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا إلزام لغيره، والحديث لا يرفع المؤاخذه والإلزام عن غير المكره كما تقدّم.

وأما إلزامه بعد طول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقّق على وجه الإكراه. ثمّ إنّ ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

الشرح:

العرف والعقلاء فإنّه مدلوله بمقتضى كون النهى عن المعامله إرشاداً إلى فسادها أن أكل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء واعتبار العرف باطل عند الشرع أيضاً فلا يدخل فيه تجاره عن تراض، فيكون الاستثناء منقطعاً لا محاله. وإن كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف، يعنى تقييد تجاره بكونها عن تراض، فلا دلالة للوصف على ذلك، فإن المراد من تجاره تجاره المالك وتجارته تكون غالباً برضاه، والوصف فى مثل ذلك من موارد الإتيان به لرعايه الغلبه لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق أو العموم المقتضى لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضاً.

والحاصل: القيد المزبور ولا يكون موجباً لرفع اليد عن إطلاق: «أحلّ الله البيع» (١)، وعموم: «أوفوا بالعقود» (٢)، بل مقتضى مفهوم الوصف أن لا تكون التجاره

ص: ٢٦٩

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

وثانياً: أنه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعّل المكره عليه لولا-الإ-كراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأنّ أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه، السببىه المستقله لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنّ جزء العلّه التامه للملكيه، لم يكن ثابتاً للفعّل مع قطع النظر عن الإ-كراه ليرتفع به، إذ المفروض أنّ الجزئيه ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

الشرح:

على إطلاقها موجه لجواز التملك، وأما كونها موجه له مع القيد الآخر ولحقوق الإجازة بها مثلاً فلا- ينافية الوصف على ما ذكرناه فى بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثانى: فى الاستدلال على بطلان عقد المكره رأساً وعدم كونه قابلاً للحقوق الإجازة حديث رفع الإكراه، فإن مقتضاه عدم ترتب أثر، على المعامله المكره عليها من حصول الملك ولو بعد لحوق الرضا وإجازة المالك.

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك أولاً: بأن كون الإ-كراه رافعاً معناه عدم ترتب الأحكام الإلزاميه والمؤاخذة على الفعل المكره عليه الثابته له لولا-الإ-كراه، وكون المعامله المكره عليها بحيث يحصل بها الملك بإجازة المالك، ليس من إزام المكره بالفتح ومؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له. وإزامه بإلغاء المعامله أو إجازتها من تأخيرته وتهاونه فى اختيار أحدهما، ليس إزاماً عليه مترتباً على المعامله المكره عليها لولا الإكراه؛ ليرتفع بحديث الرفع، بل هو أثر ثبوت الحق، وقد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع.

لا يقال: المعامله المزبوره موضوع لأثر إزامى بالإضافة إلى الطرف الآخر، فإنه

ص: ٢٧٠

وبعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه.

لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكومه الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقه بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصاله الفساد.

وبعبارة أخرى: أدله صحة البيع تدلّ على سببه مستقله، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعمّ من السببه المستقله كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع.

الشرح:

لو أكره على بيع داره وباعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلاً للحقوق الإجازة لازم من ناحيه المشتري، كما هو مقتضى قوله عز من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، الجارى فى حقّ المشتري المزبور، حيث يجب عليه الوفاء به لتمام العقد من ناحيته، فيكون مقتضى حديث الرفع عدم ترتب الإلزام.

فإنه يقال: نعم الوفاء بالعقد لازم على المشتري حتى يرضى المكره بالفتح أو يفسخ، إلا أنّ حديث رفع الإكراه^(٢) لا يرفع هذا الإلزام، فإن مقتضاه رفع الإلزام عن المكره لا رفعه عن طرفه المختار، كالمشتري فى المثال.

وأجاب ثانياً بما ذكر فى بحث البراءة من الأصول: أنّ الحديث المزبور إنما يوجب ارتفاع الآثار المجعوله للأفعال مع قطع النظر عن العناوين الرافعه، وأما الآثار

ص: ٢٧١

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩ ، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْإِطْلَاقَاتِ [١] الْمَفِيدَةَ لِلْسَّبَبِ الْمَسْتَقْلَةَ مَقِيدَهُ بِحُكْمِ الْأَدْلَةِ الْأَرْبَعَةِ الْمَقْتَضِيَةِ لِحُرْمَةِ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ وَمَعَ عَدَمِ طَيْبِ النَّفْسِ بِالْبَيْعِ الْمَرْضِيِّ بِهِ، سَبَقَهُ الرِّضَا أَوْ لِحَقِّهِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا حُكْمَ لَلْحَدِيثِ عَلَيْهَا، إِذْ بَيْعُ الْمَرْضِيِّ بِهِ سَابِقًا لَا يَعْقِلُ عَرُوضَ الْإِكْرَاهِ لَهُ.

وَأَمَّا الْمَرْضِيُّ بِهِ بِالرِّضَا اللَّاحِقِ، فَإِنَّمَا يَعْرِضُهُ الْإِكْرَاهُ مِنْ حَيْثُ ذَاتُ الْمَوْصُوفِ، وَهُوَ أَصْلُ الْبَيْعِ، وَلَا نَقُولُ بِتَأْثِيرِهِ، بَلْ مَقْتَضَى الْأَدْلَةَ الْأَرْبَعَةَ مَدْخَلِيَّةِ الرِّضَا فِي تَأْثِيرِهِ وَوُجُوبِ الْوَفَاءِ بِهِ.

الشرح:

الثابتة لها بتلك العناوين فلا يقتضى ارتفاعها، فإن تلك العناوين موجهة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، والسبب الناقصه، يعنى حصول الملك بها بإجازة المالك، أثر للمعامله بوصف كونها مكره عليها فلا يرتفع.

[١] مراده أنه يمكن أن يقال: إنه لا- مجرى لحديث الرفع (١) فى بيع المكره، ولا- يكون الحكم ببطلانه مبنياً على رفع الإكراه، وذلك فإن مثل قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل والانتقال، مقيداً بالأدلة الأربعة الداله على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، وحرمة أكلها مع عدم التراضى بالبيع المرضي به سابقاً أو لاحقاً، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقاً أو لاحقاً. ومن الظاهر أن البيع كذلك لا يتعلق به الإكراه لينتفى الحل بطريانه، أما عدم إمكان تعلق الإكراه بالبيع المرضي به سابقاً فظاهر، وأما المرضي به لاحقاً فإن الإكراه يتعلق بنفس البيع لا بالرضا اللاحق، والمفروض أن نفس البيع لا يكون سبباً تاماً للنقل والانتقال.

ص: ٢٧٢

١- (١) مَرَّ سَابِقًا.

٢- (٢) سوره البقره : الآيه ٢٧٥ .

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجعول لا يرتفع بالإكراه، لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدله الإكراه كما ترفع السببه المستقله التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع الشرح:

والحاصل: بعد فرض الرضا بالبيع سابقاً أو لاحقاً يعمه قوله سبحانه: «أحلَّ اللهُ البيع»، وبما أن المركب إذا كان موضوعاً للنقل والانتقال تكون بعض أجزائه سبباً ناقصاً فهذه السببه الناقصه لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونه مكروهاً عليه.

ثم إنه لا يفرق في عدم كون نفس البيع سبباً مستقلاً بين الالتزام بكون الرضا اللاحق ناقلاً أو كاشفاً، فإن عدم كون نفس البيع سبباً تاماً للنقل والانتقال على القول بالنقل ظاهر، وكذا على الكشف فإنه بناءً عليه يكون السبب التام هو البيع بوصف تعقبه بالرضا، فالإكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا.

أقول: ما ذكر رحمه الله من عدم جريان حديث رفع الإكراه في بيع المكروه مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي وطيب النفس في صحه البيع، فإن بيع المكروه بناءً عليه من الأول غير داخل في موضوع حل البيع؛ إذ الموضوع لحله البيع بتراضى المالك وطيب نفسه، وهذا الموضوع يتم بعد إجازة المالك ورضاه فيعمه عموم الحل. وما ذكر رحمه الله من أن السببه الناقصه موضوعها البيع بوصف كونه مكروهاً عليه غير صحيح على مسلكه، فإن تلك السببه ثابتة لنفس البيع فالصحيح على ذلك المسلك في عدم ارتفاع هذه السببه بحديث رفع الإكراه (1) هو القول بأنها ليست أثراً شرعياً قابلاً للرفع، بل هي حكم قهري يحصل بجعل السببه التامه للكل الذي لا يعمه حديث رفع الإكراه.

ص: ٢٧٣

١- (١) مرّ سابقاً.

مطلق الأثر عن العقد المُكره عليه، لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرّضا الأعمّ من اللاحق، وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرّضا ناقلاً- أو كاشفاً، إذ على الأوّل يكون تمام المؤثر نفسه، وعلى الثّاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرّضا.

الشرح:

ولكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، وأنّ المعتبر في المعاملات وهو التراضي المعاملي الحاصل بإنشاء المالك موجود في بيع المكره أيضاً والحكم بفساده إنما هو لرفع الإكراه.

وعلى ما ذكرنا فربما يقال بأنه إذا أخرجت المعاملة المكره عليها عن عموم الحل ولوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الإجازة بتلك المعاملة، فإنّ المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا- التمسك بالعموم والإطلاق، ولا- يقاس المقام بإجازة بيع الفضولي فإنّ ذلك البيع لم يكن داخلياً في عموم حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد فإنّ خطابهما متوجّه إلى الملاك، ومن حين الإجازة يستند البيع إلى المالك فيعمان ذلك البيع.

وبتعبير آخر: كان خروج بيع الفضولي عن عمومهما بالتخصص لا بالتخصيص، وهذا بخلاف بيع المكره فإن بيعه باعتبار استناده إلى المالك كان خارجاً عن عموم الخطابين بالتخصيص، ويتردد الأمر بين كون التخصيص إلى الأبد وبين كونه مادام لم يلحق به الرضا؛ ولأجل ذلك لا يستلزم صحة البيع الفضولي بإجازة المالك صحه بيع المكره بلحوق الرضا فضلاً عن كون الثّاني أولى بالصحة.

ولكن لا- يخفى ما في الفرق، فإننا قد ذكرنا في الأصول صحه التمسك بالإطلاق والعموم عند الشك في الخارج من الفرد، وكون خروجه إلى الأبد أو إلى زمان بلا فرق بين كون العموم والإطلاق بالإضافة إلى الأزمان افرادياً أو استمرارياً، وفي المقام يؤخذ

وكيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلا- كونه جزء المؤثر التام، وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل. الشرح:

بعد لحوق الرضا بالمعامله المكره عليها بحلها ووجوب الوفاء بها ولا تصل النوبه إلى استصحاب حكم المخصص، وتام الكلام في بحث الأصول.

بقى في المقام شيء، وهو أنه يستفاد من كلام المصنف رحمه الله أنه يجب على الطرف الآخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكره أو إجازته وأن العقد من ناحيته لازم، وذكر أن حديث رفع الإكراه إنما يرفع الأحكام الإلزاميه التي تعد مؤاخذه عن المكره بالفتح لا عن طرفه الآخر الذي لم يكن إكراه عليه.

ولكن لا يخفى عدم إمكان المساعدة عليه؛ لما ذكرنا في أول البيع أنه لا يمكن تبعض المعامله في الصحه والفساد بالإضافة إلى طرفيها بأن يكون البيع صحيحا بالإضافة إلى المشتري ولا- يصح بالإضافة إلى البائع، فإن صحته بالإضافة إلى المشتري فرض لدخول المبيع إلى ملكه وكيف لا- يخرج معه الثمن إلى ملك البائع، ولو باع داره بالإكراه فكما لا- يدخل المبيع إلى ملك المشتري كذلك لا يدخل الثمن إلى ملك البائع، فيكون تصرف المشتري في الثمن المزبور قبل لحوق الإجازة من البائع المكره تصرفا في ملكه وناظرا.

والحاصل: إذا فرض أن وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لا- عن إكراه، فما دام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه وهو لزوم الوفاء به، وعليه فالغاء المشتري قبوله قبل إجازة البائع المكره نظير إلغاء الموجب إيجابه قبل قبول المشتري يوجب أن لا يحصل عنوان العقد لا عن إكراه.

بقى الكلام فى أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ مقتضى الأصل وعدم حدوث حلّ مال الغير [١] إلّا- عن طيب نفسه هو الأوّل إلّا أنّ الأقوى بحسب الأدلّه النقليه [٢] هو الثانى، كما سيجىء فى مسأله الفضولى [وهو مقتضى صحيحه محمد بن قيس] الشرح:

[١] أقول: مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكيه الثمن والمثمن إلى الطرفين إلى زمان الإجازة هو النقل، وأمّا حديث (١) عدم حل مال الغير إلّا- بطيب نفسه فظاهر المصنف رحمه الله أن مقتضاه أيضا النقل؛ لأنه يدل على عدم جواز التصرف فى المال تكليفا إلى زمان الإجازة، ولكن لا- يمكن المساعدة على ذلك فإن عدم جواز التصرف تكليفا إلى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكمى أيضا، حيث إن التصرفات الواقعه قبل إجازة المالك كلها محكومها على الكشف الحكمى أيضا بعدم الجواز، واعتبار الملكيه وجعل مبدئها من السابق بعد إجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعه قبل ذلك من الحرمة تكليفا إلى الجواز.

[٢] يأتى استظهار الكشف من صحيحه أبى عبيده الحذاء (٢) الوارده فى نكاح الصغيرين اللذين زوجهما غير وليهما ومات أحدهما بعد بلوغه وإجازته، ثم أدرك الآخر فإن الحكم بثبوت الميراث للآخر مع إجازته وحلفه على إرادته إجازته لا يكون إلّا مع كون الإجازة كاشفه، بل لا يمكن فى المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث إن حدوث علقه الزوجيه بين الميت والحى لغو محض. ونظيرها فى الدلاله صحيحه محمد بن قيس الوارده فىمن باع وليده أبيه فضولاً (٣)، حيث إنّ سقوط عوض البضع عن مشترى الجاريه التى وطأها مع جهله بكون بائعها فضوليا، لا يكون إلّا مع الكشف،

ص: ٢٧٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث الأوّل.

وربما يدعى أنّ مقتضى الأصل [١] هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأنّ مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى وهو النقل من حين العقد وترتب الآثار عليه لا- يكون إلا- بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

وفيه: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلا أنّ إنشاء لما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه، وإن كان مؤثراً بعد حصول أمر حدث الأثر بعده.

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم، ولذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصّرف والسلم والهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

الشرح:

وبما أنّ الفرق بين إجازة المالك في بيع الفضولي وبين إجازته في بيع المكروه غير محتمل يثبت الكشف في المقام أيضاً.

[١] أقول: الظاهر صحة الدعوى، فإننا قد ذكرنا أن المعاملة بلحوق الإجازة بها تدخل في أدلة الإمضاء، حيث يتم بالإجازة الموضوع للحليه والنفوذ واللزوم ومقتضى ذلك ثبوت مدلولها شرعاً بعدها.

نعم، الكشف الحقيقي مخالف لظاهر تلك الأدلة؛ لأنّ ظاهرها كون البيع لا عن إكراه والعقد لا عن إكراه هو الموضوع للحل واللزوم، ومعنى الكشف الحقيقي ثبوت هذه الأحكام قبل تمام الموضوع، وأما الكشف الحكمي بأن يثبت بعد الإجازة المالكية التي مبدؤها حين اعتبار العاقد فهو يناسب الأدلة، فإنّ الإجازة تتعلق بمضمون العقد وإمضاء الشارع العقد يتبع إجازة المالك.

ص: ٢٧٧

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا، إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهه إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، وسيأتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى إن شاء الله.

الشرح:

وبعبارة أخرى: بالإجازة يتم الموضوع لاعتبار الملك، من الشارع، والملك يمكن جعل مبدأه الماضى كما يمكن جعل مبدئه المستقبل كما فى الوصيه التمليكيه، ولا- يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعتبر، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب الحال والماضى كما وقع التفكيك بينهما بحسب الحال والمستقبل، فإن الاعتبار مع المعتبر من قبيل الإيجاب والوجوب لا من الإيجاد والوجود.

لا يقال: ليس مدلول العقد الملك من حين العقد لتكون إجازة المالك إثباتاً لذلك المدلول ويتبعه إمضاء الشارع.

فإنه يقال: الملكيه التى تكون منشأه بالعقد لا تكن مهمله من جهه مبدئها فى اعتبار العاقد، فإن العاقد يعتبر فى إنشائه الملكيه للطرف من حين فعلية ما يأخذه قيدها، كحصول القبول أو القبض أو غير ذلك.

لا يقال: كيف يكون مبدأ الملكيه المعتبره فى البيع مثلاً حين تمام العقد، مع أنهم ذكروا عدم دلالة الإنشاء على الزمان.

فإنه يقال: عدم دلالة إيجاب البيع على الزمان مثلاً- لا ينافى الدلاله عليه بدال آخر، وهو فى المقام عدم إمكان الإهمال فى الملك المجعول من جهه المبدأ، وأما تنظير المصنف رحمه الله الإجازة بالفسخ فهو غير صحيح، فإن الفسخ يقابل الإمضاء، فإمضاؤه عبارته عن إقرار العقد وعدم قطع استمراره كما يفعله ذوالخيار، كما أن فسخه إزالته وقطع استمراره. وهذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، كما فى المالك

هل يكفي في صحة بيع المكره لحقوق رضاه به باطناً أو لا؟

وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكيه السابقه على الفسخ، لأن العبره بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المُكره أن يفسخ قبل رضا المُكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولى إن شاء الله.

مسأله: ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه فى ذمته أو بما فى يده، أم لغيره، لعموم أدله عدم استقلاله فى أموره، قال الله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»، وعن الفقيه بسنده إلى زراره عن أبى جعفر وأبى عبد الله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان

الشرح:

المجيز، حيث إنه يرد البيع تاره ويحيزه أخرى، وحيث إن رده عباره عن إلغائه من الأول فتكون إجازته إقراراً له من الأول، وهو المراد بالكشف الحكيمى ويأتى توضيحه فى بيع الفضولى.

بقى فى المقام أمر، وهو أنه هل يكفي فى صحة بيع المكره مجرد لحقوق رضاه به باطناً أو لا يكفي، بل يعتبر إظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالإجازة؟ ولا يبعد اعتبار الثانى، وذلك لأن البيع حال حدوثه كان مستنداً إلى إكراه المالك فلا بد فى شمول دليل الإمضاء من أن يستند بقاءً إلى المالك لا عن إكراه عليه، ولم يحرز تحقق الإسناد كذلك بمجرد لحقوق الرضا باطناً.

نعم، لو كان هذا الرضا من الأول بحيث كان داعى المالك إلى إنشائه رضاه به لم يكن ذلك البيع شمولاً لدليل رفع الإكراه كما تقدم، ولكن بعد إنشائه بداعى الإكراه لا يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه إلا بإظهار الرضا به، وكان الإجازة فى اعتبار العقلاء إلغاءً لذلك الإسناد الحاصل من قبل، والله سبحانه هو العالم.

السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»، أفشىء الطلاق؟ والظاهر من قدره خصوصاً بقربنه الرواية هو الاستقلال، إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

وكيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، وأمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع، لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده.

وبتقرير آخر: إنّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد وحاصّله أعني: انتقال المال بعوض وهذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً، إذ المفروض أنّه أجنبي عن العوضين، وإنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرجّه عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى، لعموم أدلّة الوفاء بالعقود، والمخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلاً سابقاً ولاحقاً لا مدخلية إذنه السابق، ولو شكّ أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشكّ.

ويؤيّد إرادته الأعمّ من الإجازة: الصّحيحه السابقه، فإنّ جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ، إلا أنّه خرج الطلاق بالدليل، ولا يلزم

تأخير البيان، لأنّ الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً، بل ومع كراهه المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟»

ويؤيد المختار بل يدل عليه : ما ورد في صححه نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً بـ «أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز»، بتقريب: أنّ الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه، وحمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال، مع أنّ تعليل الصحّة بأنه: لم يعص الله تعالى . . . الخ، في قوّه أن يقال: «إنه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرّم الله تعالى على ما مثّل به الإمام عليه السلام في روايات أخر وارده في هذه المسألة كان العقد باطلاً»، لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته. أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضى به وأجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، وأنه إذا عصى سيده بمعامله ثمّ رضى السيّد بها صحّ، وأنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصية السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامّة غير صحيح، فافهم واغتنم.

ومن ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعض بهذه الروايات على صححه عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازته، بل ومع سبق النهي أيضاً لأنّ غايه الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد والتصرّف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصية السيّد لا يقدر بصحّه العقد في غير محلّه،

بل الروايات ناطقه كما عرفت بأن الصيحه من جهة ارتفاع كراهه المولى وتبدله بالرّضا بما فعله العبد، وليس ككراهه الله عزّ وجلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة والرّضا وإنما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

ودعوى: أنّ تعليق الصيحه على الإجازة من جهة مضمون العقد وهو التّزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد. مدفوعه: بأنّ المنساق من الروايه إعطاء قاعده كليّه: بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفى في كلّ ما يتوقّف على مراجعه السيّد وكان فعله من دون مراجعه أو مع النهى عنه معصيه له، والمفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه وأنّه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

وفيه: أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئيه، للسيره المستمرّه على مكالمه العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئيه.

وثانياً: بداهه أنّ الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: أنّ الاستشهاد بالروايه لعدم كون معصيه السيّد بالتكلم بألفاظ العقد والتصرف في لسانه قادحاً في صحّه العقد، غير صحيح، لأنّ مقتضاه أنّ التكلم إن كان معصيه لله تعالى يكون مفسداً، مع أنّه لا يقول به أحد، فإنّ حرمة العقد من حيث إنّّه تحريك اللسان كما في الصلاة والقراءه المضيقه ونحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنّ المستند فى الفساد هو الآيه المتقدمه، والزوايات الوارده فى عدم جواز أمر العبد ومضيه مستقلاً، وأنّه ليس له من الأمر شىء.

فرع: لو أمر العبد أمرٌ أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صحّ ولزم، بناءً على كفايه رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمنى، ولا يقدر عدم قابليه المشتري للقبول فى زمان الإيجاب، لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعبره فى كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن فى الاشتراء، حيث يكفى تحقّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذى بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

وعن القاضى: البطلان فى المسأله، مستدلاً عليه باتّحاد عبارته مع عباره السيّد فيتّحد الموجب والقابل.

وفيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيّد سابقاً: منع الاتّحاد أولاً، ومنع قدحه ثانياً. هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاة، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعه منهم المحقّق والشهيد الثّانين: أنّه لا يصحّ، لعدم الإذن من المولى. وربّما قيل بالجواز حينئذٍ أيضاً، بناءً على ما سبق منه من أنّ المنع لأجل النهى وهو لا يستلزم الفساد. وفيه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّه عدم استقلال العبد فى شىء، لا منعه عن التصرف فى لسانه، فراجع ما تقدّم، واللّه أعلم.

مسأله: ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكيّن أو مأذونين من المالك أو الشارع. فعقد الفضولى لا يصحّ [١] أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

الشرح:

[١] ذكروا من شرائط المتعاقدين كونهما مالكيّن أو مأذونين كما فى موارد الوكاله، أو

وهذا مراد من جعل الملك وما فى حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه أنّ بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد، فاعتراض جامع المقاصد: عليه بأنّ التفرّيع فى غير محلّه، لعلّه فى غير محلّه.

الشرح:

من الشارع كما فى موارد الولايه، فلا يصح بيع الفضولى، يعنى لا- يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك أو المأذون، لا أنه يكون لغوا بحيث لا يفيد لحوق الإجازة به؛ ولذا ذكر العلّامه فى «القواعد»^(١) أنّ من شرط البيع كون العاقد مالكا أو مأذونا، وفرّع عليه وقوف بيع الفضولى على الإجازة فإنّ التفرّيع المزبور ظاهر فيما ذكرنا، فما ذكره فى «جامع المقاصد»^(٢) من الاعتراض على عبارته «القواعد» من أنّ تفرّيع وقوف بيع الفضولى على الإجازة على اشتراط الملك غير صحيح، فى غير محلّه.

ثم إنّ الفضولى وصف للعاقد، والمراد به من لا يكون مالكا للتصرف، سواء كان مالكا للمال، كما فى مثال بيع الراهن والسففيه والعبد أم لا، وقد يوصف به العقد، ولعله تسامح من باب توصيف الشئ بوصف متعلقه.

وكيف كان فلا خلاف عندهم فى بطلان الإيقاع فضولاً وعدم صحته بلحوق الإجازة أصلاً. وقد يقال: إنّ البطلان فى الإيقاعات على القاعده ولا يقاس أمرها بالعقود، وذلك فإنّ العقود بما أنها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء؛ ولذا يتعلق بها الفسخ، مع أنه حل للعقد فى جهه بقاءه كما تقدم، وعليه فيأجازه المالك يتم تمام الموضوع؛ لوجوب الوفاء بها. وأمّا الإيقاع فإنه فعل واحد فيعتبر أمراً آتياً، فإن حصل ممن له سلطنه على ذلك الأمر فهو، وإلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلاً، ولا يخفى أن ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضه، فإنه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتباراً دون

ص: ٢٨٤

١- (١) القواعد ١: ١٢٤.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٦٨.

وكيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غايه المراد على أقوال. والمراد بالفضولي كما ذكره الشهيد قدس سره: هو الكامل الغير المالك للتصرّف ولو كان غاصباً. وفي كلام بعض العامّه: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. وقد يوصف به نفس العقد، ولعلّه تسامح.

الشرح:

الإيقاع، مع أنه لو لم يكن للإيقاع بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه، فإن الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبه إلغاء.

نعم، لو صحّ أن الصحّح في العقود على خلاف القاعده والالتزام بها للروايات الخاصه لأمكن أن يقال: إن النصوص كلها وارده في العقود ولا تعم الإيقاعات، ولكن يلزم على ذلك الاقتصار في الحكم بالصحّه بالعقود التي وردت الروايات في موردّها. والحاصل: أنّه يبقى في التفرقه بين العقود والإيقاعات مجرد دعوى الإجماع كما لا يخفى.

ثمّ إن المصنّف رحمه الله قد تعرض أولاً لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون إظهاره ذلك وإذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضوليه موضوعاً أو حكماً بأن لا يحتاج ذلك العقد في تمامه إلى حقوق الإجازة به، وذكر في وجه عدم الخروج أن مجرد رضا المالك وحتى العلم به لا- يوجب كون العاقد مالكا للتصرف، ويظهر ذلك من كلماتهم، حيث اعتبروا كون العاقد مالكا أو وكيلاً- أو ولياً، ومجرد رضا المالك لا يوجب حصول شيء من هذه العناوين. وكذا يظهر من ذكر روايه عروه البارقي (1) دليلاً على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة، مع فرض تحقّق رضا المالك في موردّها.

ص: ٢٨٥

١- (١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكره الرشيده بدون إذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرف، لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكره بغير إذن وليها، وحينئذ فيشمل بيع الزاهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد.

الشرح:

واستقرب في آخر كلامه خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولي حتى فيما إذا لم يظهر المالك رضاه فيجب على المالك بينه وبين ربه الوفاء بالعقد، واستدل على ذلك بإطلاق حل التجاره عن تراض وعموم وجوب الوفاء بالعقد وبحدِيث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه»^(١)، حيث إن مقتضاه حل مال الغير وجواز تملكه برضا المالك وطيب نفسه. وبما دل على أن سكوت المولى على نكاح العبد مع علمه به إمضاء ورضاء^(٢)، وبما يظهر من روايه عروه البارقي^(٣) من تمام البيع وجواز ترتيب الآثار عليه بمجرد إحراز رضا المالك، كما هو مقتضى إقباض العروه أحد الشاتين من المشتري وأخذ الدينار منه، فإنه لا يجوز في بيع الفضولي للعاقده القبض والإقباض، وتقرير النبي صلى الله عليه وآله للعروه شاهد لجواز فعله. أضف إلى ذلك ظاهر كلمات بعض الأصحاب من أن الوجه في عدم تمام بيع الفضولي ووقوفه على إجازة المالك فقد رضاه، فإن مقتضى ذلك عدم احتياجه إلى الإجازة فيما كان مقارنا لرضا المالك، بل لو فرض إطلاق عقد الفضولي عليه فلا دليل على احتياج كل عقد فضولي إلى الإجازة، مع أن علم المالك بحصول العقد ورضاه به وبقاء هذا الرضا إلى ما بعد ولو آنا ما إجازة للعقد المزبور.

ص: ٢٨٦

-
- ١- (١) عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.
 - ٢- (٢) راجع الوسائل ٢١: ١١٧، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.
 - ٣- (٣) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦.

وكيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى، لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرّف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

الشرح:

أقول: ما ذكره قدس سره لخروج عقد الأجنبي بمقارنه رضا المالك عن الفضوليه من الوجوه ضعيف، أمّا التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد (١) أو إطلاق التجاره عن تراض (٢) فإنّ مدلولهما بمناسبه الحكم والموضوع وجوب وفاء كل بعقده وجواز الأكل بتجارته، ولا يكون عقد الأجنبي عقد المالك وتجارته بمجرد الرضا باطناً، بل لابد في إضافه العقد والتجاره إليه، من إنشاء رضاه وإمضائه. وأمّا حديث عدم الحل فمفاده دخاله رضا المالك وطيب نفسه في حل ماله للغير وأنّ الحل لا يكون بدون رضاه، وأمّا أنّ الطيب والرضا تمام الموضوع للحل فلا، لاحظ قوله عليه السلام: «لا صلاه إلاّ بطهور» (٣)، فإن مقتضاه عدم حصول الصلاه بدون الطهاره، لا أنّ الطهاره تمام ما يحصل بها الصلاه.

وبما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفايه الرضا باطناً بقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم: «لا تشتريها إلاّ برضا أهلها» (٤)، حيث إن مدلولها دخاله رضا المالك في نفوذ الشراء، وأمّا أنه يكفي مجرد الرضا فيه فلا، هذا مع احتمال أن يراد بالرضا إبرازه كما لا يخفى.

وأما ما دلّ على أن سكوت المولى على نكاح العبد إقرار ورضاء به فلا يدل على ما ذكر، فإن كون العقد فضولياً تارة باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه في ذلك

ص: ٢٨٧

١- (١) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) يعنى الآيه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، سورة النساء: الآيه ٢٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١ : ٣٦٥، الباب الأول من أبواب الوضوء، الحديث الأول.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

الشرح:

العقد لا لفقد استناده إلى المالك، كما في نكاح الرشيدة الباكره فإنها هي التي تجعل نفسها زوجه للآخر، غايه الأمر يعتبر في هذا الجعل رضا أبيها أو جدّها، ففي مثل ذلك يتم العقد بمقارنه الرضا أو لحوقه.

ومن هذا القبيل نكاح العبد ولحوق رضا مولاه به، وهذا بخلاف ما إذا كان فضوليا باعتبار عدم استناد العقد إلى المالك، كما في بيع الأجنبي مال شخص من آخر، حيث إن رضا المالك واقعا ما دام لم يكن إظهار وإمضاء لا يوجب استناد العقد إليه.

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره قدس سره من أن بقاء رضا المالك إلى ما بعد العقد ولو آنا ما إجازة له، مدفوع بأن الرضا الواقعي ما لم يكن إظهار من المالك لا يكون مصححا للاستناد حتى ما بقى إلى الأبد، وقد يقال، كما عن بعض الأجله قدس سره بأنه لا- يعتبر في صحه البيع وغيره من العقود الانتساب بالمعنى المذكور بأن يكون العقد عقد المالك وبيعه، وكون المراد بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، و«إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ» (٢): أوفوا بعقودكم، أو كان الأكل بتجارتكم غير صحيح، فإنه كيف يكون البيع الصادر عن الغير بيعاً للمالك بالإجازة. مع أن الإجازة مفهومها العرفي تنفيذ للفعل الصادر عن الغير، فهي بنفسها تدفع انتساب الفعل إلى المجيز، بل الأمر في موارد الوكالة والإذن السابق كذلك. فإن البيع لا يكون منتسبا إلى الموكل والإذن حقيقه؛ ولذا لو سئل الموكل عن أنك بعت دارك، فيقول: لا، بل باعها وكيلي، ومن الظاهر أنّ الأحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الأحكام على أفرادها الحقيقيه.

والحاصل: أنه لا يعتبر في صحه البيع أو نحوه من العقود إلا كونه مع إذن المالك

ص: ٢٨٨

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٢٩ .

ويؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفزعوا عليه بيع الفضولي. ويؤيده أيضاً: استدلالهم على صحه الفضولي بحديث عروه البارقي مع أنّ الظاهر علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعله. وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقّفه على الإجازة اللاحقه، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضى به وترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، «ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»، وما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، وروايه عروه البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدّينار، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض، وتقرير النبي صلى الله عليه وآله له على ما فعل دليل على جوازه.

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحه: إنّ الشرائط كلّها حاصله إلاّ رضا المالك، وقولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السيّكوت، لأنّه أعمّ من الرضا، ونحو ذلك.

الشرح:

أو رضاه أو إجازته ولو لم ينتسب ذلك البيع إلى المالك، وقد تقدم بيان المراد بالتجاره عن تراضٍ أن مقتضى مقابلتها بالأكل بالباطل اعتبار كونها أكلاً بحق لا لخصوصيه؛ لصدورها عن تراضٍ، وكون التجاره أكلاً بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالك. انتهى.

أقول: الجواب عما ذكر تاره بالنقض وأخرى بالحل.

ثم لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات فى من باع ملك غيره ثم ملكه. مع أنه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرّضا الحاصل بعد البيع المذكور آنأماً، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات.

ثم إنّه لو أشكل فى عقود غير المالك، فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التى هى مناط المنع فى الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد فى التصرف.

ثم اعلم: أنّ الفضولى قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقّن من عقد الفضولى. والمشهور: الصحّة، بل فى التذكرة نسبة إلى علمائنا، تاره صريحاً، وأخرى ظاهراً بقوله: عندنا، إلاّ أنّه ذكر عقيب ذلك: أنّ لنا فيه قولاً بالبطلان.

الشرح:

أما الأول: فإنّ القول المزبور يستلزم محاذير ولا أظن الالتزام بها:

منها: ما إذا أخبر المحرم بأنّ الأجنبى قد أجرى فى حقه نكاحاً وأنه قد زوج بنت فلان منه وأن له أن يجيزه وذلك المحرم قد أّخر إجازته إلى ما بعد إحرامه مع فرحته وابتهاجه باطنا من سماع الخبر، فلا بد من أن يلتزم بأنّ البنت المزبوره قد حرمت عليه مؤبّداً، فإنّ فرحته بالنكاح المزبور قلباً موجب لتحقق النكاح فيعمه قوله عليه السلام: «من تزوج امرأه فى إحرامه فرق بينهما ولا تحل له أبداً»^(١).

ومنها: أنه لو أنشأ إيجاب البيع أو قبوله وكيه فى مجرد إنشاء بيع الحيوان أو غيره فلا يكون له خيار المجلس ولا خيار الحيوان؛ لأنّ البائع أو المشتري حقيقه هو الوكيل،

ص: ٢٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ : ٤٤٠، الباب ١٥ من أبواب تروك الإحرام، الحديث ٤.

وفى غايه المراد: حكى الصحه عن العماني والمفيد والمرضى والشيخ فى النهايه وسلاّر والحلبى والقاضى وابن حمزه. وحكى عن الإسكافى، واستقرّ عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين وبعض متأخرى المتأخرين، كالأردبيلى والسيد الداماد وبعض متأخرى المحديثين. لعموم أدله البيع والعقود، لأنّ خلّوه عن إذن المالك لا- يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرّضا وتوقفه عليه أيضاً لا- مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا فى اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كلّه إلى عموم حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العارى عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله فى محلّه.

الشرح:

وقد ذكر فى الروايات أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا(١) وأن مشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثه أيام(٢)، والموكل لا يكون بائعاً ولا مشترى فى الحقيقة.

ومنها: أنه لو أخذ أظافير المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه كذلك فلا بد من أن يلتزم بأن المحرم لم يفعل حراماً وليس عليه شيء؛ لأن قوله عليه السلام: «من قلم أظافيره فى إحرامه أو أخذ شعره»(٣)، لا- ينطبق على المحرم فإن التقليل فى الفرض فعل غير المحرم... إلى غير ذلك.

وأما الحل: فلا بدّ إجازته وإن تتعلق بفعل الغير وعقده إلّا- أنه عقد الغير وبيعه مع قطع النظر عن الإجازة وينتسب إلى المجيز بإجازته، وهذا الانتساب ولو كان اعتبارياً إلّا أن الخطابات الشرعيه قد تكون بمناسبه الحكم والموضوع ناظره إلى بيان الحكم

ص: ٢٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠ ، الباب ٣ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٧ : ١٣ ، الباب ٢ من أبواب التقصير، الحديث الأول.

فما ذكره فى غايه المراد: من أنه من باب المصادر، لم أتَحَقَّق وجهه، لأنَّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلاّ خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام فى أهليه العاقد، ويكفى فى إثباتها العموم المتقدّم. وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضيه عروه البارقى، حيث دفع إليه النّبى صلى الله عليه وآله ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاه للاضحيه» فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما فى الطريق بدينار، فأتى النّبى صلى الله عليه وآله بالشاه والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك فى صفقه يمينك»، فإنّ بيعه وقع فضولاً وإنّ وجّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولى.

هذا، ولكن لا يخفى أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعامله المقرونه برضا المالك فى بيع الفضولى.

الشرح:

بهذا الانتساب ويجرى ذلك حتى فى الأفعال الخارجيه، كقوله: «من بنى مسجداً بنى الله له بيتاً فى الجنة»^(١)، والدعوى أنّ هذا الانتساب لا يعتبر ولا يصححه مجرد الرضا الباطنى من المالك، بل لابد من إبرازه وإنشائه بالإذن أو بالإجازة، فتدبر.

وأما روايه عروه البارقى فالظاهر أنّ شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولى، حيث إن توكيل النّبى صلى الله عليه وآله فى شراء شاه بدينار بفحواه توكيل وإذن فى شراء الزائد عن الواحد بالمبلغ المزبور، وأما بيعه واحده منهما بدينار فلا بعد فى كونه بيعاً فضولياً يحتاج إلى الإجازة، ولكن يجوز معه القبض والإقباض فإنّ عدم جوازهما من الفضولى باعتبار كونهما تصرف خارجى فى مال الغير ومع إحراز رضا المالك بهما فلا حرمه، بل قد يكون إجازة العقد بعد ذلك إجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا يخفى.

ص: ٢٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المسجد، الحديث الأول.

توضيح ذلك: أنّ الظاهر علم عرّوه برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدّ: إمّا من التزام أنّ عرّوه فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله . وإما من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه [١] للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناءً على كون الإجازة كاشفه وسيجيء ضعفه. فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضاء المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه. ورابع، وهو علم عرّوه برضاء النبي صلى الله عليه وآله بإقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلاّ فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلاً فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتّى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً. ولكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين [٢] الشرح:

[١] يعنى: أن يقال بأنّ الإجازة معتبره على نحو الكشف الحقيقي، وحيث كان عرّوه عالماً بحصولها وتعقب العقد بها وقع منه القبض والإقباض باعتبار إحراره انتقال المالكين، وكون الشاه ملكاً للمشتري والدينار ملكاً للنبي صلى الله عليه وآله واقعا، لكن اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي ضعيف جدا كما سيأتى.

أقول: وأضعف منه احتمال كون عرّوه معتقدا لاعتبار الإجازة في عقد الفضولي بهذا النحو.

[٢] المراد أوّل الوجهين الأخيرين، وهو كون هذا النحو من العقد المقرون برضاء المالك خارجاً عن الفضولي، والمراد برضاء المالك الأعم الشامل لرضاه التقديرى، أى بحيث لو التفت إلى العقد لرضى به.

أقول: لم يظهر جهه ظهور هذا الوجه مع قوه احتمال كون بيعه إحدى الشاتين

[الآخرين وهو القول الثالث] كما لا يخفى خصوصاً بملاحظه أنّ الظاهر وقوع تلك المعامله على جهه المعاطاه.

وقد تقدّم أنّ المناط فيها مجرد المراضاه ووصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صيباً أو حيواناً فإذا حصل التقابض بين فضولتين أو فضولى وغيره مقروناً برضا المالكين، ثمّ وصل كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضاء صاحبه كفى في صحّحه التصرف، وليس هذا من معاملة الفضولى لأنّ الفضولى صار آله فى الإيصال والعبره برضاء المالك المقرون به.

الشرح:

فضوليا وحصول القبض والإقباض باعتبار علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله واطلاع المشتري بحال المعامله، وهذا هو الوجه الرابع فى كلام المصنف رحمه الله، وأما ما ذكره رحمه الله من أن الظاهر وقوع معاملة إحدى الشاتين على وجه المعاطاه فعجيب، فإنه إن أراد حصول المعاطاه بإقباض عروه الشاه وأخذ الدينار وأن هذا القبض والإقباض كان بعنوان المعامله المعاطاتيه ولم يكن فى البين إيجاب وقبول لفظاً، فلا سبيل لنا إلى إحراز ذلك. وإن أراد أن وصول الشاه إلى المشتري المزبور بإقباض عروه الشاه ووصول الدينار إلى النبي صلى الله عليه وآله مع تراضيهما محقق للمعاطاه، فليس فى البين بيع فضولى ليحتاج إلى الإجازة. ففيه:

أولاً: أنه يعتبر فى حصول المعاطاه من إنشاء الملك بالقبض ولا يكفى مجرد وصول المالكين، كما مر فى بحث المعاطاه.

وثانياً: نفرض كفايه ذلك فى حصولها ولكن المعاطاه لا تصحح إقباض عروه وقبضه، حيث إنهما من التصرف فى مال الغير بلا رضاه.

ص: ٢٩٤

واستدل له أيضاً تبعاً للشَّهيد في الدُّروس بصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليده باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليده حتى ينفذ البيع لك، فلتما رآه أبوه قال له: أرسل ابني. قال: لا والله! لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيده الوليده أجاز بيع ابنه. . . الحديث».

قال في الدروس: وفيها دلالة [١] على صحه الفضولي وأن الإجازة كاشفه ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال [٢] بها، فضلاً عن أن يسقطه. وجميع ما ذكر

الشرح:

وثالثاً: إن قول النبي صلى الله عليه وآله: «بارك الله في صفقه يمينك» (١) ظاهرها حصول المعامله من العروه، لا أنه كان مجرد واسطه في وصول المالكين إلى الطرفين.

[١] أما دلالتها (٢) على صحه بيع الفضولي فلأن المفروض فيها وقوع البيع على مال الغير وقد حكم بتمام ذلك البيع باجازه المالك، وأما دلالتها على اعتبار الإجازة بنحو الكشف فإن مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام وسقوط قيمته عن عهده؛ إذ لو كانت الإجازة معتبره بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها، حيث إن قيمة الولد تدارك لمنفعه البضع التي أتلفها المشتري على المالك، ولا تعتبر هذه المنفعه ملكاً للمشتري على مسلك النقل حتى لم يكن عليه ضمانها كما لا يخفى.

[٢] قيل: لا يمكن الحكم لأب البائع باستحقاقه الوليده وابنها بمجرد دعوى

ص: ٢٩٥

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ : ٢٤٥، الباب ١٨، من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٢) أى دلالة الحديث الذى فى المتن، وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

فيها من الموهنات موهونه، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور المخاصمه في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجاربه وأنها من المالك بناءً على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصوره اختيار الرد ومناشده المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في علاج فكاك ولده، وقوله: «حتى ترسل ابني» الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولاده. وحمل إمساكه الوليده على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع الولد».

والحاصل: أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مِمَّا لا ينكره المنصف، إلا أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجديه في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر، لقيام القرينه وهي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

الشرح:

ملكها وبعدم إذنه لابنه في بيعها، بل تحتاج الدعوى إلى الإثبات فإنها على خلاف مقتضى يد البائع عليها.

وفيه: أنه ليس في الرواية عدم إثباته دعواه وأنه كان حكم على عليه السلام بأخذه الوليده وابنها بمجرد الدعوى، كما أن حكمه عليه السلام بإمساك الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته.

وما ذكره المصنف رحمه الله من ظهور الرواية في كون الإجازة فيها مسبوقه بالرد أيضاً لا يمكن المساعده عليه، فإن المخاصمه ودعوى أن الوليده ملك له فعلاً؛ لوقوع البيع عليها بغير إذنه وأنه يريد أخذها من مشتريها، لا تكون قرينه على رد البيع وإلغائه بالقول أو الفعل، بل غايتها أنه لا يجيزه فعلاً. وكذا إطلاق حكم الإمام عليه السلام فإنه باعتبار عدم حصول الإجازة، ولا يلزم من ذلك إنشاء الرد وإلغاء العقد الواقع.

وبعبارة أخرى: حكم الإمام عليه السلام بأخذه الوليده وابنها باعتبار عدم تمام المعامله

والحاصل: أنَّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناءً على قاعده اشتراك جميع القضايا المتَّحده نوعاً في الحكم الشرعي كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالردّ مانعاً عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها، لوجه عِلْمه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليده كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيله يصل بها الحقّ إلى صاحبه. أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاياه: «فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه» في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادته عدم الجزم بالإجازة والردّ، أو كون حبس الوليده على الثمن، أو نحو ذلك. وكأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من الشرح:

فعلاً لا لإلغاء إنشائها.

وبهذا يظهر أن أخذ أب البائع وإمساكه الوليده وابنها لا يكشف إلّا عن عدم إمضاء المعاملة فعلاً لا عن إلغائها قولاً أو فعلاً من أولها، كما هو المراد بردها، وعدم إجازة المالك فعلاً كاف في إلحاح المشتري على الإمام عليه السلام ومناشدته في خلاص الابن وأمه.

والمتحصل أن ما ذكر السيد اليزدي رحمه الله (١) من أنّ الصحيحه تدل على نفوذ الإجازة حتّى بعد رد المالك المعامله برد فعلي وأنه يمكن الالتزام بذلك، فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لُبّي، والمتيقّن منه عدم نفوذها بعد الرد القولى لا يمكن المساعدة عليه؛ لما ذكر من عدم الدلالة في الروايه على حصول الرد من مالك الجاريه فعلاً أو قولاً، فلاحظ.

ص: ٢٩٧

١- (١) نقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢: ٦٥٦ ٦٥٧.

لم يستدلّ بها في مسأله الفضولي، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلاله المذكوره، فإنّها لا تزيد على الإشعار [١] ولذا لم يذكرها في الدّروس

الشرح:

[١] والوجه في ذلك أنّ الحكم المذكور في الروايه حكم لواقعه خاصه لا إطلاق في الحكم المزبور ولا عموم، ولو لم يكن في الروايه فرض سبق الرد لكان التعدى منها إلى سائر موارد إجازة بيع الفضولي متعينا باعتبار عدم احتمال الخصوصيه في المفروض فيها ولكن ظاهرها لحقوق الإجازة بالبيع بعد رده، والحكم بنفوذ الإجازة في الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذبا في نفيه الإذن في بيع ابنه، فقول على عليه السلام للمشتري: «خذ ابنه . . . حتى ينفذ لك ما باعك» (١) تعليم حيله له حتى يصل إلى حقّه الواقعي.

والحاصل: أنّ الإجازة في فرض الروايه ليست مصححه للبيع واقعا ليتمكن التعدى منها.

نعم، تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب في قوله عليه السلام: «حتى ينفذ لك البيع» من تعليق الحكم على الوصف، ففيه إشعار بكون إجازة المالك مصححه للمعامله الواقعه على ماله فضولاً.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف رحمه الله من أنّه إن كان النظر في الاستدلال على صحه بيع الفضولي بلحوق الإجازة إلى نفس القضيّه الشخصيه فالإجازة فيها باعتبار كونها مسبوقة بالرد لا تفيد صحه العقد، ولا بد من توجيه الحكم فيها بأنّ البائع كان كاذبا في دعواه فعلم الإمام عليه السلام المشتري حيله حتى يصل بها إلى حقّه الواقعي، ولا يمكن استفاده الحكم في البيوع الفضوليه بلحوق الإجازة بها.

ص: ٢٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأول.

الشرح:

وأما إذا كان النظر إلى قوله عليه السلام للمشتري: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»^(١)، وقول أبي جعفر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيد الوليد أجاز البيع»^(٢)، فيمكن استفادته الحكم في سائر البيوع الفضولية وأنها تتم بلحوق الإجازة بها.

والوجه في عدم المجال أنه لم يذكر في الجواب حكم لمطلق بيع الفضولى ليؤخذ بإطلاقه ويقال: إن تطبيق ذلك الحكم الكلى على المفروض في السؤال، في غير مورده وذلك لتعليم الحيله ولحصول المشتري حقه.

بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المزبوره التي لا تصححها الإجازة ولا تفيد فيها شيئا، فكيف يمكن استفادته الحكم في سائر البيوع الفضولية إلا بالإشعار الذى ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم إن في الروايه من جهه فقهها إشكالين، سواء قيل باستفاده حكم بيع الفضولى بلحوق الإجازة منها أولا.

الأول: أنه كيف حكم (سلام الله عليه) بأنّ السيّد الأول يأخذ ابن الوليد، مع أن الولد المزبور حر لا يدخل في الملك، والوجه في كونه حرا قول المشتري: «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني»^(٣)، وأنه لو كان المشتري عالما بأن بيع الوليد فضولى لكان الولد باعتبار كونه من زنا رقا لسيد الوليد، ولما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشده المشتري وإلحاحه مناسبا، بل الأنسب أن يجرى عليه الحد باعتبار كونه زانيا.

والحاصل: أنه لا موجب لأخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري عن

ص: ٢٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء، الحديث ١.

٢- (٢) المصدر السابق.

٣- (٣) المصدر السابق .

فى مسأله الفضولى بل ذكرها فى موضع آخر لكنّ الفقيه فى غنى عنه بعد العمومات المتقدّمه، وربّما يستدلّ أيضا بفحوى صحه عقد النكاح [١] من الفضولى

الشرح:

دفع قيمته، ولو فرض جواز حبس الولد لقيّمته لكان المتعين أن يحكم بأخذ الولد ولكن معلقا على امتناع المشتري عن دفع قيمته لا مطلقا.

والثانى: أنه كيف حكم للمشتري بأن يأخذ البائع الابن، وما قيل من أنّ أخذه لحبسه على استرداد ما أخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليده، حيث إن المديون الممتنع يحبس لدينه، يدفعه قوله عليه السلام: «خذ ابنه يعنى الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك ما باعك» (١)، فإنه على الاحتمال المزبور يلزم أن يحكم بأخذ ابنه حتى يسترد هو الثمن الذى أخذ منك أو يغرّم أبوه ذلك الثمن، لا أن يجعل غايه الأخذ إنفاذ البيع.

ولكن لا يخفى أنّ عجزنا عن فهم هذين الأمرين لا يضر بالاستدلال بها على أنّ بيع الفضولى يتم بلحوق الإجازة.

[١] ويستدل على صحه بيع الفضولى وتمامه بإجازة المالك بفحوى ما ورد فى تمام النكاح فضولاً بلحوق الإجازة به، كما إذا زوّج الصغير غير وليه فأجاز النكاح بعد بلوغه أو تزوّج العبد بغير إذن مولاه فأجازة المولى، فإنّ صحه النكاح بلحوق الإجازة به، مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج وتمليك بضع، أى إن شاء حق الاستمتاع ويكون منه الولد يستلزم صحه بيع الفضولى بلحوق الإجازة به بالأولويه.

وأشار إلى هذا بالفحوى فى «غايه المراد» (٢)، واستدل بها فى «الرياض» (٣) وذكر أنّه لولاها لكان الحكم بصحه بيع الفضولى بلحوق الإجازة به مشكلاً من جهه

ص: ٣٠٠

١- (١) المصدر السابق .

٢- (٢) أنظر غايه المراد : ١٧٨ .

٣- (٣) أنظر الرياض ١ : ٥١٢ .

فى الحرّ والعبد، الثابته بالنصّ والإجماعات المحكيه، فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّه الاهتمام فى عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد، كما فى بعض الأخبار. وقد أشار إلى هذه الفحوى فى غايه المراد، واستدلّ بها فى الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيه على المنع. وهو حسن، إلّا أنّها ربّما توهن بالنصّ الوارد فى الردّ على العامّه الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصّحّه فى الثّانى، لأنّ المال له عوض، والبطلان فى الأوّل، لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام فى مقام ردّهم واشتباهم فى وجه الفرق «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج، ومنه يكون الولد . . الخبر».

الشرح:

الإجماعات المنقوله على بطلان البيع المزبور.

وكيف كان، فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ هذه الفحوى حسنه، إلّا أنه ربما يضعفها ما ورد فى ردّ العامّه فى مسأله تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، فإنّ العامه قالوا: إن تصرف الوكيل فى النكاح قبل بلوغ عزله إليه باطل؛ لبطلان الوكاله فيه بالعزل واقعا، بخلاف تصرف الوكيل فى المعاوضه المالىه فإنّه محكوم بالصّحه، حيث لا تبطل وكالته فيها إلّا ببلوغ العزل. وعللوا الفرق بأنّ المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فإنه لا عوض فيه بأن تقع المعاوضه بين البضع والمال فيقتصر فى ثبوت ملك البضع على الأقل. وقد تصدى الإمام عليه السلام فى معتبره علاء بن سيباه لإنكار هذا التفصيل وأنه ما أجور هذا الحكم وأفسده! فإن النكاح أولى بالاحتياط فيه، فإنه يكون منه الولد(١)، والمستفاد من ردّه (سلام الله عليه) أن الحكم بالصّحه فى البيع

ص: ٣٠١

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٣، الباب ٢ من كتاب الوكاله، الحديث ٢.

وحاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع، من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحه البيع تستلزم صحه النكاح بطريق أولى. خلافاً للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون الشرح:

يستلزم الحكم بها في النكاح بالأولوية دون العكس، وعلى ذلك فما ورد في صحه نكاح الفضولى بلحوق الإجازة به لا يدل على الصحة في البيع الفضولى بالفحوى.

ثم تعرض رحمه الله لما يستفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله إليه احتياطاً، مع أنّ في دوران المرأة بين كونها زوجه أو أجنبيه فلا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط، كما أنه لا يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع وملكه غيره لفساد البيع من الاحتياط. ووجه رحمه الله ذلك بأن المراد منه الاحتياط بالإضافة، أى ما يكون محذور مخالفه الواقع فيه أخف لا الاحتياط المطلق، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير. وذلك فإنّ الحكم ببطلان النكاح فى مورد تردده بين الصحة والفساد قد يكون تفريقاً بين الزوجين فيتزوج الزوجه من آخر فيحصل الزنا بذات البعل، بخلاف ما إذا حكم بالصحة فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعا يكون الوطى بالشبهه بغير ذات البعل، وهذا أهون من الأول.

أقول: لا يخفى أنّ حكم العامه بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام: «فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه؛ لأنه الفرج»^(١)، ناظراً إلى أنّ الاحتياط فى النكاح يحصل الحكم بصحته فى مورد دورانه بين الصحة والفساد، فإن لازم ما ذكر البناء على صحه النكاح ورفع اليد عن أصاله الفساد فى كل مورد تردد النكاح بين الصحة والفساد، حيث يكون البناء عليها أخف محذورا من البناء على الفساد وعدم ثبوت الزواج.

ص: ٣٠٢

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكاله، الحديث ٢.

النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام : أن صحه المعامله المالىه الواقعه فى كل مقام، تستلزم صحه النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذ فلا يجوز التعدى من صحه النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحه البيع، لأن الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب الأولويه، وإلا لم تتحقق الأولويه، كما لا يخفى. فالاستدلال بصحه النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهه أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله، مستدلاً بأنه يكون منه الولد، مع أن الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، ولا احتياط فى البين.

الشرح:

ولا- أظن أحدا يلتزم بذلك، مع أن المورد ليس من دوران الأمر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق والتحفظ على الواقع على كل تقدير، فإن مقتضى كون النكاح فرجا يحتاط فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك فى العقد السابق.

والظاهر بقريته حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامه فى حكمهم ببطلان النكاح وصحه البيع، وبقريته نقل الإمام عليه السلام قول على عليه السلام فى مسأله نكاح الوكيل قبل عزله إليه أن مراده عليه السلام بالاحتياط فى الصحيحه هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور والأخذ بقول على عليه السلام ، حيث إن قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس وعبدالله بن عمر وغيرهما مما يأخذون به ويرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانيه.

وبعبارة أخرى: الحكم بصحه النكاح فى مسأله عزل الوكيل احتياط من جهه طرح الاستحسان فيها والأخذ بقول على عليه السلام ، فلا يمنع ذلك عن الفحوى المتقدمه.

ص: ٣٠٣

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والأشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحته واقعاً، فتزوّج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل [١] بخلاف إبقائه فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخاليه عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً.

وكيف كان فمقتضى هذه الصحيحه أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدى إلى الحكم بصحة بيع الفضولي. نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح لأن النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نص الرواية.

ثم إن الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسأله الفضولي إلا أن الاستفادة منها قاعده كليّه هي: أن إمضاء العقود المائيه يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسأله الفضولي هذا.

الشرح:

اللهم إلا- أن يقال: بمنع الفحوى، فإن أهمية النكاح وترغيب الشارع الناس إليه لقوام العالم بالتوالد والتناسل الموقوف عليه مع النهى عن مقابله، يعنى الزنا والسفاح، يقتضى التوسعه في سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلاً بين الناس والوصول إليه.

وهذا بخلاف البيع والشراء، فإن لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحه والهبه المعوضه وغير ذلك، وعليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولاً بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعه في السبب في خصوص النكاح، ولا يمكن في هذا الاحتمال التعدى إلى البيع.

[١] هذا فيما إذا أحرزت المرأة أو زوجها الثانى صحه النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحه والفساد من غير معين للفساد أو الصحه، وإلا فلا يتحقق عنوان الزنا

ثم إنه ربّما يؤيد صحّحه الفضولي بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّه مثل موثقه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه» ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب. فإنّها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنصّ [١] كما في المسالك وغيره كان فيها الشرح:

كما لا يخفى.

[١] يعنى مقتضى القاعده الأوليه أن لا- يكون لبيع الفضولي صحه فعليه بدون إجازة المالك ويستثنى من ذلك ما يكون من العامل في المضاربه، كما إذا اشترط عليه في المضاربه شراء جنس فخالف واشترى آخر، فإنّ هذا الشراء ولو مع ظهور الربح فضولي ولكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم إجازة المالك، وذلك استثناس لحكم بيع الفضولي، حيث يظهر منه أنه لا يعتبر في صحه بعض البيوع الإذن السابق.

أقول: لا- ترتبط هذه الأخبار بحكم بيع الفضولي ولا استثناس فيها، وذلك فإنّ شراء العامل الجنس الآخر وصحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق إجازة المالك لا يوجب أنسا لبيع الفضولي الذي يكون مصححه لحوق الإجازة به، بل في هذه الأخبار استثناس للموارد التي يكون التصرف فيها في مال الغير نافذاً بلا- إذن ذلك الغير أو إجازته، كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة وكبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه.

ولو قيل بدلاله الأخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق إجازة المالك، حيث إن المالك مع ظهور الربح يرضى بمعامله العامل عادة، وإظهار هذا الرضا ولو بمطالبه الربح إجازة فلا يرتبط أيضاً مدلولها بصحة الفضولي بإجازة المالك، فإن مقتضى صحه البيع والشراء فضولاً انتقال تمام الربح إلى المالك، بل

الشرح:

ولا يستحق العامل المزبور في الفرض حتى أجره المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك وإذنه.

وقد يقال: في توجيه هذه الأخبار وتطبيق مدلولها على القواعد وجهان:

الأول: ما عن المحقق الإيرواني رحمه الله من أن اشتراط المالك على العامل جنسا أو عدم إخراج المال إلى بلد أو بيع المال نقدا وغير ذلك يكون باعتقاد المالك دخاله هذه الأمور في الربح، وكأنّ المالك اشترط على العامل المعامله التي فيها ربح، فيكون الشراء المزبور داخلاً في المضاربه ويستحق العامل الحصة المعيّنه له من الربح.

أقول: اعتقاد المالك دخاله أمر في حصول الربح واشتراطه على العامل لا- يكون من اشتراط المعامله التي فيها ربح، ولذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله ولم يحصل الربح كان شراؤه نافذا، ولو اشترى غير ما عينه كما إذا وكله في شراء حيوان واشترى كتاباً وكان الربح في شراء الكتاب دون الحيوان، كان الشراء فضوليا. وإذا وكلته الزوجه في تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمره باعتبار كون عمره أصبح وجهها وأملى مالا لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأه، والسر في ذلك أن الاعتقاد بدخاله شيء في حصول الربح يكون داعيا إلى اشتراط ذلك الشيء وتخلف الداعي وعدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولاً.

وثانيا: لم يفرض في الروايه أن المال الذي شرط المالك على العامل شراؤه لم يكن فيه ربح، أو كان أقل ربحا مما اشترى العامل؛ ليقال بأن صحه شراء العامل مقتضى اشتراط المعامله التي فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

وثالثا: ربما لا- يكون غرض المالك مجرد إنماء المال حتى لو كان في إنمائه وقيعه عرفيه، كما في اتجار عامله مع الكفار أو بشراء ما فيه حضاضه عرفيه، بل قد يكون

الشرح:

غرضه الإنماء بتجاره لا تكون فيها هذه الوقيعه ولو كانت ربحها أقل.

الثانى: كما عن السيد اليزدى رحمه الله وأوضحه بعض الأجلّاء قدس سره أنّ هذه الروايات بعضها ظاهره فى موافقه القاعده، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، والربح بينهما» (١). وبعضها الآخر محمولٌ على موافقتها، كصحيحه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط» (٢).

وبيان ذلك أنّ شرط عدم الخروج إلى بلد الفلانى فى الصحيحه الأولى شرط خارج عن أصل المضاربه التى مقتضاها الشركه فى الربح، والاشتراط المزبور مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفه الشرط، وليس فى ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربه ولا مقتضى الاشتراط، وتحمل الصحيحه الثانیه على صورته اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائدا على أصل المضاربه لا أخذه فى أصل المضاربه بنحو التقييد.

ولو قال: ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفه فى الربح، كان شراء الغنم مأخوذا بنحو التقييد، ولو قال: ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفه فى الربح وعلى أن تشتري غنما، فشراء الغنم يكون من الشرط الخارجى ولا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال. وهذه الروايات وإن يكون مضمونها موافقه للقاعده، إلا أنّها أجنبيه عن تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة، وقد ذكر أن الشاهد

ص: ٣٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥، الباب الأول من أبواب المضاربه، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٨، الحديث ٩.

الشرح:

لحمل الأخبار على صورته الاشتراط الخارجى هي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربه: «له من الربح وليس عليه من الوضيعه شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربه، ويشترط عليهم أن ينزلوا بطن واحد لا يشتروا ذا كبد رطبه، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»^(١). حيث فسّر مخالفه أمر صاحب المال الوارد في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجى.

والحاصل: أن المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الإذن للعامل في التجاره، كما هو مقتضى نفس عقد المضاربه، بل إلزام خارجى على العامل بأن لا يشتري متاعاً خاصاً، أو أن لا يسافر أو أن لا يشتري من شخص، ويترتب على مخالفه هذا الإلزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

ولذا وقع في حكاية قول العباس لعامله: «فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن المال».

والمتحصل: أنه يجب تكليفاً على العامل موافقه الشرط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(٢)، وعلى تقدير المخالفه يترتب عليه الضمان.

أقول: لا يخفى ما فيه: أمّا أولاً: فإنه يكون اشتراط العمل على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعامله فيما إذا كان مدلول المعامله أمراً مغايراً للإلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل، كما إذا باع المتاع من زيد واشترط عليه أن لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر أو من عمرو، فإن بيع المتاع عباره عن تملكه بعوض. وأمّا تصرف زيد

ص: ٣٠٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧، الباب الأول من أبواب المضاربه، الحديث ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

الشرح:

فيه بعد تملكه بالإبقاء أو تملكه من آخر فهو خارج عن مدلول البيع، فيجوز لبائعه أن يلزم المشتري حين بيعه بالالتزام بعدم تملكه من شخص آخر أو من عمرو.

وأما إذا كان مدلول المعاملة أمرا لا يجتمع إطلاقه مع إلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل، كما في العقود الإذنيه، فإنه إذا أعار ثوبه من زيد واشترط عليه أن لا يلبسه أيام المطر فهذا الشرط لا يجتمع مع إطلاق الإذن للمستعير في لبسه، بمعنى أنّ الإذن في لبسه كما هو مدلول عاريتته لا يكاد يعم اللبس أيام المطر؛ ولذا لا يصح أن يصرح المعير بأني أذنت لك في لبسه حتى أيام المطر ولكن عليك الالتزام بترك لبسه أيام المطر. وفي مثل ذلك لا بد من ورود القيد على متعلق الإذن فيكون المأذون فيه هو لبسه في غير أيام المطر، سواء أتى ذلك في عقد العاريه بصوره التقييد بأن يقول: أعرتك الثوب واشترط عليك أن لا تلبسه أيام المطر، ويفصح عن ذلك أنه لو سئل المعير عن أنك أذنت له في لبسه أيام المطر، يقول: لا، بل نفيت الإذن فيه صريحا.

والسر في ذلك أنّ إلزام الطرف بترك فعل لا يجتمع مع الترخيص فيه، بل لا بد من رفع اليد عن الإلزام وعقد المضاربه من العقود الإذنيه، حيث إنّ مدلولها الإذن للعامل في التجاره برأس المال على نحو المشاركة في الربح، وإذا اشترط على العامل متاعا خاصا بأن يقول: أذنت لك في التجاره بهذا المال على نحو المناصفه في الربح على أن لا تشتري الحيوان، فهو في الحقيقه إذن في التجاره بغير الحيوان؛ لأن إلزام العامل بالالتزام بترك تجاره غير الحيوان لا يجتمع مع الإذن في تجاره الحيوان.

ولذا لا يفرق بين أن يقول: ضاربتك هذا المال لتتجر بغير الحيوان، أو يقول: ضاربتك بهذا المال على أن لا تتجر بالحيوان.

فقد ظهر مما ذكرنا أن ما في قول العباس من اشتراطه على عامليه: بأن «لا يشتروا

الشرح:

ذا كبد رطبه»، لا يمكن حمله على الشرط الخارجى، فضلاً ما فى صحيحه جميل (١) وغيرها.

وأما ثانياً: فإنه فرق بين التفسير والاستشهاد على الحكم، فإن الأول من قسم الحكومه يوجب سقوط الإطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثانى فإنه لا يوجب تقييداً أصلاً، فإنه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

وما فى صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٢) مطلق يعم المخالفه فيما إذا كان أمره بنحو التقييد فى متعلق المضاربه وفيما كان أمره بنحو الاشتراط، وقوله عليه السلام: «فإن العباس . . .» إلخ، استشهاد على الحكم. وأن مخالفه أمر مالك رأس المال يوجب ضمان المال ولا- فرق فى الضمان بين اشتراط الترك أو تقييد متعلق المضاربه، ولعله لذلك ذكر السيد اليزدى رحمه الله بأن فى الاستشهاد إشاره إلى صوره الشرط الخارجى، لا أنه ظاهر فى إرادته بخصوصه.

وأما ثالثاً: فنفرض أن الروايات كلها ناظره إلى صوره الاشتراط الخارجى وأن الشرط فى المقام لا يوجب تقييداً فى متعلق المضاربه، فالحكم الوارد أيضاً لا ينطبق على القاعده فإنه بعد كون العامل مأذوناً فى شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك رأس المال، فكيف يكون خسارته على العامل؟ فإنّ النقض قد حصل فى رأس المال بإذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل، فإن الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على رأس المال بالمخالفه إلى يد ضمان فيضمن تلفه وهلاكه والخساره غير التلف.

ص: ٣١٠

١- (١) مر فى الصفحه ٣٠٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٦، الباب الأول من كتاب المضاربه، الحديث ٤.

استثناس لحكم المسأله من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره [وفي بعض النسخ المصححه ضرب قلم بقوله إلى غيره] وإن حملناها على صوره رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب، ومقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله والنهي عن أكل المال بالباطل [١] [اندرجت المعامله في الفضولي وصحتها في خصوص المورد، وإن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

الشرح:

وفي صحيحه الحلبي الأخرى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الرجل يعطي المال فيقول له: إئت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما» (١). فقد ذكر (سلام الله عليه) الخساره في مقابل هلاك المال، وحكم بأنهما على العامل.

والحاصل: أن ما ورد في هذه الروايات حكم تعبدى، ومع صحه إسنادها وتام دلالتها يتعين الأخذ بمقتضاها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أن روايات الباب حاكمه على النهي عن تملك مال الغير بالباطل، فإن مع ترخيص الشارع في التملك المزبور لا يكون الأكل أكلاً بالباطل، كما أنها بالإضافة إلى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه أخص مطلق فيرفع اليد بها عن إطلاقه. والوجه في كونها أخص ما تقدم من أن مقتضى إجازة المالك لمعامله العامل انتقال تمام الربح إلى المالك فيكون تملك العامل الحصه من الربح تملك مال الغير بلا رضاه، كما أن مقتضاها أنه يجوز لمن انتقل إليه رأس المال تملكه ولو بلا إجازة مالكة، فيرفع بذلك عن إطلاق حديث (٢) عدم حل المال بغير رضا مالكة.

ص: ٣١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥، الباب الأول من كتاب المضاربه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في أّجار غير الوليّ [١] في مال اليتيم وأنّ الرّبح لليتيم، فإنّها إن حملت على صورته إجازة الوليّ كما هو صريح جماعه تبعاً للشهيد كان من أفراد المسأله وإن عمل بإطلاقها كما عن جماعه ممّن تقدّمهم الشّرح:

[١] وهذه الروايات لا- تعم ما إذا أّجر الوليّ للطفل، فإنّ تجارته نافذه في حق الطفل، وليس على الوليّ ضمان سواءً كان ملياً أولاً، فإن التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال أولاً قرينه على ذلك؛ لأنّ اعتبار كون العامل ملياً لأجل أن يعوض عن مال الطفل في صورته تلفه أو الخساره. وهذا لا يجري في صورته أّجار الوليّ لمصلحه الطفل؛ لعدم الموجب لضمانه، بل يجري الضمان في صورته أّجار الوليّ بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو كان العامل بمال الطفل أجنبياً لم يكن له ولاية على مال الطفل أو وكاله فيه.

وبتعبير آخر: إذا كان وليّ الطفل ملياً يجوز له الاستقراض بمال الطفل والأّجار لنفسه، وفي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل وليّ مال يتيم، أّستقرض منه؟ فقال: إن عليّ بن الحسين قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك» (١). ويرفع عن إطلاقها بمثل صحيحه ربعي عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن هو أّجر فالربح لليتيم وهو ضامن» (٢). وفي روايه منصور الصيقل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال: فقال: إذا كان عندك مال وضمّنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٨، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

الشرح:

ضامن للمال»(١).

وكذا يجوز للمولى المضاربه بمال الطفل فيما إذا رأى ذلك صلاحا للطفل، وهذا مقتضى ولايته على الطفل وماله، وذكرنا أنّ الروايات الواردة في كون الربح لليتم والخساره والضمان للعامل لا تكون ناظره إلى هذه الصوره بقريته اعتبار كون الولي مليا، فإن ملاءته وعدمها لا دخل لهما في جواز المضاربه للطفل. وفي روايه أبي الربيع قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيه، أيصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما. قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظرا له»(٢)، فإن ظاهرها عدم الضمان للولي فيما إذا كان اتجاره مراعيًا لمال الطفل.

وأما روايه أسباط قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «كان لى أخ هلك فأوصى إلى أخ أكبر منى وأدخلنى معه فى الوصيه، وترك ابنا صغيرا وله مال، أفضرب به أخى؟ فما كان من فضل سلّمه لليتم وضمن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا- بأس، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»(٣)، فإنها غير ظاهره فى اعتبار الملاءه فى الولي فى صورته تجارته للطفل، بل ظاهرها اعتبارها فى صورته استقراض الولي. ولا- يكون فرض دفع الربح إلى اليتيم قرينه على كون تجارته لليتم، مع أن الروايه ضعيفه سندا، ولا يمكن الاعتماد عليها فى رفع اليد عن القواعد العامه.

لا يقال: يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولي من مال الطفل ولو مع

ص: ٣١٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٧.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٦.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

الشرح:

عدم الملاءه، وفي روايه البرنطى قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج إليه، فيمدّ يده فيأخذه وينوى أن يرده، فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيتته أن لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (١).

فإنه يقال: مع ظهورها فى الترخيص فى الاستقراض لقوته لا للتجاره ونحوها، ومعارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالإضافة إليها كروايه زراره ومحمد بن مسلم معا عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «مال اليتيم إن عمل به الذى وضع على يديه ضمن ولليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: «إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم فى أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم» (٢)، لا يمكن الاعتماد عليها؛ لضعف سندها.

والحاصل: ينحصر ضمان مال الطفل وكون تمام الربح لليتيم بموردين:

أحدهما: ما إذا كان العامل أجنبيا يعمل بمال الطفل من غير ولايه ووكاله عن وليه.

وثانيهما: ما إذا لم يكن وليه مليا وقد استقرض مال الطفل واتجر به لنفسه، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام «فى مال اليتيم قال: العامل به ضامن، ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، وقال: إن عطب أذاه» (٣).

فإنه يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الولي الملى المستقرض مال الطفل والتجاره به لنفسه بما تقدم، وقد ذكر كون الربح لليتيم فى صورته عدم ملاءه الولي فى

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٥٩، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٥٨، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٣- (٣) المصدر السابق: ٢٥٧، الحديث ٢.

الشرح:

صحيحه ربعي المتقدمه.

ثم إنه لا فرق قى كون تمام الربح لليتم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم أو أدى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بدمته، وفي صحيحه زراره وبكير معا عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ليس على مال اليتيم زكاه، إلا أن يتجر به، فإن اتجر به ففيه الزكاه والربح لليتم وعلى التاجر ضمان المال»^(١)، فإن هذه أيضا تعم ما إذا كان التاجر بمال الطفل وليا أو غيره.

فتحصل من جميع ذلك: أن مفاد هذه الروايات أجنبي عن بيع الفضولى، بل ولا استثناس فيها له وأن الحكم الوارد فيها تعبدى وهو الحكم على المعامله بكون ربحها للطفل حتى فيما إذا كان ذلك على خلاف القواعد، كما إذا اشترى غير الولى بثمان بدمته ودفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولى غير الملى كذلك.

وبذلك يظهر أن ما قيل من أن حكم الشارع بثوت الربح لليتم إجازته للمعامله الفضوليه غير صحيح، فإن مقتضى الإجازة فى المثالين وقوع المعامله للمتجر لا للطفل، كما ظهر أنه لا يمكن تطبيق الروايات على القاعده بدعوى أنه إذا لم يجز للولى الاستقراض بمال الطفل وكان القرض محكوما بالبطلان تكون المضاربه واقعه على مال الطفل فيكون الربح له. فإن ظاهرها كون تمام الربح لليتم وهذا لا يناسب صحه المضاربه، كما أن كون الخسران على الذى وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها، أضف إلى ذلك أنه إذا كان اشتراء العامل بدمته ودفع مال اليتيم أداءً لما عليه لا تقتضى القاعده إلا بطلان الأداء لا دخول الربح فى ملك اليتيم.

ص: ٣١٥

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٨٩، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٨.

خرجت عن مسأله الفضولي، لكن يستأنس بها لها بالتقريب المتقدم. وربما احتتمل دخولها فى المسأله من حيث إن الحكم بالمضى إجازة إلهية لا حقه للمعامله، فتأمل. وربما يؤيد المطلب أيضا: بروايه ابن أشيم [١] الوارده فى العبد المأذون

الشرح:

[١] أقول: يحمتمل كون العبد المأذون مأذونا حتى من قبل الورثه بالبيع والشراء لهم بأن كان لهم عنده مال غير الألف الذى دفع إليه مورثهم، وعلى ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون ليس من إجازة شراء الفضولى ليؤيد بهذه الروايه (١) صحه عقد الفضولى بلحوق الإجازة به، ويحمتمل كون دعوى الورثه من جهه أن العبد المعتق بالكسر كان وكيلاً من قبل أبيهم لا وصيا عنه، حيث لم يصرح فى الروايه بأنه أوصى إلى العبد المدفوع إليه المال، وبما أن الوكاله تبطل بموت الموكل فدعواهم أن الشراء كان بعين مالهم بمنزله إجازة لشراء الفضولى.

ثم إن الحكم بعود المعتق بالفتح رقا لمولاه الأول باعتبار أن الورثه ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بأن يطالبوه بحق لازم عليه، بل المخاصمه تكون بين ورثه الميت ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج، وكل من الورثه ومولى العبد المأذون يدعى مالكيه العبد الحاج بالشراء وكاله أو يجازة شراء الفضولى وينكر ذلك عليهم مولاه، يعنى مالكة الأول، والأصل المعتبر وهو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الأول منكرًا.

لا يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور، حيث إن أصله الصحه فى الشراء تكون حاكمه عليه.

فإنه يقال: إنما تجرى أصله الصحه مع إحراز تحقق أصل الشراء، كما إذا شك فى بعض شروط صحته، وأما مع عدم إحراز وجود أصل المعامله وتحقق عنوانها

ص: ٣١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٠ ، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها، ويحجّه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثه الدافع، وادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام «يُرَدُّ المملوك رِقاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنه بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رِقاً له. . . الخير»، بناءً على أنّه لولا- كفايه الا- اشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنه لإجازه البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامه البيّنه عليها كافيها فى تملك المبيع.

الشرح:

فلا مورد لأصالة صحتها، والمقام كذلك فإنّه على إنكار مولى المعتق بالفتح لا يحصل الشراء أصلاً.

لا يقال: يؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشترى أباه بما دفعه إليه الرجل، كما هو مقتضى قاعده من ملك شيئاً، أى تصرفاً، ملك الإقرار بذلك التصرف.

فإنه يقال: لا مجرى فى المورد للقاعده أيضاً، حيث يقبل إقرار المالك بالعمل، أى إخباره عن وقوعه أولاً وقوعه، مع إحراز أنه سلطان للعمل المزبور فى زمان إخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف، مثلاً إذا أخبر الزوج بالرجوع فى زمان عده زوجته فإن كان إخباره فى زمان العده يقبل منه وبعد انقضائها لا يقبل، وفى المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشترى بالمال الذى دفعه إليه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورد فلا يسمع.

أضف إلى ذلك أنّ القاعده المزبوره موردها اختلاف الوكيل مع موكله لا مورد دعوى موكله على الآخر أو بالعكس بأن يكون إخبار الوكيل موجبا لثبوت حق موكله على الآخر أو العكس، كما إذا قال موكله: «باع وكيلى المتاع بمئه»، وقال المشتري: «بل اشتريته بشمانين»، فإن اعتراف الوكيل بكون الثمن مئه لا- يوجب تعيين الثمن، بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهداً، وتفصيل الكلام موكول إلى محله.

ص: ٣١٧

ومما يؤيد المطلب أيضاً: صحيحه الحلبي [١] «عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه. فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على

الشرح:

نعم، في الرواية إشكال آخر، وهو أنه كيف حكم الإمام عليه السلام بصحة الحج مع اشتراط الحج بكون الحاج حراً أو يكون حجه بإذن مولاه؟ وكيف يستحق الأجره مع أن المال المدفوع إليه ملك الورثة.

والجواب عن ذلك: بأن الرواية غير ناظرة إلى صحة الحج، بل ظاهرها أن العبد الحاج قابل للرد إلى مواليه ولكن حجه لتصرمه وانقضائه غير قابل للرد ضعيف، فإن ظاهر مضي الحج صحته، وظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأجره على الحج.

والحاصل: أن عدم جواز حج العبد من غير إذن مولاه ليس من جهة حرمة تصرف العبد في ملك مولاه ليقال بأنه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فيعم الحج ما دل على مشروعيه حج الإنسان عن نفسه أو غيره، بل عدم جوازه باعتبار اشتراط إذن مولاه في حجه، كما هو ظاهر قوله سبحانه: «عَبِيداً مَّملُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (١)، وظاهر الروايات الواردة في حج العبيد والإماء فلاحظ. والذي يسهل الأمر ضعف الرواية سنداً فإن الشيخ رحمه الله رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم (٢)، وصالح بن رزين وإن وقع في إسناد تفسير علي بن ابراهيم، إلا أن ابن أشيم ضعيف.

[١] رواها الشيخ رحمه الله بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن حماد

ص: ٣١٨

١- (١) سورة النحل، الآية ٧٥.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٣٤، الحديث ١٠٢٣.

صاحبه الأول ما زاد». فإنَّ الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحه بيع الفضولى لنفسه.

الشرح:

عن الحلبي (١)، وظاهرها أخذ الثوب بوضيعة الإقالة بتقيص من ثمنه فيكون النهى عن الأخذ المزبور، كما هو مقتضى النهى عن المعامله إرشادا إلى بطلانها، وعلى ذلك فإذا باعه البائع ثانياً يكون بيعه من المشتري الثانى فضوليا. وحيث إنّ مشتريه الأول المالك للثوب واقعا كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عند ردّه عليه إجازة للبيع الثانى.

وربما يقال: إنّ الروايه لا ترتبط ببيع الفضولى أصلاً، فإنه لم يفرض فى الروايه أن المشتري الأول قد أجاز البيع الثانى، ولعله لا يرضى بالبيع الثانى بعد وقوعه؛ لزياده قيمه السوقيه للثوب بعد إقالته، ولو كان الحكم بصحه البيع الثانى باعتبار كونه فضوليا قد لحقت به الإجازة لزم رد تمام الثمن فيه على المشتري واسترداد المدفوع إليه بالإقاله الفاسده، بل الظاهر أن البيع الثانى بيع تام يقع للمشتري الأول، حيث إن رده الثوب على بائعه بوضيعة إبراز منه لرضاه ببيعه بأكثر من ثمنه، ومع هذا الإبراز يقع البيع الثانى من البائع مقارنا لرضاه المبرز فيصح.

أقول: كيف يكون مع غفله البائع والمشتري الأول عن بطلان الإقاله إبراز من المشتري الأول والإذن منه للبائع ببيعه بأكثر من ثمنه، نظير ما إذا باع متاعه ببيع فاسد شرعا فإنه كيف يمكن الالتزام أن البيع المزبور مع الغفله عن فساد توكيل للمشتري ببيعه بأزيد من الثمن المزبور؟

نعم، فى مثل ما وكل الغير فى بيع متاعه بالأقل باعتقاد أن متاعه لا يساوى أكثر من ذلك يكون ذلك توكيلاً بأكثر من المقدار المزبور، وقد ذكر نظير ذلك فى توكيل رسول الله صلى الله عليه وآله عروه بشراء شاه واحده بدينار فاشترى شاتين، فإن التوكيل المزبور يدل

ص: ٣١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .

ويمكن التأييد له أيضا [١]: بمؤثقه عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال: لا- بأس... الخبر». بناءً على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعه، ويوفيه دينه. ولا- ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الزوايه ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظه هذه القضية الشخصيه.

الشرح:

بالفحوى على توكيله في شراء شاتين بالمقدار المزبور.

والحاصل: الظاهر وقوع المعامله المزبوره بنحو الفضولي وكراهه المشتري الثوب المزبور وأخذه ما زاد على المقدار المدفوع إليه عند رده عليه إجازة عمليه للبيع المزبور، كما أن أخذ ذلك التفاوت مبادله معاطاتيه بين المدفوع إليه أولاً ومقدار مساويه والباقي بيد البائع ويتعين الالتزام بها، سواء كان البيع الثاني من البيع الفضولي أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقاله.

[١] لا يخفى أن حمل المؤثقه (١) على صورته كون شراء السمسار فضولياً ليجيزه دافع الورق فيما أراد ويرده فيما لم يرد ضعيف، غايته فإنه إن فرض أن مالك الورق قد أذن له في شراء المتاع فشرائه يخرج عن الفضولي لا محاله، وإن لم يأذن له في شرائه فالشراء وإن يكون فضولياً إلا أن لازم ذلك أن لا يكون للسمسار حق المطالبه بالأجره على شرائه حتى بعد إجازة مالك الورق، فإن الموجب لاستحقاق الأجره توكيله أو الإذن في الشراء والمفروض عدمهما.

ص: ٣٢٠

ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعه، فيلتزم بالبيع فيما رضى ويفسخه فيما كره. ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره. وليس في مورد الروايه ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله [١] على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده.

الشرح:

وكذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بأن يكون الورق المدفوع إليه قرضاً عليه فيشترى به المتاع لنفسه أو يوفى به دينه، أى الثمن الكلى بذمته، فإن هذا لا يناسب توصيف السمسار بأن يشتري بالأجر فإن توصيفه به بمنزله أنه ذكر في فرض السؤال أيضاً يشتري بالأجر، وإلا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فإن السمسار هو الدلال شأنه أخذ الأجره على شرائه وبيعه للغير.

وأيضاً أن السمسار مع شرائه لنفسه ثم بيعه لصاحب الورق لا يستحق على الشراء المزبور أجره أصلاً، غايته أن له أن يبيع ما اشتراه بالأجر - كثر فيتعين في فرض الروايه الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، ولعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجره على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

وحاصل الجواب: أنه لا بأس بذلك بعد المقاوله بأنه لا يعطى أجره على شراء متاع لا يريد أخذه، والله سبحانه هو العالم.

[١] وتوضيحه: أن مجرد إجراء النكاح وعقده لا يكون محرماً على العبد تكليفاً، فإن إجراءه كسائر تكاليفه لا يكون من المحرمات ولو مع عدم إذن صاحبه، والمراد من

وحاصله: أنّ المانع من صحّحه العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً وهو عصيان الله تعالى.

وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فيزواله يصحّ العقد، ورضا المالك من هذا القبيل، فإنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعل؛ فإنّه يستحيل رضاه.

الشرح:

معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله في نفوذ نكاحه، والمستفاد من تلك الأخبار أنه كلما كان نقص المعاملة وعدم نفوذها من جهة معصية أحد، يعنى من جهة فقد رضاء من يعتبر في نفوذها رضاه، فتمت تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا ولو بعد زمان، وهذا بخلاف المعاملات التي يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضا الشارع بها، كالنكاح في العده فإنه لا يحتمل عروض الصحة له.

ومما ذكرنا يظهر: أن هذه الأخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط، كبيع الراهن بدون رضا المرتهن، وأما إذا كان عدم نفوذه من جهة عدم إضافته أيضا إلى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

ويستدل على صحه بيع الفضولي بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقا، أو في خصوص المناكح والمساكن والمتاجر فإن المراد بالمناكح الجوارى التي تدخلن في الرق بالأسر، فهن إما ملك الإمام عليه السلام كما إذا وقعن في الأسر في الحرب بلا إذنه عليه السلام، أو أن له عليه فيهن الخمس كما إذا كان الحرب بإذنه عليه السلام، فيكون شراؤهن ممن عنده من الشراء فضولاً وتحليلهن للمشتري فيما إذا كان شيعيا من لحوق الإجازة بالشراء المزبور، فينتقل الخمس إلى بدلهن وهو الثمن الذي يأخذه البائع.

وكذا الأراضي التي تكون ملكا للإمام عليه السلام كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير إذنه عليه السلام، أو التي يكون له فيها الخمس كالأرض المشترى من الذمى فيما إذا تملكها باشتائها من المسلم فإنه إذا باعها الذمى من الشيعى يكون الشراء فضوليا بالإضافة إلى

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة وبعضها وإن كان مما يمكن الخدشه فيه إلا أن في بعضها الآخر غنى وكفايه.

الشرح:

خمس الأرض، وتحليل تلك الأرض للمشتري إجازة لشرائها. والمراد بالمتاجر الأموال المشتراه المتعلقة بها الخمس بيد من لا يعتقد بالخمس، فإن شراءها من البائع المزبور يكون من الشراء الفضولي وتحليلها للمشتري الشيعي إجازة لشرائها، كما ذكر.

بل ذكرنا في محله أن ظاهر أخبار التحليل هو تحليل الخمس مطلقا، سواء كان من قبيل المناكح والمساكن أو المتاجر بالمعنى المزبور أولاً، ومقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحه على بن مهزيار الداله على أن الخمس في كل ما يفيد الرجل، إلى أن قال: (أن يبلغ مواليه بإيصال حقه عليه السلام إليه أو وكيله)^(١)، هو أن الذي يتعلق الخمس بالمال في يده مكلف بإيصاله إلى أربابه وأنه لم يتعلق بالخمس المزبور حلّ بالإضافه إليه، وأما الذي يقع هذا المال بيده قبل إخراج خمسه لا يجب عليه إخراج الخمس السابق وأنه يحل له تمام ذلك المال.

وعلى ذلك فلو اشترى متاعا تعلق به الخمس في يد بائه يملك تمام ذلك المتاع، كما هو مقتضى شمول أخبار التحليل للمشتري، وينتقل الخمس بئنه المدفوع، كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبائع، وإذا وصل إلى يد الشيعي من غير معاوضه، كما إذا دفع المشتري ما فيه الخمس إلى البائع وفاءً لما عليه من الثمن الكلي، فيمكن أن يقال: بضمان المشتري الخمس، حيث إن دفعه إليه وفاءً لما عليه من الثمن مع تحليل الخمس للبائع إتلاف منه للخمس فيضمن. وكذا في موارد دفعه إلى المشتري مجانا، بخلاف ما إذا كان انتقال ذلك المال إلى الشيعي بحكم الشارع فقط، كما في موارد إرث المال الذي تعلق به الخمس بيد المورث، فإن مقتضى تلك الأخبار

ص: ٣٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٠١ ، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه، الحديث ٥ .

الشرح:

حل ما فيه الخمس للوارث والمورث لا يضمن الخمس، حيث إنه لم يدفعه ليضمن إتلافه، وهكذا.

ويشهد أيضا على أن من وصله مالٌ تعلق به الخمس مكلف بإخراجه صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمته، قال: يؤدى خمسنا ويطيب له»^(١). وصحيحه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا الخمس»^(٢). وفي موثقه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيله، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت»^(٣). وفي صحيحه ابن أبي نصر قال: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: الخمس أخرجه قبل المؤنه أو بعد المؤنه، فكتب: بعد المؤنه»^(٤) . . . إلى غير ذلك.

نعم، ورد في بعض روايات التحليل بالإضافة إلى من تعلق الخمس بيده ولكن مدلولها تحليل شخصي لا- يمكن التعدي أو استفادة الحكم الكلي، كروايتي مسمع بن عبد الملك وعلي بن مهزيار.

ثم إن الروايات الواردة في تحليل الخمس للشيعة قد تذكر شاهداً لتمام شراء الفضولي بلحوق الإجازة به، بل قيل: إن التحليل إجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى

ص: ٣٢٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٩ : ٤٨٨، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٨.
 - ٢- (٢) المصدر السابق: ٤٨٧، الحديث ٦.
 - ٣- (٣) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٢.
 - ٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ : ٥٠٨، الباب ١٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

الشّرح: قول على عليه السلام: «ألا وإن شيعتنا من ذلك وآباءهم من حل»^(١)، وربما يذكر أنه قد تقدم عدم خروج البيع عن الفضولية بمجرد مقارنته برضا المالك واقعا، بل لا بد من إبراز الرضا، وعليه فيقل الكلام في أن مجرد إبراز الرضا كاف في خروجه عن الفضولية وإن لم يصل ذلك الإبراز إلى العاقد، كما إذا باع مال الغير قبل وصول إبراز المالك رضاه إليه، أو أنه يعتبر في خروجه عن الفضولية وصول ذلك الإبراز إلى العاقد قبل عقده المعبر عن ذلك بالإذن. الظاهر هو الثاني؛ لأنه لا يصح استناد البيع إلى المالك. وأنه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلك الإبراز إليه، فيكون الإبراز المزبور من الإجازة اللاحقة للبيع الفضولي.

أقول: هذا الكلام عجيب، فإنه إذا لم يكن الإبراز المزبور مصححا لاستناد البيع إلى المالك فكيف يعتبر ذلك الإبراز إجازة، مع أنه يعتبر في الإجازة كونها مصححة لاستناد العقد إلى المجيز؟

وبعبارة أخرى: كما يعتبر في صحة الاستناد وصول إبراز الرضا من المالك العاقد كذلك يعتبر فيها وصول خبر البيع إلى المالك وإظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلك بالإجازة.

والحاصل: أنه لا يعقل أن يكون إبراز الرضا من على عليه السلام توكيلاً للشيعه في الشراء أو إجازة منه لذلك الشراء، حيث لا يعقل الوكالة لما بعد موت الموكل أو الإجازة للعقد الواقع بعد موته. والصحيح أن التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولي ولا بالتوكيل فيه ليقال: إنه كيف يصحح استناد الشراء إلى الإمام عليه السلام، بل هو من قبيل إعطاء الولاية لمن ينتقل إليه ما فيه الخمس على المعامله عليه، نظير إعطاء الموصى

ص: ٣٢٥

١- (١) المصدر السابق: ٥٤٣، الباب ٤ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث الأول.

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة:

أمّا الكتاب فقوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ» دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراضٍ أو التجاره لا عن تراضٍ غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أنّ الفضولى غير داخل فى المستثنى.

الشرح:

الولاية على الوصى على التصرف فى ثلثه بإجارته أو بيعه أو بيع منافعه.

وقد تقدم نظير ذلك فى شراء الخراج وتقبل الأرض من السلطان، حيث ذكرنا أن تحليل الخراج المأخوذ منه وتحليل تلك الأرض إعطاء ولاية للمشتري والمتقبل فى الشراء والتقبل.

لا- يقال: تحليل الخمس للشيعى لا- يلزم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم فى أنه بنحو التوكيل أو الإجازة أو من إعطاء الولاية، بل مقتضاه أنه يجوز للشيعى تملك ما فيه الخمس فإذا اشترى متاعا تعلق به الخمس بيد بائعه، فمقتضى أخبار التحليل انتقال ذلك المتاع بتمامه إلى المشتري، ولو تملك البائع تمام الثمن يكون ذلك تحليلاً للخمس له. فلا بد من القول بأنه لا يملك من الثمن المقدار الواقع مقابل خمس المتاع، بل يبقى ذلك المقدار من الثمن فى ملك المشتري فيجوز له الامتناع من رفعه إلى البائع على تقدير تمكنه على الامتناع، وكذا فى مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فإنه يكون تمام الثمن ملكا للبائع. وأما المتاع فخمسه يبقى فى ملك البائع، فيجوز له الامتناع عن دفعه إلى المشتري، وعلى تقدير دفعه لا- يدخل فى ملك المشتري.

فإنه يقال: لسان أخبار التحليل أن التحليل لتسهيل الأمر على الشيعة فى معاملاتهم ومناكحهم ومعاشرتهم، وهذا يناسب إمضاء المعاملة الجارية على مال الخمس أو إعطاء الولاية على تلف المعاملة، لا الإذن فى تملك كل ما وقع بيده مما فيه

ص: ٣٢٦

وفيه: أنّ دلالته على الحصر ممنوعه [١]، لا نقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكى عن جماعه من المفسرين ضروره عدم كون التجاره عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائده أخرى ككونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه،

الشرح:

الخمس ولو كان ذلك الوقوع عدوانا على من تعلق الخمس بالمال فى يده أو على أرباب الخمس.

[١] قد تقدم فى بيان صحه بيع المكره بلحوق الإجازة به بيان كون الاستثناء فى الآيه منقطعا فلا دلالة فيها على الحصر، وأن مقتضى تقييد التجاره بكونها عن تراض عدم كونها بإطلاقها موجب لتملك مال الغير، وأما كون التجاره ناشئه عن التراضى بحيث لا ينفع لحوق الإجازة بها فلا يعتبر باعتبار أن القيد كما ذكر غالبى لا يمنع عن التمسك فى صحتها، مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا- يخفى أنّ المنسوب إلى أهل الكوفه قراءه تجاره بالنصب والباقى بالرفع، وعلى قراءه رفعها يكون عن تراض قيذا للتجاره أو خبرا عنها والخبر فى معنى القيد لها، وأما على قراءه النصب فيحتمل أن يكون عن تراض خبرا بعد الخبر فمفاد الآيه: لا تملكوا أموال الناس بالباطل، وتملكوها بالتجاره وبالتراضى والمصالحه. وعلى ذلك فلا يكون فى الآيه تقييد التجاره بكونها ناشئه عن التراضى ولكن غلبه توصيف النكره ومنها التجاره فى الآيه يوجب كون الظرف قيذا لا خبرا بعد خبر.

ثم إنه رحمه الله قد قرب شمول الآيه للعقد الفضولى بلحوق الإجازة به، وأن مقتضى الآيه صحته حتى على تقدير كون القيد قيذا غير غالبى وأنّ له مفهوما كسائر القيود. ووجه التقريب: أنّ خطاب النهى متوجه إلى الملاك، وأنهم قد نهوا عن أن يأكل بعضهم

وفى قوله تعالى: «وَرَبَّآئِبِكُمْ اللَّائِىِ فِي حُجُورِكُمْ» مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر ل «تكون» على قراءه نصب «التجاره» لا قيذاً لها، وإن كان غلبه توصيف التكره تؤيد التقيد فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل «تجاره» وتكون «عن تراض».

الشرح:

مال بعض آخر بالوجه الباطل، بل يجوز التملك بتجاره الملاك الناشئه عن رضاهم، ومن الظاهر أن التجاره قبل إجازة المالك لا تكون تجارته، بل يتم استنادها إليه بإجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى.

وقد ذكر اليزدى رحمه الله الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالآيه على بطلان بيع الفضولى هو كون خطاب النهى متوجه إلى الملاك بالتقريب المزبور، وإلا فدعوى أن الاستثناء فيها منقطع فلا يدل على الحصر غير صحيحه؛ لأن الاستثناء المنقطع فى نفسه مستحيل، فإنه لا يصح أن يقال: ما رأيت من العلماء أحداً إلا بطيخاً، وما جاءنى زيد إلا عمرو. ومن الظاهر أنه لو كانت (إلا) فى موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين، وعدم صحتهما كاشف عن أن (إلا) فى جميع موارد استعمالها تستعمل فى الاستثناء.

غايه الأمر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاءً بأن يراد فى قوله: ما جاءنى من العلماء إلا خادمهم، العلماء ومن يتعلق بهم، وعلى ذلك فى قوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» لا يكون المستثنى منه شيئاً من المذكورات فيها من الأكل والأموال والباطل، بل المستثنى منه محذوف وهو بشىء من الأسباب. والمعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب فإنها باطله، إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض، فقد حذف المستثنى منه وأقيم

ص: ٣٢٨

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لحلّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي، مع أنّ الخطاب لملاك الأموال، والتجاره في الفضولي إنّما تصير تجاره المالك بعد الإجاره، فتجارته عن تراضٍ.

وقد حكى عن المجمع: أنّ مذهب الإماميه والشافعيه وغيرهم أنّ معنى التراضي بالتجاره إمضاء البيع بالتفرّق أو التّخاير بعد العقد، ولعلّه يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

الشرح:

علته مقامه، نظير قوله سبحانه: «وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ»^(١)، و«إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ»^(٢).

أقول: لا تقاس آيه النهي عن الأكل بشيء من الآيتين في حذف الجزاء وقيام تعليله مقامه، فإن المذكور فيهما لا يصلح أن يكون جزاءً مترتباً على الشرط الوارد فيهما ولكن الأمر في آيه النهي عن الأكل ليس كذلك، وليس فيها تلك القرينه ولم يذكر فيها: لا تأكلوا أموالكم بينكم فإن أكلها باطل، بل قوله سبحانه: «بِالْبَاطِلِ» في نفسه ظاهر في كونه متعلقاً بالأكل الوارد عليه النهي، وأنه عنوان لسبب الأكل لظهور (الباء) في السببيه. فيكون المنهى عنه هو الأكل الخاص وهو الأكل بسبب الباطل، فيكون التجاره عن تراض من الاستثناء المنقطع، فإنه لولا الاستثناء لما تدخل في المستثنى منه.

وما قيل في وجه استحاله استثناء المنقطع وعدم كون (إلا) بمعنى (لكن) والاستشهاد بالمثالين المتقدمين غير صحيح، غايه الأمر أن لا يكون (إلا) في موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن)، بل بمعنى الاستثناء ولو ادعاءً، وهذا الادعاء صحيح فيما كان المستثنى مناسباً للمستثنى منه. ولا يستلزم أن يكون المراد بالمستثنى منه معناه

ص: ٣٢٩

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٩٧.

٢- (٢) سورة يوسف: الآية ٧٧.

وأما السنّة [١]. فهي أخبار:

الشرح:

المجازى ليعم المستثنى، فإذا قيل: ما جاءني من العلماء إلا خادمهم، فالمستثنى مع المستثنى منه يعد في العرف عائله والأكل بالتجاره مع الأكل بالأسباب الباطله يعد تملكاً بالسبب... وهكذا، فلاحظ وتدبر.

[١] الروايات التي ذكرها في المقام على طوائف.

الأولى: ما تضمن النهى عن بيع ما ليس عنده، وفي النبوي المحكى في أخبار العامه قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» (١) وفي روايه سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام وروايه حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه في مناهى النبي صلى الله عليه وآله قال: «ونهى عن بيع ما ليس عندك» (٢). وعدم حضور المبيع عند البائع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه؛ لعدم ملكه حال البيع، وذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع في مكان يكون البائع فيه حال البيع.

وعلى ذلك فتكون هذه مساويه للطائفة الثانيه، وهي: ما تضمن نفى البيع إلا إذا تعلق بملكه، كقوله في النبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله: «لاطلاق إلا فيما يملك»، ولا عتق إلا فيما يملك»، وهذا كما يظهر من الروايات المتعدده (٣) إلغاء للبيع قبل الملك وإلغاء للطلاق قبل الزواج والعتق قبل الملك، ولو بأن يقول: «لو تزوجتك فأنت طالق»، أو «لو تملكك فأنت حر».

الثالثه: ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك، وفي التوقيع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» (٤)، ولكن لا يخفى أنّ ظاهره

ص: ٣٣٠

١- (١) راجع سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧ و ٣٣٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٧ و ٤٨، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

٣- (٣) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩، و راجع عوالي اللآلى ٢ و ٣: ٢٤٧ و ٢٠٥، الحديث ١٦ و ٣٨.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

منها: النبويّ المستفيض، وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبويّ الآخر: «لا يبيع إلاّ في ما يملك» بعد قوله صلى الله عليه وآله: «لا تطلق إلاّ في ما يملك، ولا عتق إلاّ في ما يملك»، ولما ورد في توقيع العسكري (صلوات الله عليه) إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك».

وما عن الحميري أنّ مولانا عليه السلام كتب في جواب بعض مسائله: «أنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه».

الشرح:

عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بئنه.

وأما أنه لا- يتم أيضا لمالكة بإجازته فلا- تتعرض له الصحيحه بقرينه الحكم في ذيلها بوجوب البيع ولزومه فيما يملك، فإنّ المقابلة المزبوره مقتضاها أن النفي والإثبات بالإضافة إلى البائع فقط.

الرابعه: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بقم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلاّ برضا أهلها»^(١). وروايه الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، إلى أن قال: «فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالكها أو بأمره أو رضى منه»^(٢). والروايه مرفوعه؛ لعدم ذكر الطبرسي سنده إلى الحميري، والمراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره، وإلاّ- فلا- عبره بالرضا المعلوم بغيره ولا- يخرج العقد به عن الفضوليه كما مر بيانه عند التعرض لقضيه عروه البارقي، وكذا الحال في الرضا الوارد في صحيحه محمد بن

ص: ٣٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٤، الباب الأول من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٣٧، الحديث ٨.

وما في الصّحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرضٍ بقم النيل اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضنا، وأهل الأسياف يقولون: هي من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلاّ برضا أهلها».

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل «في رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً أنّها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له: يمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملكه».

والجواب عن النبويّ:

أولاً: أنّ الظاهر من الموصول [١] هي العين الشخصيّة للإجماع والنصّ على

الشرح:

مسلم واعتبار رضا أهل الأرض في تلك الصحيحه باعتبار أنهم ذو اليد عليها.

والحاصل: مدلول الروايتين دخاله رضا المالك في تمام البيع والشراء، وهذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به، فإن إجازة المالك إظهار لرضاه بالبيع والشراء كما تقدم.

الخامسة: روايه محمد بن القاسم بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها، قال: قل له: ليمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملكه» (١). ولا يخفى ضعف الروايه سنداً؛ لعدم ثبوت توثيق لأبي عبد الله البرقي، مع أنها لا ترتبط بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة وعدمها، فإنّ مدلولها عدم جواز القبض والإقباض للبائع غير المالك، وهذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به وبين المنكرين له.

[١] المراد بما الموصول في قوله صلى الله عليه و آله العين الخارجيه، بقريته ما ورد في صحه

ص: ٣٣٢

الشرح:

بيع الكلى على الذمه حالاً أو سلماً ولو مع عدم تملك شيء منه حال البيع، وقد ورد في بعض الروايات الرد على العامه، حيث إنهم يجوزون بيع الكلى سلماً ولا يجوزون بيع الكلى حالاً من غير أن يكون البائع مالكا له حال البيع، كصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأى شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأس، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود»^(١).

وهذا الرد منه عليه السلام مبنى على مسلك العامه من أخذهم في الأحكام بالاستحسان والقياس إلى موارد النص، وبما أن جواز السلم مورد النص عندهم وأن تسليم المبيع منه يكون بعد مده لا- يعلم تمكن البائع فيه عليه فيكون بيع الكلى حالاً مع إحراز التمكن على تسليمه أولى بالجواز.

وبعبارة أخرى: لو كان النهى عن بيع ما ليس عنده^(٢) أو ليس ما يملكه مطلقاً^(٣) فلا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورته كون المبيع عيناً خارجيه، أو بنحو الكلى فى الخارج.

لا- يقال: هذه الروايات مع ضعف إسنادها معارضة بمادل على جواز بيع الكلى على الذمه حالاً، فتحمل لرعايه التقيه؛ لوقوعها مورد التكذيب.

فإنه يقال: ليس فى الروايات المشار إليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبى صلى الله عليه وآله ، بل مدلولها جواز بيع الكلى على الذمه حالاً أو سلماً، فتكون مقيدة للنهى

ص: ٣٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٢- (٢) و (٣) مرّ سابقاً.

جواز بيع الكلّي، ومن البيع البيع لنفسه [١] لا- عن مالك العين، وحينئذٍ فإنّما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا- يقع له ولا- للمالك بعد إجازته. وإمّا أن يراد ما عن التّذكرة من أن يبيع عن نفسه ثمّ يمضى ليشتريه من مالكه، قال: لأنّه صلى الله عليه و آله ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشّيء فيمضى ويشتريه ويسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافاً، للنهي المذكور وللغرر، لأنّ صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك.

الشرح:

المنقول ولا تصل النوبة مع الجمع العرفي بين المتعارضين إلى طرح أحدهما أو حمله على رعايه التقيّه، كما هو المقرر في بحث التعارض.

[١] والوجه في ظهوره في ذلك هو السؤال الوارد فيه، حيث سأل الحكيم النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الشّيء ثم اشتراؤه وتسليمه إلى مشتريه.

وعلى ذلك فالمحتمل فيه أحد أمرين:

الأول: كون النهي إرشاداً إلى فساد البيع الذي أنشأه البائع غير المالك لنفسه وكونه لغوا لا يقع له ولا لمالكه حتى بالإجازة، ويناسب ذلك للاستدلال به على بطلان بيع الفضولي وعدم صحته بالإجازة.

الثاني: كون النهي إرشاداً إلى عدم وقوع البيع المنشأ عن بائعه الفضولي، بل يعتبر في وقوعه أن يبيعه بعد أن يملكه، وهذا يناسب السؤال الوارد فيه ولا تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكه بإجازته. ويرجع إلى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد ويحيى الآيتين في مسأله بيع الفضولي لنفسه، أي مسأله وقوع بيع الفضولي لبائعه، كما إذا باع

وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول ونحن نقول به، كما سيجيء.

وثانياً: سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لملكه إذا أجاز.

وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالته قوله: «لا- بيع إلا- في ملك»، فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي الصحّة في حقه لا في حق المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

الشرح:

ثم ملك وأجاز، حيث إنّ الخبرين يذکران في تلك المسألة وجهاً سابعاً من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

لا يقال: خصوص المورد في النبوي لا يكون موجبا لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه، وظاهر النهي عن بيع ما ليس عندك أو نفي البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولي ولا عن مالكة ولو بإجازته.

فإنه يقال: لو سلّم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصّة الواردة في عقد الفضولي والداله على أنّ المعامله الفضوليه تتم للمالك مع إجازته، وليس المراد حمل إطلاق النهي أو عموم نفي البيع على ما ذكر، بقرينه وجوب الوفاء بالعقود(١) أو دليل حل البيع(٢)، فإنّ النهي أو النفي في النبوي بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد. ومن المقرر في محله أنّ إطلاق

ص: ٣٣٥

١- (١) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائدة: الآيه ١ .

٢- (٢) يعنى الآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

الشرح:

المخصص أو المقيد يكون مقدماً على عموم العام وإطلاق المطلق، بل القرينه على حمل النبوى تلك الأخبار الخاصه الداله على تمام بيع الفضولى لمالكه مع إجازته.

وذكر المحقق الإيروانى فى تعليقه(١) أن النسبه بين الطائفتين، أى الأولى والثانيه، وبين ما دل على تمام البيع فضولاً بلحوق الإجازة به عموم من وجه، فإن الطائفتين ظاهرتان فى فساد البيع لنفسه، سواء أجازة المالك أولاً، فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه وعامتان بلحوق الإجازة به وعدمه. وما دل على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به خاصه من جهة لحوق الإجازة به، وعامه من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه أو لمالكه، فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به، فمقتضى الطائفتين بطلانه ومقتضى ما ورد فى تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة صحته، فيتساقطان.

أقول: لا- يخفى أن الكلام فى المقام فى المسأله الأولى من مسائل بيع الفضولى وهى ما إذا قصد الفضولى البيع عن مالكه مع لحوق الإجازة به، وإذا كان ذلك محكوماً بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه؛ لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتى، مع أنه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع(٢) وعموم وجوب الوفاء بالعقود(٣).

أضف إلى ذلك أن النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبائع الأجنبى، سواء أجازة المالك أم لا، وأما وقوعه للمالك بإجازته، سواء باع الفضولى لنفسه أو لمالكه، فهو مفاد

ص: ٣٣٦

١- (١) حاشيه المحقق الإيروانى رحمه الله على المكاسب : ١٢٢ .

٢- (٢) و (٣) مرّ سابقاً .

وأما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا [١] عليه السابقين أوضح، وليس فيهما ما يدلّ ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

وأما الحصر في صحيحه ابن مسلم والتوقيع، فإنّما هو في مقابله عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

وتوضيحه: أنّ النهى في مثل المقام وإن كان يقتضى الفساد إلاّ أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعامله عليه.

ومن المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، ولذا عدّ في الشرائع والقواعد من شروط المتعاقدين، أعنى شروط الصحة كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه وإن أبيت إلاّ عن ظهور الروايتين [٢] في لغويّه عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصهما بما تقدّم من أدلّه الصحة. وأمّا روايه القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلاّ على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حقّ لا ينافي صحّه الفضولي.

الشرح:

الروايات الخاصه الوارده في تمام بيع الفضولي بإجازه المالك فلا تعارض بينها وبين النبوي أصلاً، حيث إن المنفَى في النبوي وهو وقوع البيع للبايع الفضولي لم يكن مورد الإثبات في تلك الروايات أصلاً.

[١] المراد بهما روايتا خالد (١) ويحيى (٢).

[٢] المراد بهما مكاتبه الحميرى (٣) وصحيحه محمد بن مسلم (٤).

ص: ٣٣٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٠ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ : ٥٢ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٧ ، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨ .

٤- (٤) المصدر السابق : الحديث ٣ .

وأما توقيع الصفار، فالظاهر منه نفى جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم، ويفيده تصريحه عليه السلام بعد تلك فقره بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز.

وبالجملة: فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفى وقوعه للعاقده.

الثالث: الإجماع على البطالان، ادّعاء الشيخ في الخلاف معترفاً بأنّ الصحّح مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادّعاء ابن زهره أيضاً في الغنيه، وادّعى الحلّي في باب المضاربه عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

والجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين والمفيد والمرتضى والشيخ بنفسه في النّهاية التي هي آخر مصنّفاته على ما قيل وأتباعهم على الصحّح، وإطباق المتأخّرين عليه، عدا فخر الدّين وبعض متأخّري المتأخّرين.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبض الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروى في الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

والجواب أنّ العقد [١] على مال الغير متوقّفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه. نعم، لو فرض كون العقد علّه تامّه ولو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه.

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله أولاً: بأن إجراء العقد على مال الغير إذا لم يقصد ترتيب الأثر

ثم لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءه والاصطلاء بنور الغير وناره، مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولى، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد، مع أنه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله.

ومما ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولى قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعته المشترى، بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد. وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفه، أقواها: أنّ الشرح:

عليه بلا- إجازة مالكة لا يكون تصرفاً في ذلك المال خارجاً ليكون محرماً تكليفاً، وقد مر سابقاً أن إجراءه لا يزيد على التكلم الذى لا يكون المتكلم متصرفاً إلاّ فى لسانه.

نعم، إذا كان البيع عله تامه لترتيب الأثر عليه، كما فى بيع المالك أو الغاصب، كان جواز العقد وحرمة تابعين لجواز ذلك الترتيب وحرمة.

أقول: لا يكون بيع الغاصب أو المالك عله تامه أصلاً فإنّ القبض والإقباض أمر اختياري للمتعاقدين قد يترتب على البيع، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وقد لا- يترتب عليه، وإذا كان ذلك القبض أو الإقباض تصرفاً فى ملك الغير فلا تكون حرمة موجه لحرمة نفس العقد الذى لا- يخرج فى حقيقته عن التكلم بالألفاظ وقصد المعانى منها. نعم، إذا كان البيع بنحو المعاطاه يكون نفس القبض أولاً- إقباض بقصد حصول البيع تصرفاً فى ملك الغير، فىكون المحرم نفس القبض والإقباض لا أحدهما بعنوان العقد كما لا يخفى.

وذكر ثانياً: أنه لو فرض كون إجراء العقد على مال الغير تصرفاً ولكنه من قبيل الاستضاءه بضوء الغير والاصطلاء بناره من قبيل التصرف الجائر عقلاً.

أقول: الاستضاءه والاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذى لا يكون فيه تصرف، وهذا الانتفاع محكوم فى الشرع بالجواز؛ لعدم الدليل على حرمة، ومجرد

الشرح:

إجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون من التصرف ولا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

وذكر ثالثاً: بأنه لا ملازمه بين العقد فضولاً وبين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف والان تفاع بمال الغير، فإنه قد يعلم من الخارج وبالقرائن رضاء المالك بإجراء العقد على ماله، وهذا لا يخرج عن الفضوليه، كما مر في التكلم في قضيه عروه البارقي(1)، وعلى ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولاً في كل مورد بدعوى أنه محرم.

وذكر رابعاً: أنه على تقدير الملازمه بين فضوليه العقد وحرمة فلا يمكن الحكم بفساده، فإن النهى عن المعامله تكليفاً لا يقتضى فسادها.

وذكر خامساً: أنه على تقدير استفاده الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحيه البائع الفضولى، بمعنى عدم كونه سبباً مستقلاً للنقل والانتقال لا الفساد حتى من جهه مالكه ولو مع إجازته بأن يكون العقد جزء السبب فيتم بإجازة المالك.

وبما ذكر ظهر أنه لو كان قصد العاقد الفضولى ترتيب الأثر على العقد وفرض سرايه قبح هذا التجرى إلى الفعل الخارجى، يعنى العقد، فلا يكون قبح ذلك العقد أو حرمة من جهه التجرى مقتضياً لفساده، إلا بمعنى عدم كونه سبباً تاماً.

أقول: ما ذكره من أن حرمة بيع الفضولى على تقديرها لا تلازم فسادها، كما هو المقرر فى محله من أن النهى عن المعامله تكليفاً لا يقتضى فسادها صحيح، وأما ما أفاده من أنه على تقدير اقتضاء حرمتها فسادها لا يحكم أيضاً بفساد العقد الفضولى وأنه لا يتم بلحوق إجازة المالك؛ لأن مقتضى حرمة البيع فسادها، بمعنى عدم كونه سبباً

الشرح:

تماماً في حصول النقل والانتقال، وهذا ممّا يعترف به القائل بصحة بيع الفضولي، فإنه يترتب عنده النقل والانتقال على البيع المزبور مع لحوق الإجازة به لا يمكن المساعدة عليه. فإن تمام السبب للنقل والانتقال ليس هو نفس العقد، بل مع رضا المالك، فتعلق النهي بنفس العقد في مورد مقتضاه أنه لا يتم السبب بالعقد المزبور ولو مع لحوق رضا المالك به، وهذا هو المراد بفساد بيع الفضولي.

وعن النائيني رحمه الله (١) أن النهي عن معاملة إنما لا يقتضى فسادها فيما إذا تعلق النهي بالسبب، كما في النهي عن البيع وقت النداء، فإن مبغوضيته الإتيان بالإيجاب والقبول بما هو مفوّتٌ لصلاه الجمعه لا يقتضى مبغوضيه ملكيه المتاع للمشتري بإزاء الثمن. وأما إذا تعلق النهي بالمسبب، كالنهي عن بيع السلاح من أعداء الدين وبيع المصحف من الكافر، فمقتضى تعلق النهي بالمسبب عدم تمكن المكلف على إيجاده بالسبب، ويعتبر في صحة البيع سلطنه البائع على جعل ملكيه المتاع للمشتري وعدم كونه محجوراً في هذا التصرف.

ولذا ذكر الفقهاء بطلان الإجاره في الواجبات المجانيه، فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل وكونه محجوراً بالإضافة إليه. وكذا ذكروا بطلان بيع منذور الصدقه، فإنّ إيجاب الوفاء بالنذر والتصديق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطاناً على التصرف وانتقاله إلى الآخر بالبيع ونحوه.

والحاصل: أنّ النهي عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك في جعل ملكيه المتاع للغير يوجب بطلان البيع.

ص: ٣٤١

١- (١) فوائد الأصول ٢: ٤٥٨، ونقله عنه السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٣٢٥.

الشرح:

أقول: المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكيه المتاع للمشتري وهذه الملكيه أمر يعتبرها البائع ومبغوضيتها من المالك، كما هو مدلول النهى عن المسبب، لا ينافى إمضاءها على تقدير حصولها.

ودعوى أن النهى يقتضى عدم تمكن المالك على إيجاده بالسبب، فإن أريد عدم تمكنه حقيقه فبطلانه أوضح من أن يذكر، وإن كان المراد عدم التمكن شرعاً فلا معنى له إلاً مبغوضيته، كما هو فرض حرمة تكليفاً.

نعم، إذا كان النهى وضعياً فمفاده عدم إمضاء المسبب، وهذا خارج عن مورد الكلام.

وبالجملة: النهى عن المعامله بمعنى النهى عن السبب أو المسبب لا يقتضى فسادها.

نعم، إذا كان متعلق النهى التحريمى عملاً- يترتب على تمام البيع كحرمة القبض والإقباض، كما فى بيع السلاح لأعداء الدين، حيث إن إقباضه شوكه لهم على المسلمين، فيمكن دعوى أنّ حرمة الإقباض تنافى صحه البيع المزبور، فإنه لا يمكن أن يعمه دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، فتأمل.

وأما مسأله نذر التصدق بالمال، فإن وجوب الوفاء بالنذر والتصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر، كما أنه لا يوجب النهى عن سائر التصرفات المنافيه للتصدق به؛ لأن الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص.

وعليه فيبيع المال المزبور وإن يلازم ترك الوفاء بالنذر إلاً- أنّ البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلاً عن كونه موجياً لفساده، والمنسوب إلى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز، كما يظهر ذلك بالمراجعه إلى كلماتهم.

نعم، إذا كان نذر الصدقه بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور؛ لخروجه عن ملك الناذر بالنذر ودخوله فى ملك المنذور لهم.

القدره على التسليم معتبره في صحه البيع، والفضولي غير قادر وأن الفضولي غير قاصد حقيقه [١] إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك. ويضعف الأول مضافاً إلى أن الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً بل يكفي تحققه في المالك، فحينئذٍ يشترط في صحه العقد مع الإجازة قدره المجيز على تسليمه أو قدره المشتري على تسلّمه على ما سيجيء، ويضعف الثاني بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره، لا- أزيد منه، بدليل الإجماع على صحه نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

الشرح:

وأما مسأله الإجاره على الواجبات، فقد ذكرنا في ذلك البحث أنه لا- مانع من أخذ الأجره على الواجب، إلا إذا كان متعلق الوجوب الإتيان بالعمل مجاناً، بمعنى إلغاء الماليه عن ذلك العمل، فإنه مع الإلغاء لم يصح أخذ الأجره عليه حتى لو كان مستحباً فضلاً عن كونه واجباً.

[١] قد نسب هذا الوجه إلى السيد بحر العلوم (١) أيضاً ولعل مراده أنه يعتبر في صحه البيع إنشاء الملكيه حقيقه بأن يرى العاقد بنظره ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن، كما إذا كان العاقد مالكاً أو وكيلاً- أو ولياً على المالك، واما إذا كان العاقد فضولياً وبيع المال للمالك متوقعاً لإجازته، كما هو الفرض في المقام، فلا- ريب في أنه لا- يرى ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن، فيكون كييع الهازل في كونه لغواً.

والجواب: أنه إن أريد أنه يعتبر في صحه العقد أن يرى العاقد ملكيه المبيع للمشتري بإزاء الثمن مطلقاً فاعتبار ذلك في حقيقه الإنشاء ممنوع، فإنه كيف يعتبره ملكاً للمشتري بإزاء الثمن ولو مع عدم قبول المشتري. وإن أريد اعتبارها ولو معلقاً

ص: ٣٤٣

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك [١] والمشهور أيضاً صحته، وحكى عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك وبلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: «أئما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» بعد تضعيف السند على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته، فإنه يقع باطلاً.

الشرح:

فهو موجود في العاقد الفضولي أيضاً، فإنه يرى ملكه المبيع للمشتري معلقاً على قبوله وإجازة المالك، ومثل هذا التعليق لا يضر بصحة البيع فإنه تعليق على ما يتوقف حصول البيع عليه كما لا يخفى.

[١] المسألة الثانية: ما إذا سبق منع المالك بيع الفضولي، وعن فخر الدين أن هذا البيع ممنوع عند بعض من قال بتمام بيع الفضولي بلحوق إجازة المالك (١)، ويشير إلى ذلك كلام والده في «التذكرة»، حيث حمل النبوي: «أئما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر أي زان» (٢) بعد تضعيف سنده على تزوجه بعد كراهه مولاه ومنعه (٣)، ومقتضى إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة ورضا مولاه. وإذا كان النكاح مع سبق المنع عنه كذلك يثبت هذا في غيره أيضاً، حيث إن الفرق بين النكاح وغيره من هذه الجهة ضعيف، ويظهر اعتبار عدم سبق منع المالك من المحقق الثاني أيضاً، حيث ذكر في بطلان بيع الغاصب وجود القرينه العامه وهي الغصب على عدم رضا المالك ببيعه (٤).

وكيف كان، قد ذكر المصنف رحمه الله في وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الإجازة أمرين:

ص: ٣٤٤

- ١- (١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.
- ٢- (٢) سنن البيهقي ٧: ١٢٧.
- ٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٨.
- ٤- (٤) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره ويظهر من المحقق الثاني، حيث احتل فساد بيع الغاصب، نظراً إلى القرينه الداله على عدم الرضا وهي الغصب.

وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل: أن المستند في عقد الفضولي هي روايه عروه المختصه بغير المقام، وأن العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كاف في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقه، بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أماره عدم الرضا.

الشرح:

الأول: أن الدليل على صحه عقد الفضولى وتمامه بالإجازة روايه عروه البارقى(1)، وهي لا تشمل صورته سبق المنع.

أقول: مقتضى ذلك أن يعتبر أيضاً فى صحته بلحوق الإجازة رضا المالك به حال العقد واقعاً، كما هو المفروض فى قضيه عروه البارقى.

الثانى: أن بقاء النهى إلى ما بعد البيع وعدم نسخه إلى حصوله بمنزله رد البيع.

وفيه: أن النهى السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد، بمعنى كراهته له، وسيأتى إن شاء الله تعالى أن مجرد عدم الرضا بالبيع وكراهته له لا يكفى فى رده، بل لابد فيه من إلغاء إنشائه حتى لا ينفع لحوق الإجازة به. واستظهار كفايته من بعضهم(2) فى مسأله حلف الموكل بعدم إذنه للوكيل فى الشراء وبطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع؛ لأن بطلان الشراء إنما هو فيما إذا كان للحلف ظهور فى إلغاء الموكل الشراء

ص: ٣٤٥

١- (١) أنظر سنن البيهقى ٦: ١١٢، وعوالى اللالكى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) أنظر جامع المقاصد ٨: ٢٩٣، والمسالك ٥: ٣٠٠، ومفتاح الكرامه ٧: ٦٣٢ .

هذا، ولكنّ الأقوى عدم الفرق، لعدم انحصار المستند حينئذٍ في روايه عروه، وكفايه العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحه محمد بن قيس [١] وجريان فحوى أدلّه نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى والعبيد. مع أنّ روايه إجازته صريحه في عدم قرح معصيه السيّد، مع جريان المؤيّدات المتقدّمه له بيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفه العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصّريح في منعه عمّا عداه [٢]

وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنأ ما فلم يدلّ دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الإجازة. وما ذكره في حلف الموكل غير مسلّم، ولو سلّم فمن جهه ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له. ومما ذكرنا يظهر وجه صحّحه عقد المكره بعد الرضا. وأنّ كراهه المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

الشرح:

فعلاً، وإلا فالشراء المزبور أيضاً قابل للحقوق الإجازة.

والحاصل: أنّ ما دل على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به في المسأله الأولى جارٍ مع مؤيّداته في هذه المسأله أيضاً، والتفصيل بين المسألتين بلا وجه.

[١] حيث إنّ الوارد فيها: «هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني» (١)، والدعوى المزبوره أى بيعها بغير إذنه يصدق مع النهى السابق عنه وبدونه، وترك الاستفصال في الجواب مقتضاه عدم الفرق بين الصورتين وتام البيع بلحوق الإجازة به، ولكن لا يخفى أنه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليده لكان الأنسب أن يذكره في دعواه لا أن يدعى أنّ ابنه باعها بغير إذنه.

[٢] يعنى: اشتراط ربّ المال على العامل صريح في منع العامل عن غير ما اشترط

ص: ٣٤٦

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع، كما في مورد صحيحه الحلبي المتقدمه في الإقاله بوضيعة[١].

والأقوى فيه: الصحه وفاقاً للمشهور، للعمومات المتقدمه بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحه في النكاح[٢] وأكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس[٣] المتقدمه ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعه بعضها مختص ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسأله.

الشرح:

عليه، كما لو اشترط عليه أن يشتري غير الحيوان، فإنه صريح في منعه عن شراء الحيوان.

[١] حيث كان المفروض فيها إقاله البائع مع جهله بفسادها، ومعه يكون يبيعه المتاع المزبور من المشتري الآخر بقصد كون البيع له(١).

[٢] كان مراده ماورد في نكاح العبد، حيث يجعل نفسه في إنشائه طرفاً في النكاح مع كونه فضولياً، ولكن فيه أن الفضوليه في النكاح لعدم رضا مولاه بالنكاح، وطرفا النكاح العبد والمرأه والمولى خارج عن طرفيه، وإنما يعتبر رضاه في حصوله وبعد الإجازة تثبت الزوجيه المفروضه. بخلاف المقام، فإن الملكيه المنشأه تكون للبائع الفضولي وبعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحه هذه من فحوى النكاح.

[٣] لم يظهر وجه ظهورها(٢) في أن بيع الوليده فيها من ابن مولاهما كان بدعوى

ص: ٣٤٧

-
- ١- (١) يشير قدس سره إلى صحيحه الحلبي المتقدمه، وسائل الشيعه ١٨ : ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .
٢- (٢) أي ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمه، وسائل الشيعه ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .

منها: إطلاق ما تقدّم من النبوّين: «لا تبع ما ليس عندك» و«لا بيع إلا في ملك» [وغيرهما] بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه.

والجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب. وقد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينه عدم الرضا.

وفيه:

أولاً: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب.

وثانياً: أنّ الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة [١] وتملك الثمن. فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.

وثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

ومنها أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه لم يقصد حقيقته المعاوضه إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضه الحقيقيه غير متصوّره، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعاً [٢].

الشرح:

أنها ملكه، بل من المحتمل كون بيعه بدعوى الإذن والوكالة من أبيه.

نعم، لا بأس بالتمسك بإطلاقها، بمعنى ترك الاستفصال في الجواب.

[١] متعلق ببيع الغاصب، يعنى قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذى باع المال لرجاء أن يجيزه مالكه ويتملك ذلك المالك الثمن، وهذا يتصور فى بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.

[٢] يعنى: تملك مال الغير للطرف مجاناً وتملك الثمن لنفسه من حقيقته البيع

والجواب من ذلك. مع اختصاصه ببيع الغاصب [١] أن قصد المعاوضه الحقيقيه مبني [٢] على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا، وإن كان هذا الجعل لا حقيقه له لكنّ المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقته نظير المجاز الادعائي في الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه الثمن ولا اعتقاد له، كانت المعامله باطله غير واقعه له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضه. ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل، ولم يقع له ولا لغيره. والمراد ما لو الشرح:

المفروض كونه نوعاً من المعاوضه.

[١] يعنى: ما ذكر من عدم قصد المعاوضه حقيقه يكون في بيع الغاصب، حيث مع علمه بأن المتاع ملك الغير لا يمكن له إنشاء المعاوضه والقصد بتملك الثمن لنفسه وإعطاء مال الغير، بل يكون تملكه المتاع من الهبه فضولاً وتملكه الثمن من المشتري تملكاً مجانياً. وأما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقاله في صحيحه الحلبي المتقدمه، فهو يقصد دخول الثمن في ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غايه الأمر يكون مشتبهاً في تعيين مالك المتاع، فيكون كما إذا باع الولي مال أحد الطفلين باعتقاد أنه للطفل الفلاني فبان بعد ذلك أنه كان للآخر منهما، فإن مثل هذا الاشتباه لا يمنع عن قصد المعاوضه حقيقه.

[٢] يعنى: كما أن في مورد الاستعاره يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي ويكون تطبيق ذلك المعنى بالعنايه والادعاء، كذلك في مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضه وقصدها بصيغه «بعت» أو غيرها حقيقياً ويكون الغاصب قاصداً دخول أحد المالكين في مورد خروج الآخر، إلا أن هذا الإنشاء منه بعد تنزيل نفسه واعتباره مالكا للمبيع. وهذا التنزيل والبناء هو المصحح لإنشاء المعاوضه، حيث يكون إنشاؤها بعد البناء المزبور كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

قصد تملكك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. وقد تخيل بعض المحققين: أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنّه عكسه وقد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملكك الثمن من دون بناءٍ ولا- اعتقادٍ لملكك المثلث لأنّ المفروض [١] الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

الشرح:

نعم، لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالاً لم يحصل البيع لا له ولا للمالك حتى مع لحوق الإجازة؛ ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره بأن يقصد تملكك الغير المبيع من بائعه بإزاء ثمن يدفعه المشتري إلى البائع بطل، باعتبار أن مع القصد كذلك لا تتحقق المعاوضة.

وربما ذكر بعض المحققين أنّ بيع الغاصب مال الغير لنفسه عكس ما ذكره فيكون باطلاً ولكن الأمر ليس كما ذكر، فإن عكسه ما إذا أعطى مال الغير ويقصد تملكك الثمن من دون البناء أولاً على كونه مالك المبيع، فإنّ هذا لا تنفعه الإجازة، بخلاف صورته البناء على ملك المبيع.

[١] هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكساً لما ذكره، وبيانه أن عكس ما ذكره هو بيع مال الغير لنفسه بلا تنزيل نفسه، أو اعتبار كونه مالاً للمبيع بأن يقصد خروج المبيع عن ملك آخر ودخول الثمن في ملك نفسه، وهذا محكوم بالبطلان ولا تنفعه إجازة المالك. ولو فرض صحته بإجازته فرضاً يكون الثمن فيه ملكاً للبائع لا المالك، كما أنه لو فرض صحته شراء المال للغير بمال نفسه كان المال للغير، مع أن الكلام في بيع الغاصب في وقوع البيع للمالك مع إجازته، فلا بد من أن لا يكون المفروض في المقام عكس المسألة المذكورة.

أقول: قد يورد على ما أفاده المصنف رحمه الله كما عن المحقق الإيرواني (١) من أن

ص: ٣٥٠

١- (١) حاشية المحقق الإيرواني رحمه الله على المكاسب: ١٢٨.

الشرح:

المعاوضه المنشأه إذا كانت مبنيه على الادعاء والتزليل لا- تكون المعاوضه حقيقه، وخطاب حل البيع(١) أو وجوب الوفاء بالعقد(٢) ناظر إلى ما كان بيعاً حقيقياً وعقداً واقعياً.

وبتعبير آخر: بناء الغاصب على تملك المتاع الذى باعه، إما واسطه فى العروض بأن يبيع المتاع لعنوان مالكه وادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه، وهذا خلاف الوجدان؛ لما سيأتى من أن المتاع ملك للشخص لا للعنوان، ولا يحصل الإنشاء على العنوان المزبور. وإما واسطه فى الثبوت بأن يبيع المتاع لنفسه بدعوى أنه مالك.

ويرد عليه أن هذا بيع صورى، وفى الحقيقه يخرج المتاع عن ملك مالكه، وقد قصد دخول العوض فى ملك الغاصب، فيرجع المنشأ إلى تملكين مجانيين فلا يعمه خطاب حل البيع ولا خطاب وجوب الوفاء بالعقد، أى العقد البيعى.

ولكن لا- يخفى ما فى الإيراد، فإنّ بناء الفضولى على تملك المتاع لا واسطه فى العروض ولا واسطه فى الثبوت، وذلك فإن دخول العوض فى ملك معطى المعوض من لوازم البيع ومقتضاه وليس بداخل فى حقيقه البيع، حيث إنّ البيع عباره عن تملك المال بالعوض، وإذا قصد خلاف مقتضى البيع بأن يكون معطى المعوض هو زيد ويدخل العوض فى ملك عمرو، فلا يتمشى من العاقد مع هذا القصد إنشاء للبيع، نظير ما ذكره فى اعتبار أن لا يكون الشرط فى المعامله على خلاف مقتضى العقد، حيث مع كونه مخالفاً لمقتضاه يبطل الشرط، بل العقد. وذلك فإنه إذا باع المتاع من الآخر مثلاً واشترط عليه أن لا يكون له حق المطالبه بالمبيع والتصرف فيه أصلاً، فإنّ حق المطالبه بالمبيع والتصرف فيه وإن لم يدخل فى مدلول البيع، إلا أن البناء على عدم حق

ص: ٣٥١

١- (١) يعنى الآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) يعنى الآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

الشرح:

المشتري في مطالبته بالمبيع والتصرف فيه إلى الأبد لا يجتمع مع قصد تملك المتاع منه، فإن جعل المملكه له مع القصد المزبور بلا معنى.

وعلى ذلك، فإذا باع الفضولي المتاع من زيد بقصد أن يملك الثمن من زيد بلا بناء على تملك المتاع أولاً، فلا يكون في البين إنشاء للبيع حقيقة، حيث إن مع قصد الخلاف لمقتضى البيع لا يحصل قصد البيع، بخلاف ما إذا قصد تملك المتاع وأخذ ثمنه فمع البناء المزبور يمكن إنشاء البيع.

والحاصل: أن البناء المزبور أمر زائد على مدلول البيع ولكن قصد خلافه لا يجتمع مع إنشاء البيع.

ثم إن تملك الغاصب المتاع والثمن أمر لا يمضيه الشرع، فإن أجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعي وهو دخول الثمن في ملك مالك المتاع، نظير بيع المتاع في الإقاله الفاسده، كما هو مورد صحيحه الحلبي المتقدمه. فإن بناء البائع على كونه مالكا للمتاع والثمن المأخوذ من المشتري الثاني غير ممضى شرعاً، فيترتب على إجازة المشتري الأول البيع المزبور مقتضاه الشرعي وهو دخول الثمن في ملكه؛ لأنه يعطى المعوض كما لا يخفى.

ثم إنه ربما يذكر أنه لا يعتبر في البيع دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض، وما ذكره العلامة (1) رحمه الله من أن مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يخرج منه المثل غير صحيح، بل حقيقه البيع ليس إلا الإعطاء اللامجان. ولو أعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن في ملك شخص ثالث صح البيع؛ ولذا يصح بيع الكلى على الذمه سلماً أو حالاً مع عدم كون ذلك الكلى ملكاً للبائع، وكذا يصح بيع الأوقاف

ص: ٣٥٢

١- (١) نقله عنه السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٢٣٠ .

الشرح:

والزكوات وأمثال ذلك.

ثم ذكر هذا القائل الجليل أنه إذا باع السارق متاع الغير من دون بناء على كونه مالكاً لذلك المتاع بثمن يتملكه وأجازة المالك وقع البيع للمالك ويدخل الثمن في ملكه، ومجرد اقتران البيع بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

أقول: أما جواز بيع الكلي على الذمه فلا شهادة فيه على أنه لا يكون البيع هو التمليك بعوض وأنه ليس مقتضاه دخول الثمن في ملك من يعطى المعوض للمشتري، وإنما يكون شاهداً على أنه ليس البيع في حقيقته إنشاء معاوضه ومبادله بأن يعتبر في البيع كون المبيع ملكاً لبائعه، ولكن لا شهاده في بيع الزكوات والأوقاف أصلاً، فإن في بيع الزكاه أو الوقف العام، بل الخاص أيضاً يدخل العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعوض، ولو كان المخرج عن ملكه هو الجامع المنطبق على كل من الأصناف الثمانية أو العنوان العام أو الأشخاص المعبر عنها بالموقوف عليهم في الوقف العام أو الخاص.

وأما ما ذكر أخيراً من أنه لو أجاز المالك البيع فيما إذا قصد السارق تملك الثمن لنفسه من دون بناء منه على تملك المثلث صح البيع، ومجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

ففيه: أنه قد تقدم أن البناء على كون المتاع مال الغير، والقصد إلى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد إنشاء البيع فكيف يتم بإجازة المالك؟

وأما ما هو المتعارف من أن المشتري يقول لمالك المتاع: «سلمه إلى فلان بهذا الثمن»، فهو من الحقيقه توكيل للبائع في تمليك المتاع إلى ذلك الشخص بعد دخوله في ملك المشتري، وكذا الحال فيما إذا قال للغير: «اشتر بمالي هذا كتاباً لنفسك»، فإنه أيضاً في الحقيقه توكيل للعاقده في تمليك المبيع لنفسه بعد الاشتراء أو تمليك ذلك

ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازته المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحّه العقد [١] لأنّ معناها هو صيروره الثمن لمالك المثلثن بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاءً لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

وقد أجاب المحقّق القمي رحمه الله عن هذا في بعض أجوبه مسائله بأنّ الإجازة في هذه الصّوره مصحّحه للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه.

وقد صرّح في موضع آخر: بأنّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدّلته على كونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

وفيه: أنّ الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضه جديده من طرف المجيز والمشتري، لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايره العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّي الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد الشرح:

المال منه على أن يصرفه في شراء الكتاب.

[١] يعنى: إجازة ما قصده الفضولي تكون منافيه لصحّه العقد؛ لأنّ معنى صحه العقد بالإجازة وقوع المعامله للمالك بدخول الثمن في ملكه، وعقد الفضولي مدلوله دخول الثمن في ملك الفضولي لا المالك. وإن فرض تعلق الإجازة بغير المقصود، بأن

قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل.

وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه: أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم من المشتري. وهذا لا يجرى فيما نحن فيه، لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع وتملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بد له من قبول آخر، فلاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجوعه إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفايه رضا البائع وإنشائه الشرح:

يكون مقتضى الإجازة دخول الثمن في ملك المالك لا الفضولى، فلازمه كون الإجازة عقداً مستأنفاً لا إمضاء للعقد المنشأ سابقاً، حيث إن دخول الثمن في ملك المالك لم ينشأ لا أصاله ولا فضولاً.

وأجاب عن الإشكال المحقق القمى (١) في أجوبه بعض مسائله أن إجازة المالك في هذه الصورة تكون مصححه للعقد السابق ولا تكون مجرد إمضاء لمضمونه، كما في المسألتين الأولى والثانية. والتصحيح هو صرف البيع عن الفضولى وإضافته إلى المالك، نظير ما في مسأله من باع شيئاً ثم ملك، فإنه كما تكون الإجازة في تلك المسأله صرفاً للبيع المزبور عن مالكه السابق إلى العاقد، كذلك في هذه المسأله تكون صرفاً لمضمون العقد عن العاقد فضولاً وإضافه له إلى المالك.

وهذا التصحيح كما صرح به المحقق القمى في موضع آخر (٢)، في حقيقته عبارته

ص: ٣٥٥

١- (١) جامع الشتات ٢: ٣١٩، غنائم الأيام: ٥٥٤.

٢- (٢) راجع جامع الشتات ٢: ٢٧٦، وفي الصفحه ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفقاً لشيخه المحقق، وانظر أيضاً غنائم الأيام: ٥٤١ و ٥٥٤.

عن رضا المشتري وإنشائه، وهذا ما ذكرنا أنه خلاف الإجماع والعقل. فالأولى في الجواب منع مغايره ما وقع لما أُجيز [١]

وتوضيحه: أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأمّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإنّ الجواب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوّض، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادله. وحيث إنّ البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له وتسّطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلّط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه. وحيث إنّ المثلث ملكٌ لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة الشّرح:

عن إنشاء تعديل في مضمون العقد، ولذا أورد عليه المصنف أنّ لازم ذلك أن تكون إجازة المالك عقداً مستأنفاً يتضمن الإيجاب والقبول لا- إيجاباً مستأنفاً لينضم إلى القبول السابق فيلتم العقد؛ ليتمكن احتماله، كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه (١). وذلك فإنّ قبول العقد السابق إنّما يتضمن تملك المبيع من العاقد وتمليك الثمن إياه، وهذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك وتمليك الثمن منه؛ لتكون إجازة المالك إيجاباً متأخراً للقبول المتقدّم. وكون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف وقيامها مقام الإيجاب والقبول خلاف الإجماع، وخلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب ومنه العقد إلاّ بأجزائه، وهي في المقام الإيجاب والقبول المزبور كون أحدهما فعلاً للبائع والآخر للمشتري.

[١] وحاصله أنّ ما قصده الفضولي أمران:

أحدهما: إنشاء البيع وحقيقته تمليك المال بعوض لا- مجاناً، ومقتضى ذلك أن يكون الثمن داخلاً في ملك من يعطى منه المبيع. وثانيهما: دخول الثمن في ملك

ص: ٣٥٦

١- (١) أنظر كشف الرموز ١: ٤٤٥ ٤٤٦.

انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك. ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملك منك أو ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم، فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازه مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من الترام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأ الفضولي الغاصب.

الشرح:

العاقد الفضولي، سواء كان غاصباً أو معتقداً بكونه مالكا للمبيع خطأً. وقصد الأمر الثاني لا ينافي الأول، حيث إن قصد المعاوضة كما تقدم لا يجتمع مع قصد دخول الثمن في ملك العاقد فيما إذا لم يكن العاقد بانياً على كونه مالكا للمبيع عدواناً أو اعتقاداً، وأما مع البناء أو الاعتقاد فلا ينافي إنشاء المعاوضة. وإجازه المالك إنما تتعلق بالأمر الأول دون الثاني، وإذا تمت المعاوضة بإجازه المالك يترتب مقتضاها الواقعي، لا الادعائي ولا الاعتقادي كما لا يخفى.

ولكن هذا الجواب يجرى في خصوص ما إذا قصد الفضولي فيه أمرين، وأما إذا كان المنشأ المقصود واحداً وهو تملكه الثمن بإزاء المال المزبور كونه للغير، أو قال المشتري الفضولي للبائع الأصيل: تملك منك الثوب بهذه الدراهم مثلاً، فقال البائع: ملكتك، أو قال البائع ابتداءً: ملكتك الثوب بهذه الدراهم، فقال المشتري: تملك. فالمنشأ في هذه الصورة أمر واحد وهو تملك الفضولي، وهذا لا يصح للمالك بإجازه.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأن إنشاء تملك الثوب لنفسه إنما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقاداً أو بناءً، وإلا لم يثبت عنوان البيع والمعاوضة.

ص: ٣٥٧

وبالجملة، فنسبه المتكلم الفضولى ملك المثلن إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصلى التملك على المخاطب الفضولى بقوله: ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك. وبهذا استشكل العلامة رحمه الله فى التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولى مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكاله العاقد أو ولايته، لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلا بملاحظه المخاطب باعتباره كونه نائباً، فإذا صح اعتباره نائباً صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أما الفضولى فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

الشرح:

وبتعبير آخر: كونه مالكاً للدراهم جهة تقييده فى تملكه الثوب فىكون تملك الثوب بعنوان كونه مالكاً للدراهم فى الحقيقة تملكاً لعنوان مالك الدراهم، حيث إن الثابت لشيء من جهة تقييده ثابت لنفس تلك الجهة، وعلى ذلك فتم المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول: إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن ولو كان عنوانه جهة تقييده قابل للمنع، فإنه لا ينشأ فى البيع المزبور الملكيه إلا للأشخاص، لا للعنوان الطبيعى ليقال بإنطباقه على مصداقه الواقعى، وإن شئت قلت: كل من المالىن فى الفرض ملك للشخص، لا الكلى والعنوان، فلا بد من أن يجعل الملكيه للشخص.

والمتمعن فى الجواب أن يقال: إن إنشاء المشتري الفضولى تملك الثوب مثلاً بالدراهم المزبوره، ملازم لإنشاء البيع بين الثوب والدراهم، وهذه المعاوضه المستفاده من إنشاء تملكه مورد لإمضاء المالك.

والحاصل: أنه لا فرق بين كون المنشأ ابتداءً هى المعاوضه بين المالىن ويستفاد

ص: ٣٥٨

وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالترزم تاره ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمه في المسأله كما اعترف به أخيراً، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادله العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذه فيها.

وفيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب: تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف.

الشرح:

قصد الفضولي من القرينه، كما في قول البائع الغاصب للمشتري: بعث هذا المال بكذا، وبين أن يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل ويستفاد إنشاء المعاوضه بالتبع، كما في قول المشتري الغاصب: تملك الثوب بهذه الدراهم.

بقي في المقام أمر لا بأس بالتعرض له، وهو أنه قد يقال: إن البيع في حقيقته فعل البائع وركنه الوحيد هو الإيجاب المتضمن لتمليك المال بعوض، وأما القبول فلا يكون ركناً للبيع ولا العقد، بل إمضاء لإيجاب البائع وتمليكه المال بعوض.

وبتعبير آخر: الإيجاب من المالك يتضمن التمليك بعوض ويكون أصلياً بالإضافة إلى مال المالك وفضولياً بالإضافة إلى المشتري، فقبول المشتري إجازة للإيجاب بالإضافة إلى الثمن.

ولذا لو لم يكن الإيجاب فضولياً من ناحيتي الثمن والمثمن فلا يحتاج إلى القبول أصلاً، كما إذا باع الولي على الطفلين مال أحدهما بمال الآخر، فإنه حيث لا فضوليه في الإيجاب أصلاً، فلا يحتاج إلى القبول الذي في حقيقته إجازة للإيجاب.

وعلى ذلك، فإذا اشترى الأصيل مال الغير بثمن وقال: «تملكت المال بكذا»، فهذا

فالأنسب في التفصيلى أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: «تملكت منك»، أو قول غيره له: «ملكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً، ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغوئته، ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله بتملكك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادله الحقيقيه من العاقد لنفسه لا يكون إلا- إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضه والمبادله حقيقه، فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه: «تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه الشرح:

فى الحقيقيه إيجاب، وإجازة المالك بعد ذلك قبول لذلك الإيجاب، وأما إنشاء الفضولى قبل ذلك وقوله: «بعت المال بكذا»، فهو أمر لغو لا يكون إيجاباً ولا قبولاً. والمتحصل من هذا الكلام أمران:

أحدهما: أن البيع فعل البائع فقط، وحقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض، وأما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا يحتاج إليه إلا إذا كان الإيجاب فضولياً من ناحيه الثمن أو المثلن.

والثانى: أنه لا- يعتبر الموالاه بين الإيجاب والقبول، فإجازة المالك المجيز يعتبر قبولاً لإيجاب الأصيل الذى يكون فضولياً من جهه الثمن أو المثلن، فيكون الإيجاب المزبور أصلياً من جهه كلا العوضين، فيعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء.

أقول: لا ينبغى الريب فى أنه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب ولو مع عدم حصول القبول من المشتري، فلا يقال لزيد: إنه باع داره مالم يحصل القبول من المشتري، ولا بد فى أن يكون صدق العنوان على فعل شخص موقوفاً على صدور الفعل عن شخص آخر، ونظير ذلك فى غير المعاملات ما ذكرناه فى عنوان غيبه

مالكاً اعتقاداً أو عدواناً. وحيث إنّ الثابت للشيء من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه، فالمسند إليه التملك حقيقه هو المالك للثمن، إلا أنّ الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلثم الذى هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقه بإنشاء الفضولى وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقه نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلثم إليه. هذا، الشرح:

المؤمن فإنّ غيبته عبارته عن كشف ما ستره الله عليه للناس، وإذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه ولكن الكشف عند وجود المستمع يستند إلى القائل ويطلق عليه المغتاب بالكسر.

والحاصل: أنه بعد حصول الشراء من المشتري يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب ويقال: إنه باع داره أو غيرها من أمواله.

ثم إنّ تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف، فإنّه ليس للشراء حقيقه غير ما عند العقلاء، ولا ينبغي الريب فى أنّ الاشتراء عندهم الذى يحصل بالقبول ليس بمعنى إجازة الإيجاب، فإنّ إجازة الإيجاب فى مقابل رده يقوم مقام الإذن فى الإيجاب؛ ولذا تحصل إجازة الإيجاب ورده فى مورد لم يكن للموجب فيه سلطنه على الإيجاب. فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاشتراء عليه فى باب البيع عبارته عن إنشاء تملك المثلثم بإزاء الثمن، ألا ترى أنه لم يعهد من أحد القول بأنّ انتقال الثمن إلى ملك البائع وانتقال المثلثم إلى ملك المشتري يحصل من حين تمام الإيجاب، بل كلهم متفقون على أنّ حصول النقل والانتقال بعد تمام القبول؟

وقد ذكرنا أنّ الأمر كذلك حتى فى نظر المتعاقدين، حيث إنّ الموجب يجعل ملكيه متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه، ولكن المشهور فى بيع الفضولى يلتزمون بالكشف وأن مبدأ النقل والانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين

مع أنه ربما يلتزم صحه أن تكون الإجازة لعقد الفضولي [١] موجه لصيروره العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته.

الشرح:

حصول الإجازة على ما سيأتي. ولو كانت الإجازة من المالك الفضولي مساوياً للقبول من المشتري في المفاد لما أمكن ذلك إلا بالتعبد.

والحاصل: أن الناظر في المعاملات الدارجه بين العقلاء يمكن له الجزم بأن اعتبار القبول في المعاملات ليس باعتبار أنه إجازة لجهه فضوليه في الإيجاب، ألا ترى الهبه وهو تمليك المال للغير مجاناً يحتاج إلى القبول، مع أنه ليس في الهبه تصرف في مال الغير أصلاً؟

وقد ظهر مما ذكر أنه لا- يمكن حصول البيع بالإيجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيلاً أو ولياً بالإضافة إلى مالك المثلث ومالك الثمن، فإن قوله: «بعت هذا بكذا»، إنشاء لتمليك المال بالعوض، وذكرنا أن مجرد ذلك لا يكون بيعاً، بل لا بد في صدق عنوانه من إنشاء تملك المتاع بالثمن، وهذا الإنشاء لم يحصل من الوكيل أو الولي على الفرض.

[١] كان الكلام في المسألة إلى هنا مبنياً على أن صحه العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعامله له بأن يكون الثمن مثلاً داخلاً في ملكه بإجازته. وقد نوقش في ذلك كما مرّ بأن الصحه بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد، حيث إن مضمونه راجع إلى تملك العاقد فضولاً، كما هو مقتضى بيعه لنفسه وإرجاعه إلى المالك بإجازته التزام بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، لا أنها إمضاء لمضمون العقد السابق.

والكلام فعلاً راجع إلى أن صحه عقد الفضولي يمكن أن تكون على طبق مضمون العقد بأن تكون إجازة المالك موجه لوقوع المعامله وتمايتها للعاقد.

وتقرير ذلك بوجهين:

ص: ٣٦٢

وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

أحدهما: أنّ قضيته بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتى أنه على فرض صحه ذلك البيع أو الشراء تملكه قبل أن انتقله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عني» أو قال: «بع مالي عنك» أو «اشتر لك بمالي كذا» فهو تملكك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء.

الشرح:

أحدهما: أنّ العاقد الفضولي يعتبر المال ملكاً لنفسه أولاً؛ ليكون بيعه باعتبار ذلك موجباً لدخول العوض في ملكه، وكما أنّ الإذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة توكيل له في تملكه المال أولاً، ثم بيعه؛ ليدخل العوض في ملك المأذون بأن يقول له: «بع مالي لنفسك أو اشتر لنفسك بمالي»، كذلك الحال في الإجازة، حيث إن الإجازة تفيد فائدة الإذن السابق.

والوجه الثاني: المنع عن كون لازم المعاوضه دخول أحد المالكين في ملك من يخرج المال الآخر عن ملكه، بل يكفي في تملك الثمن كون العاقد مأذوناً في بيع مال الغير لنفسه، كما يكفي في تملك المبيع كونه مأذوناً في الشراء لنفسه بمال الغير. والفرق بين الوجهين أنه لو فرض فسخ البيع بأحد موجباته يرجع المال إلى مالكة المجيز على الوجه الثاني؛ لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع، بخلاف الوجه الأول، فإنّ المال يرجع إلى العاقد، باعتبار أنه كان مالاً له قبل المعاوضه.

وأورد المصنف رحمه الله على الوجه الأول، بأنّ بناء العاقد وقصده تملك المال قبل بيعه، لا يفيد شيئاً ولا يدخل بذلك المال في ملكه حتى فيما إذا كان بإذن المالك، فإنه لا بد في تملك المال من إنشاء تملكه قولاً أو فعلاً ولو بمثل ما إذا أنشأ ذلك بقوله: بع هذا المال لنفسى بكذا، بأن قصد به جعل المال له أولاً، ثم تملكه للآخر. ولكن المفروض في

ص: ٣٦٣

ونقول فى المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو الشراء، وصحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء، كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمه مقام الإذن السابق، قاضيه بتمليكه المبيع، ليقع البيع فى ملكه، ولا مانع منه.

الثانى: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقده فى انتقال بدله إليه، بل يكفى أن يكون مأذوناً فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا»، ملك الثمن فى الصّوره الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك المثلث فى الصّوره الثانیه، ويتفرّع عليه: أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك إلى مالكه، دون العاقده.

أقول: وفى كلا الوجهين نظر:

أمّا الأول: فالإنّ صحّه الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدّم فى بعض فروع المعاطاه، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة، فإنّها لا تتعلّق إلاّ بما وقع سابقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلاّ مبادله مال الغير بمال آخر.

الشرح:

مثل الغاصب أنه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه، ويكون بيعه مجرد التصرف فى ماله.

وبالجمله: فالإذن السابق لا يفيد فى هذا النحو من التملك الذى يكون بمجرد البناء والقصد، فكيف إذا كان بالإجازة اللاحقه.

وبهذا يظهر الحال فى مسأله ما إذا قال له: «بع مالى لنفسك» أو «اشتر لنفسك بمالى»، فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملك المال لنفسه ولو مقارناً للتصرف فيه ببيعه من الغير فهو، وإلاّ فلا يفيد الإذن المزبور شيئاً، ويكون بيعه واقعاً عن المالك لا محاله.

نعم، لما بنى هو على ملكيه ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضه رجوع البديل إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادله أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادله منضمّة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد، إلا أنّ مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له، إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل، إلا أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لأنّ هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟

وأما الثاني: فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع التي هي المبادله، ولذا صرح العلامة رحمه الله في غير موضع من كتبه تارةً بأنّه لا يتصور، وأخرى بأنّه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً بل ادّعى بعضهم في مسأله قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: «اشتر لنفسك به طعاماً» وقد صرح به الشيخ والمحقّق وغيرهما.

نعم، سيأتى في مسأله جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب، أنّ ظاهر جماعه كقطب الدين والشهيد وغيرهما: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري [١] إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الشرح:

وأجاب رحمه الله عن الوجه الثاني بما تقدّم من أنّه لا يمكن في المعاوضه دخول أحد العوضين في ملك من لا يخرج المال الآخر عن ملكه، وإلا كان تملك كل من المالكين مجاناً.

[١] المشتري بصيغه المفعول صفه للمثلث.

الغاصب للمثمن مطلقاً] ١] كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو آناً ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء.

وكيف كان: فالأولى في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا.

ثم إن ممّا ذكرنا من أنّ نسبه ملك العوض حقيقه إنّما هو إلى مالك المعوّض لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكيه الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر [٢] في صحّحه البيع لنفسه مختصّ بصوره علم المشتري وهو: أنّ المشتري الشرح:

[١] المراد بالإطلاق تملك الغاصب الثمن من الأول في مقابل تملكه آناً ما قبل التصرف فيه (١).

[٢] لا- يخفى أنّ هذا الإشكال لا- يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن والمثمن، بل يجرى حتى بناءً على الالتزام المزبور، فإنّ حاصل الإشكال أنه في مورد بيع البائع الفضولي المال لنفسه وقبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن أن تكون إجازة المالك نافذه؛ لاستلزام نفوذها كون البيع بلا ثمن.

وبيان ذلك: أنّه قد أورد على صحّحه البيع في المسألة الثالثة بإجازة المالك بوجه آخر، وهو أنّ المنسوب إلى الأصحاب عدم جواز رجوع المشتري الأصيل إلى البائع الغاصب بالثمن المدفوع إليه، مع العلم بالحال فيما إذا رد مالك المبيع المزبور، وهذا الحكم كاشف عن صيروره الثمن ملكاً للغاصب.

وعلى ذلك، فإجازة المالك لا تفيد شيئاً ولا يدخل الثمن في ملكه؛ لأنّ البيع في الفرض بلا ثمن، ولعل نظر العلامة رحمه الله إلى ذلك، حيث قال بعد الإشكال في صحّحه الفضولي مع جهل المشتري: «إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل» (٢).

ص: ٣٦٦

١- (١) نسبه الفخر إلى الأصحاب، كما في المتن، إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٣.

الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقيه، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض إلى مالكه، وحينئذٍ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن، لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن.

ولعلّ هذا هو الوجه في إشكال العلامه في التذكرة حيث قال بعد الإشكال في صحّ بيع الفضولي مع جهل المشتري: إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الإشكال بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أنّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الردّ والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع إنّما يتوجّه على القول بالنقل، حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بما توضيحه: أن ملك الثمن للغاصب لا يحصل بمجرد العقد، بل بالعقد يجعل ملك الثمن للمالك المبيع وملك المبيع للمالك الثمن، غايه الأمر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن إلى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً. فإنّ إجازة المالك البيع وقلنا بكون الإجازة كاشفه يكون الثمن المزبور ملكاً للمالك دون الغاصب؛ لأن الإجازة تكشف عن دخول الثمن في ملك المالك المجيز قبل دفعه إلى الغاصب، فيكون دفعه إلى الغاصب تسليطاً للغاصب على مال غيره فلا يدخل في ملك الغاصب.

والشاهد على ذلك، أي تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد، أنه

وأما على القول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلاً، لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازه كاشفه عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك. وسيأتي في مسأله جواز تتبع العقود للمالك تتمه لذلك، فانتظر.

الشرح:

لو لم يدفع الثمن إلى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه، سواءً أجاز المالك البيع المزبور أم لا.

نعم، للاشكال وجه بناءً على كون الإجازة ناقلة، ولكن يمكن القول إن تسليط الغاصب على الثمن يكون مراعى بعدم إجازة المالك، خصوصاً إذا كان الشراء من الغاصب بتوقع إجازة المالك.

أقول: لا يخفى أنه لو كان المراد بالتسليط هو تمليك المال مجاناً فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه؛ لأنه من التعليق في الهبة، فلا بد من أن يكون المراد منه هو الإذن في كل تصرف حتى الموقوف على الملك بأن يتملك المال أولاً، ثم يتصرف فيه. وأن بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن يبتنى على الكشف الحقيقي في الإجازة ولو بأن يكون الشرط في صحه عقد الفضولي وصف تعقبه الإجازة، فإن هذا الوصف يحصل للعقد من الأول على تقدير الإجازة، فيكون الثمن منتقلاً في علم الله إلى المالك المجيز من حين إنشاء عقد الفضولي. فتسليط المشتري الغاصب على الثمن المزبور يكون في الواقع تسليطاً على مال الغير، فلا يصح.

نعم، على القول بالكشف الحكمي واعتبار ملكية المثلن والثلن لطرفي العقد حين الإجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذاً؛ لكون الثمن ملكاً للمشتري في ذلك الحين وبعد حصول الإجازة يعتبر التسليط المزبور إتلافاً على

ص: ٣٦٨

ثم اعلم: أنّ الكلام فى صحّحه بيع الفضولى [١] لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو فى وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذى لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولى البائع للمالك، لا لنفسه.

وأما الكلام فى صحّحه بيع الفضولى ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع وأجاز سواء باع لنفسه أو المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأنّ الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك، وهناك فى وقوعه للعائد إذا ملك. ومن هنا يعلم: أنّ ما ذكره فى الرياض من أن بيع الفضولى لنفسه باطل ونسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه فى غير محلّه، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه.

بقى هنا أمران:

الأوّل: أنّه لا فرق على القول بصحّحه بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو ديناً فى ذمّه الغير، ومنه جعل العوض ثمناً أو مثمناً فى ذمّه الغير.

الشرح:

المالك المجيز، فيضمن له المشتري بدله على ما سيأتى.

هذا، مع أنّ أصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجاناً غير صحيح؛ لأنّ دفعه إليه كان بعنوان كونه بدل المثل، وكما أنّ الغاصب كان بانياً على ملك المبيع وقد قصد تملك الثمن بإزائه كذلك يكون المشتري أيضاً بانياً عليه؛ ولذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التمليك المجانى؟

[١] ذكر فى «الرياض» (١) أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل إجماعاً، كما صرح به جماعة كالعلامة فى جملة من كتبه، «كالمختلف» و«التذكرة»، مدعيّاً عدم الخلاف فيه (٢)، وذكر المصنف رحمه الله أنّ الحكم بالبطلان فى المسألة الثالثة فى «الرياض» ونسبه

ص: ٣٦٩

١- (١) الرياض ١: ٥١٢.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٣، وحكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٨٦.

ثم إنَّ تشخيص ما في الذمّة الذي يعقد عليه الفضولي إمّا بإضافه الذمّة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كراً من طعام في ذمّة فلان»، بكذا «أو بعت هذا بكذا في ذمّة فلان». وحكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردّ بطل رأساً. وإمّا بقصده العقد له، فإنه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمّة، لما عرفت من استحاله دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلاّ على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض. فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمّة شخص خاصّ. وحينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن ردّ فمقتضى القاعده بطلان العقد واقعاً، لأنّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي ومن وقع له العقد [١] فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردّده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحّ وقوعه للفضولي

الشرح:

دعوى عدم الخلاف فيه إلى العلّامه اشتباه، وذلك فإن الكلام في المسألة الثالثة في وقوع البيع لمالك المال مع إجازته. وقد تقدّم أنّ البيع مع إجازته يقع له على المشهور الأقوى، ولم يخالف فيه العلّامه فضلاً عن ذكره عدم الخلاف في بطلانه.

وأما فيما إذا باع مال الغير ثم تملك البائع ذلك المال وأجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبائع، وهذا هو الذي ذكره العلّامه عدم الخلاف في بطلانه ولا يرتبط بالمسألة الثالثة، فما ذكر في «الرياض» اشتباه، إلاّ أن يريد البطلان في مسأله وقوع البيع للبائع بعد تملكه، ولكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك.

[١] المراد بمالكة الأصلي الذي ينتقل منه المال بتمام العقد، كما أن المراد بمن وقع له العقد من ينتقل إليه المال بتمامه، ولا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز بإجازته وبطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكاً قبل عقد الفضولي، كما

الشرح:

فى مورد جريان البيع على العين الخارجيه أو الكلى الثابت على الذمه من قبل، أو ملكاً بذلك العقد، كما فى مورد بيع الكلى الذى يثبت على الذمه بتمام البيع المزبور.

نعم، قد يستشكل فى جريان الفضوليه فى الكلى الذى يثبت على العهده بالبيع، ووجه الإشكال أنّ العوضين فى باب البيع يعتبر أن يكونا مالين قبل وقوع المعامله، حيث إنه تملك مال بعوض. وإذا باع الأصل الكلى بدمته يكون عرضه الكلى المزبور للبيع موجباً لصيرورته مالاً فإنه يبذل العقلاء بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالاً بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضولياً واعتبر الكلى على عهده الغير فضولاً، فإنه لا يكون الكلى بذلك مالاً، فلا يكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض.

وربما يجاب عن ذلك بأنّ تملك الفضولى الكلى على عهده الغير وإن لا يكون من قبيل تملك المال بالعوض قبل إجازة ذلك الغير، إلا أنه بإجازته يصير مالاً، وهذا المقدار يكفى فى تمام البيع. وقد أورد على هذا الجواب السيد الخمينى (رحمه الله عليه)، بأن إجازة المالك لا تصحح كون الكلى المزبور مالاً؛ لأن الإجازة إنشاء واحد وصيروره الكلى مالاً وتملكه بعوض أمران مترتبان، حيث يتعين أن يكون المثلن والثلن مالين قبل إنشاء ملكيه الأول بإزاء الثانى.

وذكر أنّ المتعين فى الجواب عن الإشكال هو الالتزام بأنّ الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه أحد فى نفسه مال، فإنه يصح أن يقال: إن الكر من الحنطه يساوى عشرين ديناراً والمثقال من الذهب يساوى كذا من المال، وهذا شاهد لكون الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه الأصل أو الأجنبى فى نفسه مال يصح تقويمه. ويكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض، وإلا فالإضافه لا توجب المالىه، بل اعتباره فى الذمه يوجب سلب مالىته، فإنه بالاعتبار فى الذمه يكون من الكلى العقلى الذى

الشرح:

لا موطن له فى الخارج.

أقول: لا- يخفى أن إضافة الكلى إلى ذمه أحد ليس بمعنى تقييد الكلى الطبيعى الذى يصح اتصافه بالوجود والعدم بوجوده الذهنى؛ ليقال: إنه بهذا الاعتبار كلى عقلى لا موطن له فى الخارج، ألا ترى أن الثمن فى بيع النسيئة أو البدل فى مورد القرض كلى بالذمه من غير خلاف، وإن إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجاً بقصد إفراغ ذمته أداءً لذلك الثمن ووفاءً للدين الذى على عهده. ولو كان المال على الذمه معناه تقييده بالوجود الذهنى لما كان ما ذكر أداءً أو وفاءً، حيث إنه لا موطن للموجود الذهنى إلا- الذهن، بل المراد من الذمه هو تعهد الشخص بذلك الكلى بأن يطبقه على الخارج بأداء فردة ولو لم يكن لفردة وجود فعلاً، وهذا فى مقابل إجراء المعاملة على الكلى فى المعين، بأن يكون مورد المعاملة الكلى الذى يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينه المملوكة فعلاً لبائعه.

ثم إن الكلى القابل للاتصاف بالوجود والعدم لا- يكون مالا، حيث لا يساوى مالا فى اعتبار العقلاء، بل اتصافه بالماليه الفعلية وتساويه بالمال على تقدير الوجود فعلاً، كما هو الحال فى بيع الفرد الفعلى أو الكلى فى المعين، أو على تقدير الالتزام بإعطائه والوفاء به ولو مستقبلاً وإن لم يكن موجوداً بالفعل وعليه فإن مع التزام البائع فى بيع الكلى بإعطائه وتسليمه، كما هو معنى اعتباره على ذمته، يكون بيعه بالعوض من تملكك المال بالعوض، وإن اعتبر الكلى فى عهده الغير فضولاً وملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير إجازة الغير يصير مالا، حيث إن معنى إجازته الالتزام بإعطائه.

وقد ذكرنا سابقاً أنه لا- يعتبر فى صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالا- قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه، وأن ما ذكر فى تعريفه من أنه مبادله مال بمال من قبيل شرح

الشرح:

الاسم، بل اعتبار المالىه فيهما باعتبار أن لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالباطل. وعلى ذلك فيإجازه من اعتبار العاقد الكلى بدمته، يكون المبيع مالاً. وقد ملك بعوض كما هو الفرض، فيخرج التمليك المزبور عن كونه أكلاً للثمن بالباطل، وليس إجازته البيع فى بيع الكلى على الذمه إلاّ- الالتزام بإعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه؛ لما تقدم من أن مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض. والمال فى جميع ذلك مردّد بين بقائه على حالته الأولى كما فى فرض عدم إجازته من ينتقل منه المال، أو انتقاله إلى من ينتقل إليه كما فى فرض إجازته، وأما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعامله.

نعم، لو وقع بينه وبين الأصيل منازعه فى كون العقد لنفسه أو لغيره بأن كانت دعوى العاقد أنه قد باع أو اشترى للغير وأنكرها عليه الأصيل وقال: «بعت واشتريت لنفسك»، حلف الأصيل على عدم علمه بدعوى العاقد، يثبت المال على ذمه العاقد؛ لأصله العاقد وصحه العقد.

والحاصل: أنّ مع إجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمه الغير أو إضافه البيع للغير فإن كان فى البين إجازته من ذلك الغير فهو، وإلاّ يقع العقد باطلاً واقعاً، غاية الأمر على تقدير منازعه الأصيل والعاقد يثبت العقد للعاقد ظاهراً.

ولكن المنسوب إلى ظاهر جماعه فى بعض فروع المضاربه وقوع العقد للعاقد واقعاً^(١)، قال فى «الشرائع» فى باب المضاربه: «إذا اشترى من ينعق على ربّ المال، فإن كان بإذنه صحّ، إلى أن قال: وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل. وإن كان

ص: ٣٧٣

١- (١) لم نقف على المناسب، أنظر القواعد ١: ٢٤٧، والرياض ١: ٦٠٧، والجواهر ٢٦: ٣٨٤.

الشرح:

فى الذمه وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال^(١)، وظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقداً واقعاً؛ لأنه لم يفرض فى البين تنازع؛ ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى، وربما يذكر أنه إذا اتفق البائع والقابل على وحده قصدهما ولكن قال البائع: «بعتك المال وقبلت لنفسك»، وقال المشتري: «بعت المال بثمان على عهده زيد واشتريته له»، يكون المورد من موارد التحالف. وأما إذا لم يتفقا على ذلك بأن قال البائع: «بعتك المال»، وقال المشتري: «نعم»، ولكن قصدت الشراء لزيد، يكون المورد من موارد الدعوى والإنكار، فإن المشتري لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعياً، فلا بد من أن يحلف البائع على نفي دعوى المشتري وأنه لم يقصد ذمه زيد، لا- على نفي علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ رحمه الله^(٢)، لأن نفي علمه لا ينافى دعوى المشتري. وحيث لا- يمكن للبائع هذا الحلف؛ لعدم طريق له إلى العلم بقصد المشتري، فيرد الحلف على المشتري، وإذا حلف على قصده يحكم ببطلان البيع؛ لكون البيع المزبور فضولياً لم يلحقه إجازة زيد، وفى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوماً بالبطلان.

أقول: ظاهر كلام المصنف رحمه الله وجماعه أنه يكفى فى صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كلياً فى الذمه تعيين العاقداً صاحب الذمه بقصده فقط وإن لم يعينه عند إنشاء العقد بقريته حاله أو مقالیه، كما إذا قال البائع: «بعتك المال بعشره دراهم»، وقال: «قبلت»، مع قصده كون عشره دراهم على ذمه زيد، أو كون الشراء له الذى يكون بمعنى أن زيدا صاحب الذمه، فإن هذا مقتضى دخول المبيع إلى ملكه. ولكن صحة هذا البيع

ص: ٣٧٤

١- (١) شرائع الإسلام ٢ : ٣٨٦ ٣٨٧، كتاب المضاربه.

٢- (٢) أنظر المبسوط ٢ : ٣٨٦ وغيره من المواضع .

لم يحتج إلى إجازته ووقع له، إلا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقق وفخر الإسلام والمحقق الكركي والسيوري والشَّهيد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالقواعد، والمبسوط ووقوع العقد له واقعاً، وقد نسب ذلك إلى جماعه في بعض فروع المضاربه وحيث عرفت أن الشرح:

لا يخلو عن تأمل، بل منع؛ لما ذكرنا من أن الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص لا يصلح جعله عوضاً.

وأيضاً المحتاج إلى تعيين الذمه هو ذمه الغير لا ذمه العاقد، فإن قول البائع: «بعت المال بعشره دراهم»، وإن يعم بيعه بالعشره، سواء كانت بذمه العاقد أو شخص آخر؛ ولذا يصح للمشتري أن يقول في قبوله: «قبلت لزيد»، أو ما هو بمعناه، إلا أن مع عدم تعيين الغير ينصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافه القابل تملك المتاع إلى نفسه إلى كون الثمن بعهدته، والمفروض أن الذي ينصرف إليه الإطلاق غير مقصود ولم يجعل عوضاً. وما قصده العاقد من كون الثمن بعهدته زيد لم يذكر في العقد ولم ينصب عليه قرينه، فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل.

وعلى ذلك، فلو اختلف البائع والقابل فقال البائع: «بعتك المال بعشره على عهدتك»، فقال المشتري: «اشتريته» ولكن قصدت كون الثمن على عهدته زيد، فيقدم قول البائع؛ لكون قوله على طبق ظهور القبول وقول المشتري قصده إلى كون الثمن على عهدته زيد على خلاف الظهور المزبور فيكون مدعياً، فيتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل إن ادعى علم البائع بقصده، ولا يتوجه إلى البائع حلف أصلاً إذا لم يدع القابل علم البائع بقصده. وعلى التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدته المشتري، ولا دليل في مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر، فضلاً عن

قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلى إلى ذمه ذلك الغير كما أنّ إضافه الكلى إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه ظهر من ذلك التنافي [١] بين إضافه البيع إلى غيره وإضافه الكلى إلى نفسه أو قصده من غير إضافه، وكذا بين إضافه البيع إلى نفسه وإضافه الكلى إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي: أو اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمه فلان. ففي الأول يحتمل البطلان، لأنه الشرح:

رده إلى المدعى، وتفصيل ذلك موكول إلى بحث القضاء.

ولو قيل بكفايه تعيين القابل صاحب الذمه بقصده في صحه الشراء ووقوعه لزيد يكون الأمر في مقام الاختلاف أيضاً كذلك، بل الأمر كذلك فيما إذا اختلفا في صورته العقد وقال البائع: «بعتك المال واشتريته»، وقال المشتري: «بل اشتريته لزيد بإضافه شرائي إليه أو بتعيينه صاحب الذمه» فيقدم قول البائع؛ لموافقته لأصل لفظي معتبر، وهي أصالة عدم ذكر المشتري القرينه على خلاف ظهور الشراء الذي أشرنا إليه، فيكون المشتري مدعياً؛ لادعائه خلاف الأصل المزبور، ويحلف البائع على نفي تعيين القابل كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم أنّ وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تاره، وباعتبار الثمن في عهدته أخرى، وعلى ذلك فيقع الكلام فيما إذا جمع العاقد بين المتنافيين وللجمع صورتان:

الأولى: بأن أضاف الشراء إلى الغير واعتبر الثمن بدمته.

والثانية: أن يضيف الشراء إلى نفسه ويعتبر الثمن على عهده الغير.

وقد ذكر المصنف رحمه الله في الصوره الأولى أنه يحتمل بطلان الشراء؛ لأن قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهده الغير وقصده دخول

فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدىن وتصحيح المعامله لنفسه أو للغير. وفى الثانى يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضه بالبناء على التملك فى ذمه الغير اعتقاداً. ويحتمل الصّحه بإلغاء قيد ذمه الغير لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمه إلى الغير، والمسأله تحتاج إلى تأمل.

الشرح:

المعوض إلى ملكه، ويحتمل إلغاء أحد القيدىن بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء؛ إما بأن يكون قصده الشراء للغير لغواً فيصح الشراء للعاقده، وإما أن يلغى اعتبار المال على عهدته فيكون الشراء فضولياً.

وذكر فى الصوره الثانى أنه لا يحتمل بطلان الشراء؛ لحصول قصد إنشائه، ويحتمل وقوع الشراء للغير؛ لأنه مع اعتبار الثمن على عهدته الغير يكون قصده الشراء لنفسه مبنياً على بنائه بأن ما على عهدته الغير ملك له عدواناً أو اشتهاً، وهذا هو الفرق بين هذه الصوره والصوره الأولى.

ويحتمل وقوع الشراء لنفسه؛ لأنّ إضافته إلى نفسه أولاً مقتضاه اعتبار المال على عهدته، فيكون قصده ثانياً الثمن على عهدته الغير لغواً.

أقول: لا- فرق بين الا-شراء للغير بمال فى ذمته، كما هو الحال فى الصوره الأولى، وبين الشراء لنفسه بمال فى ذمه الغير، كما هو الحال فى الصوره الثانى، فى أنه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقه، فإن مقتضاه كما تقدم دخول أحد العوضين فى ملك من يعطى العوض الآخر.

وما ذكر رحمه الله فى الصوره الثانى من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار أن كون الغير صاحب الذمه، مقتضاه دخول المعوض إلى ملكه وإضافه العاقده الشراء إلى نفسه مبنى على تملك ما فى ذمه الغير غير صحيح، فإنه مع أنه لا يخرج عن الاحتمال أن البناء على

ص: ٣٧٧

ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال [١] وإن كان في الذمه لغيره وأطلق اللفظ [٢] قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن، وإن رد نفذ عن المباشر، وبه قال الشافعي في القديم وأحمد. وإنما يصح الشراء، لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجازة لزمه، وإن رده لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. وقال أبو حنيفة: يقع عن المباشر، وهو جديد للشافعي، انتهى.

الشرح:

تملك ما بذمه الغير لا معنى له، ولا يقاس بالاستيلاء على عين خارجيه مملوكه للغير كما لا يخفى.

والحاصل: أن الشراء في الصورتين حقيقه غير محقق فيحكم ببطلانه، إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه العوض، ولا تحتاج المسأله إلى تأمل زائد.

[١] لعل المراد بكل حال (١) وقوع البيع للمشتري، سواء أجاز الشراء مالك الثمن أم لا، ووقوعه له مع إجازة المالك بمعنى دخول المبيع في ملك المشتري مع خروج الثمن من ملك المميز، ووقوعه له مع عدم إجازته ثبوت بدل ذلك الثمن على المشتري.

[٢] يعني: لو اشترى المتاع بثمن بذمته وقصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك في العقد، كما إذا قال، بعد قول البائع: بعث المال بعشره دنانير: قبلت، فإن أجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير، فيدخل المبيع في ملكه، ويثبت الثمن بذمته، وإن رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل ويثبت الثمن بذمته. والوجه في نفوذ إجازة الغير هو إضافه الشراء إليه في القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما أن الوجه في نفوذ الشراء

ص: ٣٧٨

١- (١) يعني قدس سره مراد أبي حنيفة، كما في المتن، راجع المغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٧.

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير. لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل، لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون ما في ذمته كعين ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. والأوفق بالقواعد في مثل هذا: إما البطلان لو عمل بالتيه، بناءً على أنه لا يعقل في المعاوضه دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً، وإما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى التيه، بناءً على انصراف المعامله إلى مالك العين قهراً وإن نوى خلافه. وإن جعل المال في ذمته، لا- من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع الإشكال في صحه هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمه الغير: أن اللازم من هذا أن الغير إذا ردّ هذه المعامله وهذه الثيابه تقع فاسده من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما ذكرنا سابقاً ونصّ عليه جماعه في باب التوكيل.

وكيف كان، فوقع المعامله في الواقع مردّده بين المباشر والمنويّ، دون التزامه خرط القتاد! ويمكن تنزيل عبارته على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاه، بناءً على إفادتها للملك، إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليّ وأصيل إذا وقع بتيه التملك والتملك فأجازته المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» شامل له.

الشرح:

على العاقد على تقدير ردّ ذلك الغير، هو كون الثمن بدمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، ولا يضر في وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بدمته بمال ذلك الغير أم لا.

ويؤيده روايه عروه البارقي [١] حيث إنّ الظاهر وقوع المعامله بالمعاطاه.

وتوهم الإشكال فيه: من حيث إنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر في غير محلّه، إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمه مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرّضا لا يخرج المعامله

الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أنه ليس في تلك الروايه ما تكون قرينه على أنّ بيع الشاه أو شراءها كان بالمعاطاه، والتمسك بإطلاق قوله صلى الله عليه وآله فيها: «بارك الله في صفقه يمينك» (١) وعدم استفصاليه عن عروه بأنّ بيع الشاه الواحده بدينار كان بالإيجاب والقبول اللفظيين أو بالمعاطاه، ومقتضى ذلك تمام المعاطاه الفضوليه بالإجازة، يمكن دفعه بأنّه يحتمل أن يكون عروه كان ملتفتاً إلى أنّ بيعه الشاه بدينار فضولي يحتاج إلى إجازة النبي صلى الله عليه وآله . وحيث كان عالماً بأنه لا بد في تمام بيع الفضولي بالإجازة وقوعه بغير المعاطاه فباعها بالإيجاب والقبول اللفظيين، ومع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الإجازة مستغنياً عن الاستفصال؛ ولذا لم يسأل رسول الله صلى الله عليه وآله عن حصول سائر شرائط البيع وعدمه.

نعم، لا يجري ذلك في صحيحه محمد بن قيس (٢)؛ لأن المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضولياً، ومقتضى حمل فعله على الصحه من غير جهة إجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطاه، ولو كان في تمام بيع الفضولي وقوعه بغير المعاطاه معتبراً لكان الاستفصال عنه في الجواب متعيناً.

ص : ٣٨٠

١- (١) أنظر سنن البيهقي ٦ : ١١٢ ، وعوالي اللآلي ٣ : ٢٠٥ ، الحديث ٣٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٣ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .

عن معاملة الفضولى. مع أنّ النهى لا- يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود[١] وهو استقلال الإقباض فى السبب فلا ينافى كونه جزء سبب.

الشرح:

[١] قد تقدّم سابقاً أنّ النهى عن عقد الفضولى لو كان مقتضياً فساداً لما تمت صحته بإجازة المالك، وذلك فإنّ العقد لا يكون بنفسه سبباً تاماً للنقل، بل هو مع رضا المالك والنهى لا يتعلق برضا المالك وإنما يتعلق بنفس العقد، ومعنى صحته كونه جزء السبب للنقل. وإذا حكم بفساده باقتضاء النهى ينتفى كونه جزء السبب، فلا تثر معه إجازة المالك.

وذكر النائنى رحمه الله (١) وجهاً آخر؛ لعدم جريان تمام عقد الفضولى بإجازة المالك فى المعاطاة الفضولية وهو أنّ إنشاء البيع بالإيجاب والقبول يكون له بقاء، وتتعلق الإجازة بذلك الأمر الباقى، حيث إنّ تبادل المالىن فى الإضافة الحاصلة بإنشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدرى، أمر مغاير لإنشائه المعبر عنه بالمعنى المصدرى الذى ينقضى بانقضاء التكلم، وتتعلق الإجازة بذلك الأمر الاسم المصدرى. وهذا بخلاف إعطاء المالىن، فإنه ليس للإعطاء اسم مصدر إلاّ العطاء المتحد مع الإعطاء خارجاً، والإعطاء عبارة أخرى عن تبادل المالىن من حيث المكان وتبادل المالىن من حيث المكان لا تتعلق به الإجازة.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنه المعاطاة ليست مجرد الإعطاء وتبادل المالىن مكاناً، بل بقصد تبدليهما فى الملكيه، والمفروض أنّ هذا التبدل أمر اعتبارى منشأ بالفعل وتتعلق به الإجازة كالتبدل المنشأ باللفظ.

ص: ٣٨١

١- (١) نقله السيد الخوئى قدس سره فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢ : ٣٣٨ ، وانظر حاشيه المحقق النائنى رحمه الله على المكاسب ٢ : ٥١ .

وربما يستدل على ذلك بأن المعاطاه منوطه [١] بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثانى: أن المكره والفضولى قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك ومشروطه أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه: أن اعتبار الإقباض والقبض فى المعاطاه عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التملك أو الإباحه، فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد فى قواعده والمعاطاه عندهم عقد فعلى، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطى، وحينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكته». واعتبار مقارنه الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدله اعتبار الرضا وطيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكّم.

الشرح:

هذا، مع ما تقدّم من أن البيع بمعنى اسم المصدر عين البيع بمعنى المصدر وتغايرهما بالاعتبار، وأن البيع بهذا الاعتبار قابل للبقاء اعتباراً؛ ولذا يتعلق به الفسخ بالخيار أو بالإقاله، كما ذكرنا تفصيلاً ذلك فى تعريف البيع.

[١] وحاصله: أنه يعتبر فى المعاطاه التراضى بالملك بناءً على كونها مفيدة للملك، أو التراضى بإباحه التصرف بناءً على كونها مفيدة للإباحه، ومن الظاهر أن التراضى بالملك أو الإباحه من شؤون المالك، ولا معنى لحصوله من غير المالك.

ولذا ذكر الشهيد الثانى (١): أن المكره والفضولى قاصد للفظ دون المدلول، وأيضاً يعتبر فى المعاطاه حصول القبض والإقباض مقارناً بالتراضى على الملك أو

ص: ٣٨٢

١- (١) أنظر القواعد والفوائد ١: ٥٠، القاعده ١٧ و ١٧٨، القاعده ٤٧.

وما ذكره من الشّهد الثّانى لا- يجدى فيما نحن فيه، لأننا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله، لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنه فى العقد القولى أيضاً، إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت أنّ عقد الفضولى ليس على خلاف القاعده.

نعم، لو قلنا: إنّ المعاطاه لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها، بل السّبب المستقلّ هو تراضى المالكين بملكه كلاً منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولى.

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنّه لا مدخل له فى المعامله، فإذا رضى المالك بملكه من وصل إليه المال تحققت المعاطاه من حين الرضا ولم يكن إجازته لمعاطاه سابقه، لكنّ الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاه وإنما قصدهم إلى العقد الفعلى.

هذا كلّه على القول بالملك، وأمّا على القول بالإباحه [١] فيمكن القول ببطلان الشرح:

التراضى على الإباحه، ومن الظاهر أنّ التراضى عليهما لا أثر له إلاّ إذا صدر عن المالك أو بإذن منه.

وأجاب عن ذلك المصنف رحمه الله من أنّ اعتبار القبض والإقباض فى المعاطاه عند من اعتبرهما فيها لإنشاء الملك أو الإباحه كما يكون باللفظ كذلك يكون بالفعل، وكما أنّ فى صورته إنشائهما باللفظ يمكن الإنشاء من غير المالك والوكيل فضولاً كذلك فى صورته إنشائهما بالفعل، وكما أنه لا- يعتبر رضا المالك مقارناً لإنشاء المالك أو الإباحه باللفظ كذلك لا يعتبر مقارنته لإنشائهما فيما إذا كان بالفعل، ودعوى اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلى دون الإنشاء القولى تحكّم.

[١] لا يخفى أنّ الإباحه فى المعاطاه على تقديرها شرعيه لا مالكيه، فإنّ

الفضولى لأن إفاده المعامله المقصود بها الملك للإباحه خلاف القاعده فيقتصر فيها على صورته تعاطى المالكين، مع أن حصول الإباحه قبل الإجازة [١] غير ممكن، والآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الإباحه الفعلية، لم تؤثر أثراً. فإذا أجاز حدث الإباحه من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفايه وقوعها مع الإباحه الواقعيه إذا كشف عنها الاجازة، فافهم.

الشرح:

المفروض فى المعاطاه قصد الملك لا الإذن لصاحبه فى التصرف فى ماله، فالقائل بالإباحه لابد من أن يلتزم بورود التقييد فى دليل إمضاء البيع ونفوذه بالإضافة إلى البيع المعطائى قبل حصول أحد الملزمات، ويكون حصول أحدها فى ذلك البيع كالتقبض فى بيع الصرف والسلم شرطاً لحصول الملك. وقبل حصول أحدها يكون كل من المالكين مباحاً للآخر، ومقتضى ذلك الاقتصار فى التقييد على مورد اليقين، وهى صورته تعاطى المالكين، وفى غيرها يرجع إلى إطلاق حل البيع ونفوذه، فتكون النتيجة أن المعاطاه فضولاً كالبيع اللفظى فضولاً فى حصول الملك بالإجازة فى كشفها عن الملك السابق.

والحاصل: لا- تكون فى مورد المعاطاه فضولاً- إلا- حصول الملك لا الإباحه، ودعوى أن الإباحه فى المعاطاه مالكيه؛ لأنها وإن تكن بقصد الملك إلا أنها تتضمن الإباحه المالكيه الضمنيّه، أمر لا أساس له، حيث إنه لا معنى للإباحه المالكيه إلا الإذن فى التصرف فى ماله. ومن الظاهر أن جعل المالك ملكيه ماله للطرف لا يجتمع مع الإذن له فى التصرف فى ماله، فإن معنى البيع نقل المال ومعنى الإباحه إبقاء المال فى ملكه.

[١] هذا هو الوجه الثانى فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاه على القول بالإباحه، وتقريره أن الإجازة معتبره فى بيع الفضولى بنحو الكشف، فتكون كاشفه عن صحه كل تصرف وقع من الأصيل فى مال المالك قبل إجازته، وهذا الكشف بناءً على

أمّا الكلام فى الإجازة: فيقع تارةً فى حكمها، وشروطها وأخرى فى المجيز وثالثة فى المجاز.

أمّا حكمها فقد اختلف القائلون بصحّ الفضولى بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة فى كونها كاشفه بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقله بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة على قولين: فالأكثر على الأوّل، الشّرح:

الإباحة غير ممكن؛ إذ لا- يعقل الكشف فى الإباحة المالكية ولا- فى الإباحة التى من الحكم التكليفى، فإنّ الأحكام التكليفيه تكون للأفعال المستقبلة لا- الماضيه التى انتهى أمرها بالوجود أو العدم. مثلاً- إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد إجازته البيع الأوّل يحكم بصحة البيع الثانى أيضاً لاعتبار وقوعه فى ملك الأصيل، وهذا على القول بالملك.

وأما بناءً على حصول الإباحة فلا- يحكم بصحة البيع الثانى حتى بعد إجازة المالك؛ لما ذكرنا من أنّ الإجازة لا تكشف عن إباحة تصرفات الأصيل التى منها البيع الثانى؛ لتكون الإباحة بالإضافة إلى التصرفات الموقوفه على الملك ملازمه لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارناً له.

والحاصل: لا- تعقل فى الإجازة على القول بالإباحة فى المعاطاه إلّا النقل، أى الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة، ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله بقوله: «فافهم»، بعد احتمالها تمام البيع الثانى من الأصيل، مع الإباحة الواقعيه المكشوفه بالإجازة اللاحقه.

نعم، هذا مبنى على ما هو الصحيح من كون الإجازة معتبره بنحو الكشف الحكمى، وأما بناءً على الكشف الحقيقى فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحه من حين وقوع المعاطاه فضولاً.

واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد والروضه [١] بأنّ العقد سبب تامّ في الملك الشرح:

[١] يستدل على اعتبار الإجازة في عقد الفضولي بنحو الكشف بوجوه: أولها: ما عن المحقق والشهيد الثانيين (١) من أنّ الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد، ويقتضى وجوب الوفاء به حصول الملك، ويعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء بإجازة المالك. وأورد عليه المصنف رحمه الله بأنّ العقد، أى الإيجاب والقبول، لا يكون تمام الموضوع لوجوب الوفاء وتتمام السبب لحصول الملك، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك، ولا يعلم ذلك بإجازة المالك، حيث لا تكشف الإجازة عن مقارنة رضا المالك بصدور العقد لا عن رضاه الفعلى في ذلك الزمان وهذا ظاهر، ولا عن رضاه التقديرى بمعنى أنه لو كان ملتفتاً بالعقد لكان راضياً به، فإنه يمكن أن تكون إجازته لحصول البداء له وتغير اعتقاده إلى صلاح العقد بعد كونه جازماً بعد صلاحه.

نعم، لازم القول بصحة الفضولي هو الالتزام بأنّ إجازة المالك تقوم مقام رضاه المقارن لصدور العقد، وأنّ الإجازة أحد القيدين المعتبرين في العقد على سبيل التخيير، وعلى ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء ويحصل به الملك كذلك بالإجازة اللاحقه.

وبعبارة أخرى: الإجازة يكون بها تمام الموضوع لا- أن تكون كاشفه عن تمام الموضوع والسبب قبلها، اللهم إلا أن لا تكون الإجازة بنفسها شرطاً، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها، وهذا التعقب يحصل من الأول على تقدير حصول الإجازة في المستقبل، ويكون حصولها كاشفاً عن اتصاف العقد به زمان صدوره ولكن هذا خلاف الظاهر، حيث إن الشرط في تمام العقد نفس الرضا وطيب نفس المالك لا لحوقه.

ص: ٣٨٦

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٧٥ ٧٤، والروضه البهيه ٣: ٢٢٩، و حكاة عنهما السيد المجاهد في المناهل : ٢٩٠ .

الشرح:

لا يقال: المراد بالشرط في المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجباً لحصول الملك، فإطلاق الشرط على الرضا باعتبار أن المؤثر في الملك الحاصل بالعقد لحوقه لا أنه بنفسه دخيل.

فإنه يقال: إطلاق الشرط على شيء مقتضاه كون ذلك الشيء بنفسه دخيلاً، وكون المراد بالشرط ذلك ظاهر الأدلة، فإن ظاهرها كون رضا المالك وطيب نفسه معتبراً في التجاره وحل أكل مال الغير أو التصرف فيه ووجوب الوفاء بالعقد، ولازم ذلك أن لا يحصل شيء من ذلك قبل حصول الإجازة. ولا- يفيد فيه وصف لحوق الإجازة في العقد، كما احتمل كفايه وصف لحوقها صاحب الفصول والتزم به بعض المعاصرين^(١)، ويتفرّع على دخاله وصف لحوق الإجازة وكونها شرطاً في تمام العقد أنه لو علم الأصيل حصول الإجازة فيما بعد لجاز له التصرف في مال الطرف حتى الموقوف على كون المتصرف مالكاً.

ثم إنّه لا بأس بالالتزام بما ذكر، وأن المراد بالشرط لحوقه في مثل اشتراط صوم المستحاضه بغسلها بعد الفجر أو للعشاءين بأن يقال بأن المعتبر في صحه صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال ولو في الليله الآتية، ويقال في الغسل يوم الخميس: إنّ اتصاف المكلف بكونه لا يتمكن على الاغتسال يوم الجمعة دخيل في استحباب الغسل له يوم الخميس، واتصافه بكونه يدرك مستقبلاً هلال وشوال دخيل في وجوب الزكاه عليه من أول شهر رمضان.

ولكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقّق وصف التعقّب فعلاً قبل حصول ذلك اللاحق، وأنه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بأن الشرط في حصول الملك

ص: ٣٨٧

١- (١) أنظر الفصول الغرويه : ٨٠، ومفتاح الكرامه ٤ : ١٩٠، والمستند ٢ : ٣٦٧.

الشرح:

بالعقد تعقبه بالرضا، وأن وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الإجازة فيما بعد فإن المتضايين متلازمان في القوة والفعليه فاتصاف أحد بالأيوه لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوه، وإتصاف شىء بالعليه لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلوليه، وعنوان التعقب والتقدم والتأخر من الإضافات.

والحاصل: أن إتصاف شىء بأحد الوصفين المتضايين فى زمان مع عدم إتصاف الآخر بالوصف الآخر فى ذلك الزمان أمر غير معقول، فلا يعقل أن يقال بحصول وصف التعقب بالإجازة للعقد قبل حصول الإجازة.

أقول: الأوصاف الإضافيه التى يوصف بها الشىء ليست فى حقيقتها إلا باعتبار العقل وقياس أحد الموجودين بالآخر، فإن كان الموجودان متحدين زماناً يكون اتصاف أحدهما بوصف ملازماً لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محاله لفعليه الموجود الآخر فى ذلك الزمان أيضاً على الفرض، كما فى وصفى العليه والمعلوليه أو الأيوه والبنوه ونحوهما. وإن كان الموجودان فى زمانين، كما فى الموصوفين بوصفى التقدم والتأخر، فلا يمكن اتصاف أحدهما بوصف فى زمان ملازماً لفعليه الموجود الآخر أو فعليه وصفه فى ذلك الزمان فضلاً عن لزومها؛ لأنّ تحقّقه فيه خلف.

نعم، لا بأس بتوصيف ذلك الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده ولو بملاحظته بالعنوان الإجمالى، ويكفى فى انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظه المتأخر بعنوانه الإجمالى، ولو ادعى فى فعليه وصف التقدم للمتقدم أو وصف التعقب له لزوم فعليه المتأخر لزم أن لا يوجد الموصوف الحقيقي بالتقدم والتأخر أصلاً؛ لأنّ الموصوف بالتأخر فى ظرف وجود المتقدم معدوم والموصوف

الشرح:

بالتقدم فى ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود، فأين فعلية الموصوفين وفعلية وصفيهما، هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلى؟

وأما جعل المتأخر موضوعاً لحكم مقدم فهو أمر ممكن لا استحاله فيه كما يأتى فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد وجعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلاً لا يوجب محالاً، فإن المراد بشرط الحكم قيد الموضوع ولا يفرق فى ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعياً كالملكية، كما فى المقام، أو كونه حكماً تكليفاً. وقد يعبر عن قيد موضوع الحكم فى الأحكام التكليفية بالسبب، كقولهم: دخول الوقت سبب لوجوب الصلاة والجنابه سبب لوجوب الغسل وطلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

وقد يعبر عنه بالشرط، كقولهم: الاستطاعة شرط لوجوب الحج، وبلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاة، كما أنه يعبر عن قيد الحكم الوضعى بالشرط كما يقال: رضا المالك أو معلوميه العوضين شرط فى صحة البيع وحصول النقل والانتقال. وقد يعبر عنه بالسبب، كما يقال: التقاء الختانيين أو خروج المنى سبب للجنابه وخروج البول أو غيره سبب للحدث . . . إلى غير ذلك.

ولكن، كما ذكرنا أن ذلك مجرد تعبير، والمراد فى جميع ذلك قيد الحكم وموضوعه تكليفاً كان أو وضعياً، ومن الظاهر أن قيد الموضوع ومنه إجازة المالك ليس شرطاً بالاصطلاح الفلسفى فى مقابل السبب والمانع من أجزاء العله؛ ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زماناً، بل الشرط فى المقام وهو قيد الموضوع تابع لجعل الحكم.

فإنه قد يكون الحكم متقدماً على موضوعه زماناً، وعليه فيمكن أن تكون إجازة

الشرح:

المالك شرطاً في العقد لحصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكيه المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطاً لحصول الملك كاشفه عن حصول الملك للأصيل بحصول العقد، ولكن اعتبار القيد للموضوع في خطاب الحكم أو غيره ظاهره الشرط المقارن، وأما المتقدم والمتأخر فاعتبارهما وإن كان ممكناً إلا أنه يحتاج إلى قرينه خاصه.

لا يقال: إذا كان أمراً شرطاً للحكم يكون له دخل في ذلك الحكم لا محاله، وإلا لكان جعله شرطاً بلا ملاك، وإذا فرض دخالته فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله.

فإنه يقال: كما ذكرنا في بحث الأصول: إن الحكم المجعول غير جعله، كما هو شأن كل إنشاء مع منشئه، بخلاف الإيجاد والوجود فإنهما أمر واحد ويختلفان بالاعتبار، وذلك الأمر بلحاظ نفسه وجوده وبلحاظه إلى فاعله إيجاده، وأما الإنشاء والمنشأ فهما متعددان.

مثلاً- الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ، وقصد إبرازه بقوله: «بعت» أو «آجرت» ونحوهما إنشاء، وإذا كان في ملكيه المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير إجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكيه على تقدير عدم حصولها فيما بعد، فدخاله الإجازة في الملكية ليست نظير دخاله الشرط الفلسفي في مشروطه؛ لأن حصول الملكية يكون بالجعل والاعتبار على الفرض، والداعي للجاعل إلى جعلها اعتقاد الصلاح في المجعول، كما يأتي توضيحه.

والحاصل: أنّ دخاله الشرط وهي الإجازة في المقام عبارته عن كونها قيداً لموضوع الملكية المجعولة من الشارع، هذا في الأحكام الوضعيه، وأما في الأحكام التكليفية كالوجوب والحرمة فإنهما أيضاً أمر إنشائي يحصل بالإبراز والإنشاء والجعل، فالاستطاعه في وجوب الحج مثلاً لا تكون دخيله في حصول الوجوب،

لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وتمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبيّن كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه وإلاّ لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه، بل به مع شيء آخر. وبأنّ الإجازة متعلّقه بالعقد [١] فهي رضا بمضمونه، وليس إلاّ نقل العوضين من حينه.

الشرح:

نظير دخاله الشرط الفلسفي، بل باعتبار كونها قيداً لموضوع وجوب الحج، والداعي إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح في الحج عند حصول الاستطاعة. وحيث إنّ الصلاح والفساد في موارد الوجوب النفسي والحرمة النفسيه يكون في متعلقهما، فلا محذور في ترتب الصلاح، أي الغرض على الفعل على تقدير مقارنته بأمر يعبر عن ذلك الأمر بالشرط المقارن، أو على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل أو تأخره عنه ويعبر عنهما بالشرط المتقدم أو المتأخر.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكره صاحب «الكفايه» من أنّ الدخيل في شرط الحكم مقارناً كان أو متقدماً أو متأخراً لحاظ ذلك المقارن والمتقدم والمتأخر خلط بين الدخاله في الجعل، أي الداعي إليه، وبين الدخيل في المَجْعول، حيث إن الدخيل في الجعل هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم، ولكن الدخيل في الحكم المَجْعول، أي المأخوذ في موضوعه، نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو تمّ دليل على ثبوت الملكيه شرعاً قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطاً في حصول الملكيه ولو بنحو الشرط المتأخر، ولا يلزم من ذلك أي محذور.

[١] الوجه الثاني للقول بالكشف ذكره أيضا الشهيد والمحقق الثانيان (١).

وحاصله: أن تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقاً رضاءً بمضمون ذلك العقد،

ص: ٣٩١

١- (١) مرّ سابقاً.

وعن فخر الدّين فى الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود، لأنّ العقد حالها عدم، انتهى. ويرد على الوجه الأوّل: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تامّاً كونه علّه تامّه للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تامّاً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرّضا، غايه الأمر: أنّ لازم صحّه عقد الفضولى كونها قائمه مقام الرّضا المقارن، فيكون لها مدخل فى تماميه السّبب كالرّضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها.

الشرح:

ومضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأمور:

الأوّل: أنّ الإجازة وإن تكون متعلقه بالعقد السابق إلّا أنّ مضمونها نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد.

وبتعبير آخر: يقع العقد فى ذلك الزمان باعتبار أنّ العقد زمانى لا أنّ معنى «بعت» بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، وإن شئت فلاحظ القبول بالإضافه إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب ولكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب وقبل القبول. وليس هذا إلّا باعتبار أنّ معنى الإيجاب هو نفس النقل، وفى أى زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان، وكما أنّ تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده، كذلك تمام عقد الفضولى يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

وأيضاً بما أنّ مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ وإبطال مضمونه إلغاءً للنقل من حين العقد، بل يكون إلغاءً لنفس النقل، وفى أى زمان حصل الإلغاء يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف إلى ذلك أنه لا ينبغى الإشكال فى حصول الإجازة بقول المالك: «قد

ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلّها حاصله إلّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟

ودعوى: أنّ الشّروط الشرعيّة ليست كالعقائيه، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشّارع، فقد يجعل الشّارع ما يشبه تقديم المسبّب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس وإعطاء الفطره قبل وقته فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضه الصائمه، وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به . مدفوعه: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشّرعى وغيره، الشّرح:

رضيت بكون مالى لزيد بكذا»، مع أنّ المالك المجيز لم يتعرض فى القول المزبور لبيع ماله فضولاً من زيد فضلاً عن تعرضه بزمان نقله، وقد ذكروا أنّ تمكين الزوجه من الزوج فيما إذا زوّجها الآخر منه فضولاً إجازة لنكاح الفضولى باعتبار أنّ التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجه المنشأه من غير نظر إلى زمانها من حيث المبدأ.

أقول: الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح، وذلك فإن الملكيه أمر اعتبارى وإنشأؤها ليس من الإيجاد الحقيقى الذى يكون عين الوجود حقيقه ويتحد زمانهما لا محاله، بل الإنشاء كما تقدم توضيحه غير المنشأ وبينهما تعدد.

ولذا يمكن التفكيك بينهما، فيمكن إنشاء الملكيه المستقبليه بأن يكون الإنشاء فعلياً والمنشأ أمراً استقبالياً، كما فى الوصيه التملكيه، وعلى ذلك فاللازم على العاقد فى اعتبار ملكيه المبيع للمشتري من تعيين المبدأ فيكون الزمان المزبور قيداً للنقل، أى الملكيه، ولا- تقاس الإجازة بقبول الإيجاب فإن الموجب فى إيجابه لا يجعل ملكيه المبيع للمشتري مطلقاً حتى ولو لم يقع منه قبول، بل الظاهر أن اعتبارها له معلق على قبوله بنحو الشرط المقارن، وهذا بخلاف إجازة المالك فإن الملكيه المنشأه بالعقد لا تكون معلقه عليها، كما يظهر الحال بملاحظه بيع الغاصب، وعلى تقدير التعليق

وتكثير الأمثله لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أنّ التناقض الشرعي بين الشئين لا يمنع عن اجتماعهما، لأنّ التقيض الشرعي غير العقلي. فجميع ما ورد ممّا يوهم ذلك لا بدّ فيه من التزام أنّ المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا- يمكن في ما نحن فيه، بأن يقال: إنّ الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة، لمخالفته الأدله.

اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنّه لا يستحقّ إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، وأنّه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير وانقطاع سلطنه المالك. وممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام بل التزم به الشرح:

يكون بنحو الشرط المتأخر، كما إذا باعه لتوقع إجازة المالك.

والحاصل: أنّ الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذي هو الملك من حينه ويدخل العقد بها في موضوع الإمضاء واللزوم وقبل الإجازة لا- يكون إمضاء ولا- لزوم، وأما قضيه الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاءً فيكون إلغاء الملكيه أيضاً في بقائها، ولا منافاه بين أن يكون مبدأ الملكيه في الإجازة حين العقد ومبديتها في الإلغاء حين الفسخ، فإن الفسخ لا يقابل الإجازة، بل مقابل الإجازة هو الرد وهو عباره عن إلغاء العقد من أصله. ولا فرق فيما ذكر كله بين أن تكون الإجازة بالقول أو بالفعل، كتمكين الزوجه المزوجه فضولاً، ولا يخفى أنّ مرادنا بمدلول العقد ليس مدلوله بالدلاله الوضعيه؛ ليقال بأن «بعت» مثلاً إنشاء لا يدل على الزمان فكيف يكون دالاً على مبدأ الملكيه، بل المراد الدلاله ولو بالقرينه التي أشرنا إليها من لزوم المبدأ للمنشأ لا محاله.

ولا يخفى أن ما ذكره المصنف رحمه الله في الإيراد على الاستدلال الثاني على الكشف

غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطيه الإجازة مع كونها كاشفه: شرطيه الوصف المنتزع منها، وهو كونها لاحقه للعقد في المستقبل، فالعلّة التامة: العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنه للعقد وإن كان نفس الإجازة متأخره عنه. وقد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

ويرد على الوجه الثاني:

أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلّق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظه وقوعه في زمان، وإنّما الزمان من ضروريات إنشائه، فإنّ قول العاقد: «بعت»، ليس نقلت من هذا الحين، وإن كان النقل المنشأ به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له. فكما أن إنشاء الشرح:

بقوله: «وبتقرير آخر: أن الإجازة من المالك قائمه» ليس تقريراً آخر للإيراد المزبور، بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الأول الذي ذكر فيه أن العقد سبب تام للنقل والانتقال، وإجازة المالك كاشفه عن كون عقد الفضولي عند حدوثه تاماً.

ثمّ إنّه رحمه الله ذكر الإيراد الثاني على الاستدلال المتقدم بقوله: «وثانياً: لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً وحاصله: أن القول بالكشف لا يساعده عليه دليل بأن يكون المبيع ملكاً للمشتري شرعاً والتمن ملكاً للمالك المجيز من حين العقد. ولو قيل بتعلق الإجازة بالعقد السابق الذي مدلوله النقل من حينه أو أن الإجازة اللاحقه تجعل العقد السابق كأنه سبب تام للنقل. وذلك فإن العقد الفضولي مالم ينتسب إلى

مجزّد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشى فى ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة، وكما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنّه ليس إلّا رضا بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه وكان القبول رضا بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنّ الموجب ينقل من حينه، والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به.

ودعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه، مدفوعه: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركّباً من نقل فى زمان ورضا بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب. ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ العقد إلّا- انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد، فإنّ الفسخ نظير الإجازة والردّ لا يتعلّق إلّا بمضمون العقد وهو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً فى العقد على وجه القيدىه لكان ردّه وحلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

والشّير فى جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء والردّ والفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزّمان.

الشرح:

المالك لا- يعمه دليل وجوب الوفاء به، وخطاب حل البيع فإنه يصير بإجازة المالك عقده والبيع بيعاً برضاه، ولازم ذلك أن لا يكون نقل وانتقال قبل حصول الإجازة؛ لأنّ حدوث ملكيه المبيع للمشتري وانتقال الثمن إلى البائع يلازم حدوث وجوب الوفاء

والحاصل: أنه لا- إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالى إلى زيد»، وغير ذلك من الألفاظ التى لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولى فضلاً عن زمانه. كيف! وقد جعلوا تمكين الزّوجه بالدخول عليها إجازة منها، ونحو ذلك. ومن المعلوم: أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظه زمان نقل الفضولى.

وبتقرير آخر: أنّ الإجازة من المالك قائمه مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزله العاقد إلا بعد الإجازة، فهى إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

وبعبارة أخرى: المؤثّر هو العقد المرضي به، والمقيّد من حيث إنّه مقيّد لا يوجد إلا بعد القيد، ولا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيّد المجرّده عن القيد.

وثانياً: أنا لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنّما هى من المالك محدثه للتأثير فى العقد السابق وجاعله له سبباً تاماً حتّى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرّع عليه أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكيه من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة، لأنّ معنى إجازة العقد: جعله جائزاً نافذاً ماضياً. لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشرح:

الذى يحدث بالإجازة، كما أن حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة على البيع تحدث بالإجازة، ومن الظاهر أنّ حدوث الحليه المزبوره ينتزع عنها النقل والانتقال.

أقول: هذا الإيراد أيضاً غير صحيح، وذلك فإنّ العقد وإن يكون بالإجازة منتسباً إلى المالك المجيز من حين الإجازة وأنّ البيع بالإجازة يكون بيعاً برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الإجازة فى موضوع الخطابين، إلا أنّ خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكماً تكليفاً بالإضافة إلى البيع ونحوه، حتى لو فرض أنّ البائع إذا أمسك

الشّارع لإجازة المالك على هذا الوجه، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر . ومن المعلوم: أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلاّ بعدها. ومن المعلوم: أنّ الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى، فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

وممّا ذكرنا يعلم: عدم صحّحه الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أحلّ الله البيع» فإنّ الملك ملزوم لحليّه التصرف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردّده فى الفسخ والإمضاء.

وثالثاً: سلّمنا دلاله الدليل على إمضاء الشّارع [١] لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى والعرفى أعنى جعل العقد السابق جائزاً ماضياً بتقريب أن يقال:

الشرح:

بالمبيع ولم يسلمه إلى المشتري فقد عصى بعضيائين؛ أحدهما: التصرف فى مال المشتري بإمساكه بالمبيع، والثانى: عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلى لزومه وعدم كونه قابلاً للفسخ، كما أنّ خطاب حل البيع ليس ناظرٌ إلى الحليه التكليفية، بل إلى الحل الوضعى، أى الإرشاد إلى إمضاء الشرع البيع من حيث المدلول. وإذا فرض أنّ مدلول البيع المزبور ملكيه المبيع للمشتري من حين تحقق العقد يكون إمضاؤه بمدلوله عبارته عن اعتبار الشرع الملكيه على طبق إنشاء العاقد ورضا المالك المجيز به، وقد ذكرنا فى محله أنّ الملكيه ونحوها من الأحكام الوضعيه قابله للجعل بنفسها، والالتزام بانتزاعها من التكليف بلا وجه.

[١] وهذا هو الإيراد الثالث على الاستدلال المتقدم، وحاصله لو سلم إمضاء

إن معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً، كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه. لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب وإمضاء له لا يوجب ذلك، حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل :

الشرح:

الشارع عقد الفضولي على طبق إجازة المالك المفروض كونها رضاءً بالعقد بمدلوله وهو النقل من حينه ولكن حكم الشارع وإمضاءه يحدث عند حصول الإجازة، ولازم ذلك أن تكون ملكية المبيع للمشتري وملكه الثمن للمالك المجيز بالإضافة إلى الأزمته بعد الإجازة حقيقته، وبالإضافة إلى الأزمته السابقه على الإجازة تنزيلاً. بمعنى أنه يترتب بعد الإجازة الآثار الممكنه بالإضافة إلى تلك الأزمته، كما إذا حصل للمبيع نماء بعد العقد وقبل الإجازة فإنه يحكم بعد الإجازة بأن النماء المزبور ملك للمشتري، وهذا في الحقيقه قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف في بعض الآثار، والوجه في عدم كون الملكيه بالإضافة إلى الأزمته قبل الإجازة حقيقته هو عدم كون العقد في تلك الأزمته سبباً تاماً للملكيه، حيث لم يكن معه رضا المالك الذي هو جزء السبب أو شرط له.

أقول: وأنت خبير بأنه لا يمكن المساعدة على هذا الإيراد أيضاً، وأنه يتعين الالتزام بكون الملكيه كما أنها بالإجازة واقعيه بالإضافة إلى الأزمته اللاحقه كذلك أنها واقعيه بالإضافة إلى الأزمته السابقه، حيث إن التنزيل بجعل الآثار في الموارد التي لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقه، كما في تنزيل الفقاع منزله الخمر، وأما

ص: ٣٩٩

إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنّ العقد الموجود على صفه عدم التأثير يستحيل لحوق صفه التأثير له، لاستحاله خروج الشئ عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلاله الاقتضاء إلى إرادته معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء فى ملكه.

الشرح:

الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التى لها آثار فلا موجب لجعل آثارها، بل تجعل نفسها فيترتب عليها تلك الآثار.

ودعوى: أنّ العقد لم يكن سبباً تاماً للملك فى الأزمنة التى قبل الإجازة فقد تقدّم أنّه لا سببه ولا مسببه فى الملكية الشرعيه بمعناهما المصطلح عند الفلاسفه، بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعيه.

والمتخصّيل: إلى هنا أنّ الاستدلال الثانى على الكشف مقتضاه الكشف الحكمى، بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه كان الكشف الحقيقى.

لا- يقال: لا- يمكن الالتزام بالكشف الحكمى فإنّه كيف يعقل جعل ملكيه متاع لزيد مثلاً فى زمان انقضى وقد كان المتاع فيه ملكاً للآخر، كما إذا اشترى زيد متاع عمرو فضولاً فإنه ما لم تحصل الإجازة فالمتاع باق على ملك عمرو، ولو صار المتاع بعد الإجازة ملكاً لزيد حتى فى الأزمنة التى انقضت قبل الإجازة لزم كون المتاع المزبور فى تلك الأزمنة التى قد انقضت ملكاً لكل من عمرو وزيد مستقلاً، بل لا يمكن جعل ملكيه المتاع لزيد فى تلك الأزمنة إلا بإعادته الأزمنة المنقضيه أو الالتزام

ص: ٤٠٠

والحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، وسيأتي الثمره بينه وبين الكشف الحقيقي. ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسأله الكشف والنقل بقوله: وفي زمان الانتقال إشكال.

الشرح:

ببقائها في الأزمنه اللاحقه وكل من الإعادة وبقائها أمر غير معقول؛ أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلاستلزامه كون الزمان في زمان غير قابل لانطباق الملكيه لزيد.

والحاصل: أن المتاع المزبور كان ملكاً لعمرو في زمان واقعي قد انقضى ولا يمكن أن يكون المتاع المزبور لزيد في ذلك الزمان الواقعي لانقضائه، وأما جعل الملكيه بفرض ذلك الزمان الماضي فهو في الحقيقه ملكيه في زمان فرضي موهوم مستلزم لكون كل من عمرو وزيد مالكاً مستقلاً لذلك المتاع في زمان واحد.

فإنه يقال: الحل ما تقدم من الإنشاء والمنشأ غير الإيجاد والوجود، فإن الإيجاد والوجود في الحقيقه واحد واختلافهما بالاعتبار فقط، وإذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محاله.

وإذا انقضى زمان فارغاً عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق والوجود في الزمان المنقضى، إلا أن يقع المستحيل وهو عود ذلك الزمان الماضي، وكذا الحال في إيجاد شيء استقبالي بأن يكون الإيجاد في الحال والوجود في المستقبل فإنه أيضاً لا يمكن إلا أن يقع المستحيل وهو جر الزمان الاستقبالي إلى الحال. وأما الإنشاء والمنشأ فلا استحاله في التفكيك بين زمانى الإنشاء والمنشأ الموصى لداره للغير بالوصيه التمليكيه يحصل

فجعل النزاع في هذه المسأله نزاعاً في زمان الانتقال.

وقد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفيّه الإجازة على وجوه ثلاثه، قال بكلّ منها قائل:

أحدها: وهو المشهور: الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً، ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الزوضه بأنّ الشرط لا يتأخّر.

الشرح:

إنشأؤه حال حياته ولكن منشأه وهي ملكيه داره تحصل من زمان موته، وكما أن الموصى حين الوصيه يعتبر ملكيه داره مثلاً للغير، لا تكون الملكيه المعتمره مطلقه، بل مقيده بالزمان المستقبل، ويكفي في الوصيه أن يلاحظ الموصى ذلك الزمان ويعتبر الملكيه المقارنه له، كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي ويعتبر الملكيه المقارنه لذلك الزمان، فإن الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي، والمعتبر شبيه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء والشرع تنظيمياً لأمر معاش العباد ومعادهم.

ومن الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكه للمورث باعترافهما فقال الآخر: قد تملكته من المورث بالهبة، وقال الوارث: بل العين من تركه مورثه وأنه لم يملكه لأحد في حياته، فإنه لا ينبغي الريب في تقديم قول الوارث أخذاً باستصحاب بقائها في ملك المورث إلى زمان موته. ومن الظاهر أن هذه عباره أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكيه السابقه، والتعبد بها معناه جعل الملكيه بالإضافه إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري. وأما قضيه كون ملكيه المتاع في زمان واحد لمالكين مستقلاً فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً، وأي محذور في أن يعتبر ملكيه المتاع لعمره في زمان سابق، بأن يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتمر لغرض، ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعتمر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر. وقد ذكرنا سابقاً أنّ الأحكام الوضعيه ومنها

ص: ٤٠٢

والثانى: الكشف الحقيقى والتزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فيما بعد.

الشرح:

الملكيه لا- تقاس بالتكليفه، حيث إنّ الأحكام التكليفية لا- يمكن تعلقها بالأفعال الماضيه؛ لأنّ الأفعال الماضيه بانتهاأ أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهى والأمر والترخيص، وهذا بخلاف الأحكام الوضعيه فإنها لا تتعلق بالأفعال وليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص، ويقبل اعتبارها للأمور الماضيه والمستقبله كاعتبارها للأمور الحاليه كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرنا: أنّ ما ذكره النائينى رحمه الله (1) فى وجه استحاله الكشف الحكمى من أن اعتبار ملكيه مال لعمره فى زمان معيّن ثم اعتبار ملكيه ذلك المال لزيد فى ذلك الزمان بعينه غير ممكن؛ لأنّ المصحح للتعدد تعدد زمان المعبر لا تعدد زمان الاعتبار، وأنّ مع وحده زمان المعبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجوب فعل فى زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل فى ذلك الزمان؛ ولذا لا- يمكن فى مسأله التوسط فى الدار المغصوبه الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها والحكم بوجوبه بعده؛ لما ذكرنا فى أن الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث إليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه. وأن تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسده الملزمه الخالصة فيه وتعلق الوجوب مقتضاه وجود المصلحه الملزمه الخالصة والترخيص مقتضاه عدم ثبوتهما، ولا- يمكن حصول الملا-كين فى فعل واحد فى زمان واحد، بخلاف ملكيه المال فى زمان واحد فيمكن أن يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمانى الاعتبار؛ لأن المصلحه كسائر الأحكام الوضعيه تكون فى نفس اعتبارها.

ص: ٤٠٣

١- (١) حاشيه المحقق النائينى رحمه الله على المكاسب ٢ : ٨١ .

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة. وقد تبين من تضاعيف كلماتنا: أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي، وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غايه الإشكال، ولذا استشكل فيه العلامة في القواعد ولم يرجحه المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد، بل عن الإيضاح اختيار خلافه، تبعاً للمحكى عن كاشف الرموز وقواه في مجمع البرهان، وتبعهم كاشف اللثام في النكاح. هذا بحسب القواعد والعمومات.

الشرح:

لا- يقال: إذا كان كل من ملكيه المال لعمره في زمان وملكه ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما ولو مع وحده زمان الاعتبار أيضاً.

فإنه يقال: لا يمكن ذلك، فإن معنى اعتبار ملكيه المال لعمره في زمان مقتضاه استقلال عمره في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره واعتبار ملكيه ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره، ولا يمكن ذلك مع وحده زمان الاعتبار، بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعدداً فإن اعتبار الملكيه لعمره في زمان أولاً مقتضاه أنه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك المال، وبالإضافه إلى التصرفات الخارجيه يكون الجواز بمعنى الترخيص والإباحه تكليفاً، وبالإضافه إلى التصرفات المعامله بمعنى نفوذها وصحتها وأنه لا يجوز لغيره زیداً كان أو غيره التصرف في ذلك المال، وعدم الجواز بالإضافه إلى التصرفات الخارجيه هي الحرمة وبالإضافه إلى التصرفات المعامله بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد إجازة عمره المعامله الفضوليه واعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان، وكون نماء المال في ذلك الزمان له لا لعمره كما لا يخفى.

وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس الكشف [١] كما صرح به في الدروس. وكذا الأخبار التي بعدها. لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي.

الشرح:

وأما ما استدل به فخر المحققين (١) على القول بالكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود باعتبار أنّ المؤثر في الملكيه هو العقد، ولو قلنا بأنّ إجازة المالك كاشفه عن حصول الملكيه من زمان العقد فلا محذور، وأما إذا قلنا بحدوث الملكيه حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكيه فلا يخفى ما فيه، فإنّه بعد الإحاطة بما ذكرنا من أنّ العقد لا يؤثر في الملكيه الشرعيه، بل تلك الملكيه حكم شرعي مجعول للشارع يمكن أن يكون موضوعه الأمر المقارن للحكم زماناً، ويمكن أن يكون تمام الموضوع أو بعض قيوده الأمر المتأخر عن الحكم. وليس للموضوع أى تأثير خارجي في الحكم، بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل في ذلك الفرض وعدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع؛ لعدم الجعل مع عدمه، وإن شئت الاستئناس للمقام فلاحظ الملكيه شرعاً في بيع الصرف والسلم فإنّها تحدث حين حصول القبض في المجلس، والعقد في ذلك الحين معدوم.

[١] وجه ظهورها (٢) في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمه الولد عن عهده المشتري بإجازة المولى البيع الواقع على وليده فضولاً وأما التفرقة بين صحيحه أبي عبيده الوارده في تزويج الصغيرين (٣) فضولاً وبين سائر الأخبار بدلالاتها

ص: ٤٠٥

-
- ١- (١) الإيضاح ١ : ٤٢٠ ، وحكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ١٨٩ ، وقال: وهو الظاهر من الفخر في الإيضاح، ونقله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٢ : ٧٨٥ ٧٨٦ .
 - ٢- (٢) أى ظهور صحيحه محمد بن قيس، كما في المتن، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٠٣ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١ .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢١٩ ، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ .

نعم صحيحه أبى عبيده الوارده فى تزويج الصغيرين فضولاً الأمره بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات، للزوجه الغير المدركه حتى تدرك وتحلف ظاهره فى قول الكشف إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجه باقيه على

الشرح:

على الكشف الحقيقى، بخلاف سائر الأخبار فباعبار أنه لم يذكر فى تلك الأخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقى، بخلاف الصحيحه فإنّ الوارد فيها وهو لزوم عزل نصيب الصغيره وهو يناسب خصوص الكشف الحقيقى فقط، كما يأتى توضيحه فى التعليقه الآتیه.

والحاصل: أنّ الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليده لا يصح، إلا إذا كان الأخذ المزبور لقيمه الولد فقط، أو مع قيمه ما استوفاهها المشتري من سائر منافع الجاریه.

ثم لا يكون إرساله بعد إجازة البيع إلا على مذهب الكشف دون النقل، فإنه على النقل لا تسقط قيمه الولد أو قيمه سائر المنافع التى استوفاهها عن عهدته المشتري؛ ليتعين على أب البائع إرسال الولد، بخلاف القول بالكشف حقيقياً كان أو حكماً.

وأما وجه تعلق المشتري بالبائع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه، فإنه كما كان يبعه فضولياً كان قبضه الثمن فضولياً، سواء كان المدفوع إليه نفس الثمن أو وفاءه، وأنه إذا أجاز المولى الوليده يبعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور أيضاً، وقد سأل المشتري هذه الإجازة عنه بقوله: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

واحتمال أنّ البائع كان مديوناً للمشتري ببدل الثمن بمقتضى ضمانه والمشتري كان مديوناً للمولى بقيمه الولد وقيمه منافع الجاریه فلعل الإجازة معتبره بنحو النقل، وأن إرسال المولى ولد المشتري وإرسال المشتري البائع أى ابن المولى كان لإسقاط المولى دين المشتري فى مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ هذا الإسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجاریه. وظاهر الروايه أنّ إرسال الولدين كان علاجه

ملك سائر الورثه كان العزل مخالفاً لقاعده «تسلط الناس على أموالهم» بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» [١]

الشرح:

بإجازة البيع، ولا تكون إجازته علاجاً إلا إذا اعتبر الإجازة بنحو الكشف، وأن تكون بحيث تعم إجازة قبض الثمن أيضاً.

[١] المراد من إطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثه، وهذا الإطلاق بانضمامه إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (١) المقتضى لسلطنه سائر الورثه لجميع حصصهم من تركه الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقي، حيث بناءً على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجه تخصيصاً لعمومه، بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمي فإنه بناءً عليهما يكون المقدار المعزول ملكاً لسائر الورثه واقعاً، وقد منعوا عن التصرف في ملكهم بتعين العزل عليهم.

أقول: لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور، وذلك لما تقرر في الأصول من بحث العام والخاص أنه إذا علم عدم شمول حكم العام لشيء ودار أمر عدم الشمول بين أن يكون بنحو التخصيص أو بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام في اثبات كون الخروج بنحو التخصيص لا- التخصيص. كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسله الاستنجاء ودار أمر الغسالة بين كونها تخصيصاً في خطاب كون الماء المتنجس منجساً وبين أن يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصيص بأن تكون الغسالة المزبوره طاهره، فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجساً، هذا أولاً.

وثانياً: أنه على الكشف الحقيقي يكون تعيين عزل سهم الزوجه أيضاً تخصيصاً في خطاب اعتبار الاستصحاب، فالتعيين أن العزل حكم ظاهري واحتياط في واقعه التي

ص: ٤٠٧

الشرح:

هي من الشبهه الموضوعيه، كوجوب عزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل عادة.

والحاصل: أن الحكم بتعيين عزل نصيب الزوجه مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضمّاً إلى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقي، وقد أورد بعض الأعظم (١) على دلاله الصحيحه على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر أن الترويج المزبور فيها فضولى، وأنّ رضاء الصبى والصبية به بعد بلوغهما إجازة لذلك الترويج الفضولى، بل ظاهرها أن النكاح المزبور قد وقع من الوليين، وأن ذلك النكاح جائز، أى صحيح، ولكن يكون لكل منهما بعد بلوغهما الخيار فى فسخه وإقراره، وأن من شرط التوارث بين الزوجين المزبورين رضا كل منهما بالنكاح المزبور، أى فسخه وإقراره. وإذا مات أحدهما بعد رضاه به وقبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطاً برضاء الآخر بعد بلوغه، وهذا ظاهر الروايه أى ظاهر جواز النكاح وفرض صدوره من الوليين ولا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة والاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف. نعم، قوله عليه السلام فى ذيلها: «فإن كان أبوها هو الذى زوجها» (٢) ظاهر فى أن نكاح الأب لا يكون كنكاح غيره، ولا يعتبر فى نكاحه خيار الفسخ، بل يلزم ويثبت التوارث. ولو قيل: بأن الاب يعمّ الجد أى أب الاب يكون نكاح الجد كنكاح الأب فيختص صدرها بنكاح غير الأب والجد، هذا مع أن الذيل معارض بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام عن الصبى يزوج الصبیه، قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب، قلت: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه فى

ص: ٤٠٨

١- (١) نقله السيد الخوئى قدس سره عن الشيخ النائينى رحمه الله فى مصباح الفقاهه ٢: ٧٨٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزّوجه الغير المدركه وارثه فى الواقع، فكأنه احتياط فى الأموال قد غلبه الشّارع على أصاله عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.

بقى الكلام فى بيان الثّمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل.

فقول: أمّا الثمره على الكشف الحقيقى [١] بين كون نفس الإجازة شرطاً

الشّرح:

صغره؟ قال: لا (١).

وكذا معارض بذيلى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام: «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح إلى أن قال: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى، ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح» (٢).

أقول: إذا تسلم رحمه الله أن قوله عليه السلام فى ذيل صحيحه أبى عبيده الحذاء يكون دالاً على نفوذ نكاح الأب وثبوت التوارث معه وأن الأب يعم الجد فيلزم عليه أن يحمل الوليين فى صدرها على غير الأب والجد، ومن الظاهر أنّ غير الأب والجد لا يكون ولياً شرعياً فيكون نكاحه فضولياً لا محاله، وحمل الوليين على خصوص الوصى مع أن ولايته على نكاح الصغيره غير محرزه حمل بعيد، وأبعد منه حمله على نكاح الحاكم الشرعى لضروره الطفل. وأما معارضه ذيلها بصحيحه محمد بن مسلم وصحيحه الحلبي فلا تضر بالاستدلال، فإنه لا يمكن العمل بمثلها فى مقابل غير واحد من الروايات الداله على نفوذ نكاح الأب والجد وعليه شهره أصحابنا قديماً وحديثاً، وتمام الكلام فى ذلك موكول بكتابى النكاح والإرث.

[١] لا تظهر الثمره على الكشف الحقيقى بين كون الشرط فى صحه المعامله

ص: ٤٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٧٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ٢٢٠، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤

وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

وأما الثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى [١] مع كون نفس الإجازة شرطاً

الشرح:

تعقبها بالإجازة أو تكون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً، وأنه يجوز لكل من المالك المجيز والأصيل التصرف فيما انتقل إليه قبل حصول الإجازة على تقدير إحراز حصولها فيما بعد، سواء كان التصرف أمراً خارجياً أو اعتبارياً، ويأتى الاعتراف بذلك من المصنف فى بيان الثمره بين الكشف الحقيقى والكشف الحكمى.

[١] إذا وطى المشتري الجارية التى اشتراها من الفضولى قبل إجازة المالك فأولدها ثم أجاز الشراء مالكةا فعلى القول بالكشف الحقيقى يكون الوطى المزبور حلالاً واقعياً؛ لوقوعه فى الملك واقعاً، كما أنه حرام واقعاً على الكشف الحكمى، وتكون الجارية المزبوره أم ولد للمشتري على الكشفين. وهذا بناءً على الكشف الحقيقى ظاهر؛ لحدوث الوطى فى الملك الواقعى للمشتري، وعلى الحكمى باعتبار أنه بعد الإجازة يملك المشتري الجارية حتى بالإضافة إلى الأزمنة السابقة ومنها زمان الوطى، واحتمل رحمه الله عدم كونها أم ولد بذلك؛ لأن الاستيلاد لم يحدث فى الملك وإن حكم بملكه الجارية فى ذلك الزمان للمشتري، ولكن لا يخفى ما فى الاحتمال من الضعف فإن مقتضى اعتبار الجارية ملكاً للمشتري زمان الاستيلاد مقتضاه كون الجارية أم ولد.

وذكر السيد الخوئى رحمه الله أنه لا يحكم على الأمه بناءً على الكشف الحكمى بأنها أم ولد (١)؛ لأن ظاهر ما دل على أنها لا تباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمه يحدث استيلادها فى ملك الواطى، وعلى الكشف الحكمى يكون الاستيلاد بقاءً فى ملكه،

ص: ٤١٠

يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإنَّ الوطء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الإجازة، حلالاً واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع، ماضياً ترتب حكم وقوع الوطء

الشرح:

نظير ما شرع في صلاته بقراءة سورة ثم تركها في الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول وإتمام السورة الثانية وإن تكون الأولى زائده إلا أنها لا تحسب زيادة في الصلاة، ولا يعمه قوله عليه السلام: «من زاد في صلاته فعليه إعادتها»^(١)، فإن ظاهرها إحداث الزائد لا جعل الحادث سابقاً زائداً فيما بعد.

أقول: إذا فرض مبدأ الملكيه المجمعوله هو الزمان السابق يكون الاستيلاء بحدوثه محكوماً بوقوعه في الملك لا محاله، ولا يقاس بمسأله الزيادة في الصلاة فإن مبدأ اتصاف القراءة السابقه بالزيادة من حين العدول إلى السوره اللاحقه نظير ما أخبر القائل بأنه يفعل كذا صباح الغد، مع بنائه على الفعل المزبور، ثم بدا له صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البدء له، بل يقاس بما إذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته أخذاً بأصالة طهارته، ثم بعد الاغتسال والصلاه علم بأن الماء المزبور كان متنجساً قبل الاغتسال وشك في وقوع المطهر عليه قبل اغتساله، فإنه لا إشكال في أن الماء إلى حين حصول هذا العلم والشك كان محكوماً بالطهاره، وبعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسه، مع أنه يلزم عليه رحمه الله الحكم بصحة الاغتسال، ولا أقل بعدم وجوب قضاء صلاه صلاها بذلك الغسل؛ لأنهما مقتضى قاعده الطهاره السابقه أو أصاله عدم وجوب قضائها.

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ٢٣١، الباب ١٩ من أبواب الخلل الواقع في الصلاه، الحديث ٢.

فى الملك؁ وىحتمل عدم تحقّق الاستىلاء على الحكمى؁ لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك؁ وإن حكم بملكىته للمشترى بعد ذلك. ولو نقل المالك [أمّ الولد عن ملكه] [١] قبل الإجازة فأجاز؁ بطل النقل على الكشف الحقىقى؁ لانكشاف

الشرح:

[١] وحاصله: أنه لو اشترى الأمه فضولاً فأولدها ونقلها مالكةا عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقىقى يحكم بطلان النقل المزبور وبصحه الشراء؛ لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله فى ملك المشتري واقعاً؁ وىحتمل بطلان إجازة الشراء؛ لأنّ النقل سابقاً بمنزله رده الشراء المزبور؁ وسىأتى أن من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالردّ؁ هذا على الكشف الحقىقى.

وعلى الكشف الحكمى فىحكم بصحه النقل المزبور؁ وعلى المالك المذى أداء عوض الأمه أى قىمتها إلى المشتري؁ جمعاً بين صحه النقل المزبور وىبن المعاملة مع الجارىه المزبوره بعد الإجازة معاملة ملك المشتري بالإضافه إلى الأزمنة الماضىه؁ وىكون المقام نظىر ما إذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فإن بعد فسخه علىه بدل المال؁ جمعاً بين نفوذ نقله ورجوع ذلك المال بالفسخ إلى مالكة الأول.

والحاصل: أنّ ضابط الكشف الحكمى أنه ترتّب آثار الملكىه بالإضافه إلى الأزمنة السابقه بعد حدوث الإجازة؁ فإن كان الجمع بين تلك الآثار وتصرف المالك قبل إجازته ممكناً فهو؁ وإلاّ- كما إذا أتلّف المالك المال حقىقه أو شرعاً كالعق بطلت الإجازة؛ لفوات محلها وإن ىحتمل الرجوع إلىه بالبدل مع الإتلاف أيضاً؁ جمعاً بخلاف الكشف الحقىقى فإنه بالإجازة ىنكشف كون المال ملكاً للغير واقعاً من حىن عقد الفضولى؁ فىبطل كل تصرف من المالك لاحق بالعقد المزبور.

أقول: مجرد تلف المال أو العتق لا ىوجب التنافى بىنه وىبن إجازة عقد الفضولى؁

وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزله الردّ وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه. ومقتضى صحّته النقل الواقع قبل حكم الشّارع بهذا الجعل كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

الشرح:

فإنه بعد إجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز ببدل المال المتلف أو المعتق، كما في مسأله البيع بشرط الخيار للمشتري فإنه إذا تلف المبيع في يد المشتري أو أعتقه فيرجع إليه البائع بعد الفسخ ببدل التالف أو المعتق، بل التنافي بين الإجازة والتصرف من المالك المجيز يتصوّر في موارد لا يكون فيها الرجوع إلى المالك المجيز بالبدل، كما إذا زوج الفضولي المرأة من زيد ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمرو فإنه لا يمكن الجمع بين نفوذ النكاح الثاني وإجازة النكاح الأول. وفي مثل ذلك لا ينبغى الريب في نفوذ النكاح الثاني وفساد النكاح الأول، وذلك فإنّ النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعيه النكاح ونفوذه ومع هذا الشمول لا تفيد إجازتها النكاح الأول، حيث لا يمكن أن يعمه ذلك الدليل، بل يمكن أن يقال: الأمر كذلك حتى على الكشف الحقيقي، لا لكون النكاح الثاني ردّاً للنكاح الأول، حيث نفرض وقوع النكاح الثاني غفله عن النكاح الأول، بل لأنّ الإجازة المصححة للنكاح الأول إجازة الخليه لا إجازة ذات البعل.

وأما إذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافياً لصحة عقد الفضولي بإجازته فقد يقال، كما عن المصنف رحمه الله وغيره، بأنّه يجمع بين التصرف الثاني وعقد الفضولي بإجازته برجوع الأصيل إلى المالك المجيز ببدل ذلك المال، نظير رجوع من عليه الخيار إلى المشتري بعد فسخ الشراء ببدل المبيع التالف حقيقةً أو حكماً.

ولكن لا يخفى أنه لا يمكن المساعدة على الجمع بذلك في المقام، بل المتعين

وضابط الكشف الحكمى: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء، ونقله ولم يناف الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل وإن الشرح:

هو الالتزام بأن تصرف المالك فى المبيع ونقله إلى الغير أو إتلافه يوجب أن لا يبقى مورد للإجازة، لا لكون التصرف المزبور رداً فعلياً لعقد الفضولى؛ ليقال بأن تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولاً على ماله لا يكون من الرد الذى هو من الإنشائيات ولا- يحصل بدون القصد، سواء كان بالفعل أو بالقول، بل لأنّ المعتبر فى الإجازة أن تكون موجهة لاستناد عقد الفضولى إلى المالك المميز بأن يصح أن يقال: إنه باع ماله أو أجره أو صالحه . . . إلى غير ذلك. ولا تكون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك؛ لأن نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك أجنبياً عن المال المزبور، ولا تكون إجازته موجهة لأن يقال: إنه باع داره وأجرها أو صالحها . . . إلى غير ذلك.

وهذا هو السر فيما يأتى من أنّ من شرط الإجازة أن يكون المميز مالكاً للمال الذى جرى عليه العقد فضولاً لولا إجازته.

وبتعبير آخر: المصحح لاستناد عقد الفضولى إلى المميز بإجازته كونه مالكاً للمال لولاها، والمفروض أنّه مع التصرف المزبور لا يكون مالكاً لتكون إجازته باعتباره مصححة للاستناد، بل الأمر كذلك فى صورته تلف المال، فإنّ المال بعد تلفه فى يد مالكة لا يعتبر ملكاً له. ولا يقاس بما إذا اشترى متاعاً بشرط الخيار له وتصرف فى ذلك المال بالنقل أو تلف فى يده فإنه يكون له فسخ الشراء ويرجع البائع إليه ببدل المبيع، وذلك فإنّ الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع والتصرف فى المبيع إذا لم يكن بقصد إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له فسخه ويتعين عليه بعد الفسخ دفع البدل، والإجازة فى المقام ليست من قبيل الحق المتعلق بالعقد؛ ولذا لا يكون للمالك

نافى الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعققات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، وسيجيء. ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف والنقل مواضع.

منها: التّماء فإنّه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، وعلى التّقل لمن انتقلت عنه وللشّهد الثّاني فى الرّوضه عباره توجيه المراد منها[١] كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

الشّرح:

المجيز إسقاطها، بل اعتبارها لكونها مصححه لاستناد عقد الفضولى إليه، ووجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا الإجازة.

فتحصل مما ذكرنا: أنّه على الكشف الحكمى يكون تلف المال أو تصرف مالكة بنقله إلى الغير أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة، فيصحّ تلك التصرفات ويلغى عقد الفضولى.

بل يمكن أن يقال: إن الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقى، فإنّ المعقول منه هو الالتزام بكون الإجازة شرطا متأخرا أو أن الشرط تعقب العقد بالإجازة، وما هو شرط متأخر أو لحوقه بشرط هي إجازة المالك لولاها، لا مجرد إجازة المالك حال العقد، ويأتى بقيه الكلام فى ذلك فى بحث اشتراط كون المجيز مالكا.

[١] قال فى «الروضه»: «وتظهر الفائده يعنى فائده القولين الكشف والنقل فى النماء، فإن جعلناها كاشفه فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد والإجازة للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقله فهما للمالك المجيز»(١). انتهى.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ توجيه المراد من هذه العبارة بأن تحمل هذه العبارة على خلاف ظاهرها أولى من الأخذ بظاهرها، والتكلف فى تطبيق ذلك الظاهر على القواعد.

وتوضيح ذلك: أن نماء المبيع المتخلل بين العقد والإجازة للمشتري ونماء

ص: ٤١٥

ومنها: أن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازته الآخر مبطل له [١] على القول

الشرح:

عين الثمن للبائع على الكشف الحقيقي أو الحكمي والنماء المزبور يكون للمالك الأصلي على النقل. ومراد الشهيد من المالك المجيز هو المالك الأصلي الشامل لمالك المبيع ومالك الثمن مع فرضه الفضولي في العقد من الطرفين، فيصح أن يقال: إنه بناءً على النقل يكون نماء كل من المبيع والثمن للمالك المجيز، أي لمالكهما الأصلي، وهذا الحمل أولى من الأخذ بظاهرها بأن يقال: إذا كان العقد فضولياً من طرف البائع مثلاً يكون نماء المبيع والثمن له على النقل؛ أما نماء المبيع فظاهر، حيث إن المبيع لا يخرج عن ملكه قبل الإجازة على الفرض، وأما نماء الثمن له فلا لأن الأصل بإقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن وعن نمائه من حين العقد.

والأولى المذكور في كلام المصنف رحمه الله من قبيل الأولى في آية إرث أولى الأرحام، وذلك فإن تعليل ظاهر كلام الشهيد الثاني بما ذكره ضعيف غايته، ومجرد إقدام المشتري الأصل على المعاملة الفضولية لا يوجب خروج الثمن عن ملكه حين العقد حتى يتبعه نماءه، بل قد لا يعلم المشتري بأن البيع من البائع المزبور فضولي.

[١] يعني: إذا فسخ الأصل العقد ثم أجاز المالك فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان فسخ الأصل، فإنه بناءً عليه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد، بخلاف ما إذا قيل بالنقل فإنه بناءً عليه يحكم ببطلان الإجازة وكونها لغواً؛ لأن لكل من المتعاقدين إلغاء إنشائه قبل تمام العقد جزءاً أو شرطاً بالإجماع.

أقول: ينبغي أن يذكر هذا ثمره بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط في تمام العقد تعقبه بإجازة المالك وبين غيره، سواءً قيل بالنقل أو بالكشف الحكمي أو الحقيقي المبني على كون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً، فإنه بناءً على جميع ذلك يكون تمام العقد بنفس الإجازة فيكون الفسخ المزبور قبل تمامه، فلا تفيد الإجازة بعده.

الشرح:

ولكن نوقش في الثمره، كما تعرض لها المصنف رحمه الله بما حاصله: أنه لا أثر لفسخ الأصيل، وأنه يتم العقد بلحوق الإجازة على الكشف والنقل، وذلك فإنَّ العقد سبب للنقل مع حصول شرطه والشرط في المقام بناءً على النقل أو الكشف على بعض فروضه هي الإجازة، وإذا حصلت يترتب الأثر على العقد السابق؛ لتمام السبب معها. وترتب الأثر على تمام السبب من أحكام الوضع، يعنى غير موقوف على إرادته أحد المتعاقدين؛ ليكون فسخه موجباً لبطلان هذا الترتب، ولكن المناقشه ضعيفه؛ لأن من شرط صحه العقد وترتب الأثر عليه عدم تخلل الفسخ قبل تمام السبب، ومع تخلل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليرتب عليه أثره.

اللهم إلا- أن يمنع عن هذا الاشتراط بعدم ثبوت الإجماع المدعى ومقتضى الإطلاقات عدم اعتباره، مثلاً: إذا أنشأ البائع البيع وفسخه قبل قبول المشتري أو قبل حصول شرطه، فمقتضى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) بطلان الفسخ المزبور.

وذكر النائينى رحمه الله أنه فرّق بين فسخ الإيجاب قبل القبول وبين الفسخ بعد الإيجاب والقبول وقبل حصول سائر الشرائط، فإن فسخ الإيجاب قبل القبول لا بأس به، حيث لا يتم عنوان العقد إلا بعد القبول، بخلاف الفسخ بعد الإيجاب والقبول وقبل حصول سائر الشرائط فإن الفسخ المزبور غير جائز، كما هو مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

نعم، إذا قام فى مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط أيضاً يلتزم به، كما فى الهبه والوقف قبل القبض، وأما مع عدم قيامه فمقتضى خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجوب إنهاء العقد وعدم جواز فسخه، وهذا حكم تكليفى انحلالى يتعلق بكل من البائع والمشتري وليس من النقل والانتقال الذى هو من قبيل الحكم

ص: ٤١٧

بالتنقل دون الكشف، بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الأصل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفه، فإن العقد تام من طرف الأصل غايه الأمر تسلط الآخر على فسخه. وهذا مبنئ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحه العقد كالقبض في الهبه والوقف والصدقه فلا يرد ما اعترضه الشرح:

الوضعي، والحكم التكليفي المزبور يترتب على العقد وإن لم يترتب عليه الحكم الوضعي باعتبار عدم حصول بعض الشرائط، والإجازة في المقام شرط للحكم الوضعي، حيث لا يحصل النقل والانتقال بدون حصولها.

والحاصل: وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ موضوعه العقد الذي يحصل بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك فلا يجوز للأصيل فسخ العقد قبل إجازة المالك المجيز، سواء قيل بأن إجازته كاشفه عن تمام العقد قبله أو قيل بالنقل، ولا يقاس الفسخ على القول بالنقل بفسخ الموجب إيجابه قبل قبول المشتري.

أقول: وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن أن يكون حكماً تكليفيّاً بالإضافة إلى مثل البيع والإجاره من المعاملات، فإنّ الوفاء بالعقد، بمعنى عدم فسخه، لا يرد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ: «فسخت» ونحوه، مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله، فتحريم الفسخ يمكن فيما إذا كان الفسخ مقدوراً وحاصلاً بالإنشاء المزبور، وإذا فرض حصول الفسخ في موارد حرمة لا يكون خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دالاً على لزومها وعدم انحلالها بالفسخ، كما يتمسك هو رحمه الله وغيره بالخطاب المزبور لإثبات لزوم المعاملات، فالمتعين أن يكون وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكماً وضعياً وإرشاداً إلى لزومها، ومن الظاهر أن العقد المحكوم باللزوم في مثل البيع والإجاره مما يكون من العهد المشدود هو العقد المنتسب إلى المالكين، وما لم تحصل الإجازة لم يتحقق ذلك العهد ولا يترتب الحكم باللزوم، سواء قيل بأن الإجازة

بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل معللاً بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه.

وفيه: أنّ الكلام في أنّ عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب، فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحه العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال.

ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل [١]. وإن قلنا بأنّ الشرح:

ناقله أو كاشفه بكشف حكمي أو حقيقي، بمعنى كون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً.

نعم، إذا قيل بعدم كون الإجازة بنفسها شرطاً، بل الشرط تعقب العقد بالإجازة فيمكن أن يقال: إنه لا يكون لفسخ الأصيل أثر لوقوع ذلك الفسخ بعد تمام العقد؛ لأن وصف التعقب يحصل للعقد من حين إنشائه.

فتحصّل عمياً ذكرنا أنّ مع تخلل الفسخ بين العقد والإجازة لا يحصل بالإجازة عنوان العقد المشدود المنسوب إلى المالكين، نظير تخلله بين إيجاب مالك المبيع وقبول المشتري، بل الأمر كذلك فيما إذا تخلل الفسخ بعد حصول العقد المشدود وقبل حصول بعض الشرائط المعتمده في ترتب الأثر على ذلك العقد، كما إذا فسخ البائع بيع الصرف قبل حصول القبض في المجلس فإنّ الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعاً وما لم يحصل إمضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه باللزوم، وإذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط؛ لأنّ المفروض إلغاؤه قبل حصوله.

[١] هذه أيضاً ثمره بين القول بالكشف الحقيقي وبين غيره من النقل والكشف الحكمي، فإنّه بناءً على النقل أو الكشف الحكمي يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل

فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريه من فضوليّ جاز له وطؤها، وإن استولدها صارت أم ولد، لأنّها ملكه.

وكذا لو زوجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت، لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

والحاصل: أنّ الفسخ القولي وإن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك. وربّما احتُمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً، ولعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر، وهو الذي يظهر من المحقّق الثاني في مسأله شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف، انتهى.

الشرح:

عنه ولو بتصرف ينافي انتقال المال عنه، وذلك فإنّ المال بناءً عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفاً ووضعاً، فلو باع جاريه من فضوليّ فللبائع الأصيل وطؤها قبل الإجازة، وإن استولدها صارت أم ولد فيفوت محلّ الإجازة، باعتبار أنّه لا يجوز بيع أم الولد، وكذا إذا زوجت نفسها من آخر فضولاً يجوز لها التزويج من غيره ويخرج نكاح الفضولي عن جواز لحوق الإجازة به إلى غير ذلك.

والحاصل: أنّه بناءً على النقل والكشف الحكمي لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الإجازة؛ ليمنع وجوبه على الأصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه، فلا يصحّ ما يظهر من المحقّق الثاني من عدم جواز هذا النحو من تصرف الأصيل حتى بناءً على النقل، حيث ذكر في بيع العين بالثمن المغصوب أنه لا يجوز تصرف البائع الأصيل ولا المشتري الغاصب تلك العين؛ لاحتمال حصول الإجازة، سيّما على

وفيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لأنّ الأمور بالوفاء به هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلا بعد القيد. هذا كلّه على النقل.

وأما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعه، كالعلامة والسيد العميدى والمحقق الثانى وظاهر غيرهم. وربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدح في السلطنه الثابته له، ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً.

نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرفٍ منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقائه، وبدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى.

الشرح:

القول بالكشف. انتهى.

وربما يقال بجواز التصرفات للأصيل ظاهراً حتى على الكشف باعتبار أنه لا يعلم حصول الإجازة وانتقال المال عنه واقعاً، ومقتضى أصاله عدم انتقاله وبقائه في ملكه جوازها.

نعم، حصول الإجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها وبدلها مع تلفها.

ولكن منع المصنف رحمه الله عن ذلك وذكر أنه بناءً على الكشف، أى الحقيقى منه، لا يجوز للأصيل التصرف المنافى للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة، وذلك فإنه بناءً على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو نفس العقد حاصلًا فيجب على الأصيل الوفاء به، وهذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك إلى أن يحصل الرد من المالك المجيز، حيث يكون إلغاء العقد وإبطاله برده فقط.

ص: ٤٢١

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل ولزوم العقد وحرمة نقضه من جانبه، ووجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازه المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، ومن هنا يظهر أنه لا فائده في أصله عدم الإجازة، لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخره شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه إلى أن ينقض، فإن رد المالك فسح للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى.

الشرح:

لا- يقال: كيف لا يجوز للأصيل التصرف في المال المحتمل بقاؤه في ملكه ولا يجوز له التصرف في المال الآخر، مع أنه لو لم يجز له التصرف في الأول واقعاً لجاز التصرف في الآخر بمقتضى المبادله بينهما.

فإنه يقال: لا- يجوز له التصرف المنافى فيما كان ملكاً له كما لا يجوز له التصرف في المال الآخر مطلقاً، وذلك فإن العقد الموضوع لوجوب الوفاء به وإن كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب والقبول، إلا أن التكليف بالوفاء قرينه على أن المراد هو العهد على نفسه وما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله إلى ملك المشتري، أى صاحب الثمن، والتكليف بالوفاء به يمنع عن التصرف في ماله بما ينافى الإجازة المتوقعه والتصرف في المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء ولا يناسبه، حيث إنه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال: قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناءً على النقل والكشف

والحاصل: أنه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادله بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز.

ومن هنا تبين فساد توهم: أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرّفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادله المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادله.

توضيح الفساد: أنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادله: حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدلّ إلاّ على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل.

الشرح:

الحكمي، مع أن العهد على نفسه موجود عليهما أيضاً.

فإنه يقال: قد مرّ أنّ تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناءً على الكشف الحقيقي فلا يجوز للأصيل نقضه، بخلاف النقل أو الكشف الحكمي فإنّ الموضوع له لا يكون العقد فقط، بل العقد مع قيد الإجازة حتى لو قيل في تصحيح الكشف الحقيقي بكون الشرط تعقبه الإجازة ويجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى أصله عدم حصول الشرط في صورته الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهراً، بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفه عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء.

لا- يقال: انتقال المال عن الأصيل ودخوله في ملك الآخر وإن كان عهداً على نفسه، إلاّ أنه مشروط بحصول أمر وهو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله، ولا يعلم

وأما دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمه رفع اليد عمّا التزم على نفسه، وأمّا قيد كونه بإزاء مالٍ فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلاً في مفهوم المبادله، فلو لم يتصرّف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادله، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصاله عدم الانتقال.

الشرح:

هذا الشرط غالباً؛ لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله، حيث ذكروا أنّه يجوز للناذر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط.

فإنه يقال: فرق بين النذر المشروط والمقام، فإن العهد في باب النذر كما هو قضيه الشرطيه في قول الناذر معلق ومراعى، بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة وانتقال المال إليه داعياً له إلى تمليك ماله بإزاء المال الآخر، كما هو ظاهر قول البائع: بعتك هذا المال بذلك، فلا يكون حصول الشراء من الآخر ولو احتمالاً شرطاً وتقديراً في الإيجاب المزبور.

أقول: ما ذكر رحمه الله من أنّه على الكشف لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع إحرازه عدم الإجازة مستقبلاً بدعوى أن وجوب الوفاء بالعقد يمنعه عن التصرف المزبور ضعيف، وذلك فإن كون الإجازة كاشفه عن الملكيه وتعلق الوفاء بالعقد من الأول مرجعه إلى اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر، بأن يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو العقد، له قيد وظرف تحقق ذلك القيد هو الاستقبال، وإذا لم يحرز حصولها في المستقبل فأصاله عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله، ولو حصلت بعد ذلك تكون كاشفه عن بطلان ذلك التصرف ووقوعه على ملك الغير، كما مر.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في «القواعد»^(١) من ترتب أحكام المصاهره على

ص: ٢٢٤

ودعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكم جماعه بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

الشرح:

التزويج فضولاً، هذا أولاً.

وثانياً: أن وجوب الوفاء بالعقد إما تكليف بعدم جواز نقضه عملاً بأن يتصرف في المال الذي ملكه الغير، وهذا التكليف من جهه حرمة التصرف في مال الغير والإمساك به لا يكون إلا بعد حصول الملكيه لذلك الغير، وإما إرشاد إلى لزوم العقد وعدم نفوذ فسخه، والموضوع في اللزوم وعدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب إلى المالكين الذي لا يحصل إلا بعد الإجازة.

وبعبارة أخرى: وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفاً انحلالياً يعم كلاً من الأصيل والمالك الآخر، ويكون الموضوع لحكم كل منهما العقد المنسوب إليهما، فقبل إجازة الطرف الآخر لا يتم الموضوع حتى في حق الأصيل، وعلى ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافي قبل الإجازة، بل يجوز لهما التصرف المنافي بعد تمام الإيجاب والقبول المنتسبين للمالكين وقبل حصول تمام شرائط صحته، كالتصرف في بيع الصرف والسلم قبل القبض. وذلك فإن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ظاهره لزوم العقد وعدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه، فما لم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد.

لا يقال: على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما إذا لم يكن في البين خطاب

ص: ٢٢٥

مدفوعه بعد تسليم جواز التصرف في مسأله التذر المشهوره بالإشكال : بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادله متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برد المالك. ولأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها

الشرح:

آخر دال على تمامه وامضائه حدوثاً، مثلاً: مقتضى قوله: «أحلّ الله البيع» (١) ظاهره إمضاء كل بيع، فيمكن عند الشك في لزوم بيع وجوازه كالمعاطاه التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود والحكم بلزومها، وأما إذا لم يكن خطاب على إمضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور.

والحاصل: يلزم على ما ذكر أن لا يصلح خطاب «أوفوا بالعقود» للتمسك به في صحه عقد وفساده.

فإنه يقال: لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لإثبات صحه عقد ولزومه، فإن الموضوع لوجوب الوفاء وإن كان هو العقد التام، إلا أن المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء، كما أن الموضوع للحليه في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبارهم، حيث إنه ليس للعقد والبيع حقيقه شرعيه. وإذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوماً باللزوم يكون محكوماً بالصحه أيضاً لا محاله، غاية الأمر إذا ثبت شرط لتام العقد شرعاً كاعتبار القبض في بيع الصرف يكون ذلك تقييداً لموضوع وجوب الوفاء ولو بلسان الحكومه، بمعنى أن تمام العقد في مورده يكون بعد القبض.

والمتخصّل مما ذكرنا: أنه يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل والكشف الحكمي ويخرج عقد الفضولي مع التصرف المنافي عن القابليه للحوق

ص: ٤٢٦

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

قال في القواعد في باب النكاح: ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والأم والبنات، إلا إذا فسخت على إشكال في الأم [١].

الشرح:

الإجازة، ولا يجوز على الكشف الحقيقي، سواء كان الشرط تعقب الإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر فيما إذا علم بالإجازة فيما بعد، وأما إذا لم يعلم يكون جواز التصرف حكماً ظاهرياً.

وأما الفسخ فيجوز للأصيل، سواء كان قولياً أو فعلياً حتى على الكشف الحقيقي الذي يلتزم فيه بكون الإجازة شرطاً متأخراً، كما تقدم.

لا يقال: كيف يمكن على الكشف استصحاب عدم الإجازة والحكم للأصيل بجواز تصرفه فيما انتقل عنه ولو بما ينافي الإجازة، مع أن المستفاد من صحيحه أبي عبيدة الحذاء (١) المتقدمه الأمر بعزل حصه المزوجه فضولاً من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه يقال: المستفاد من الصحيحه المشار إليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجوز تصرف سائر الورثة في جميع التركة، وأما عدم الاعتبار به بالإضافة إلى تصرفات الأصيل فينكاح الفضولي فضلاً عن تصرفات الأصيل في سائر العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى.

[١] يعني: يجوز للمباشر أي للأصيل نكاح الخامسة وأخت المنكوحه فضولاً وأمها بعد رد المنكوحه ولكن في جواز نكاح أمها إشكال، ووجه أن نكاح البنت في زمان ما ولو مع عدم الدخول بها كاف في حرمة أمها إلى الأبد، بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحه فإن حرمة الخامسة أو الأخت مادام زوجاته الأربع أو الأخت في حباله،

ص: ٤٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

وفى الطلاق نظر[١] لترتبته على عقد لازم فلا يبيح المصاهره وإن كانت زوجه لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر، انتهى.

الشرح:

ومع رد المنكوحه فضولاً لا يكون دخول، كما أنها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها.

[١] يعنى: لو أراد الزوج الأصيل طلاق المنكوحه فضولاً قبل إجازتها أو ردها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزويج بأختها أو بنتها أو أمها ففى الطلاق المزبور إشكال، حيث إنها إزاله علقه الزوجيه فيكون بعد تمام النكاح لا قبلها. نعم، لو كان النكاح فضولياً من ناحيه الزوج دون الزوجه فلا يجوز للزوجه نكاح نفسها من شخص آخر قبل رد الزوج أو إجازته، ولو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجه المزبوره فلا إشكال فى صحته؛ لأن طلاقه كاشف عن إجازته النكاح، فيكون الطلاق بعد تمام النكاح وحصول الزوجيه كما لا يخفى.

بقى الكلام فى مسأله النذر المشروط فنقول: إن كان الشرط المزبور فيه قيداً لأصل النذر والتعهد، كما إذا قال: «إن جاء ولدى من سفره فله على التصدق بمالى هذا»، فلا ينبغى الإشكال فى جواز تصرف الناذر فى نذره قبل حصول الشرط؛ لأنه مادام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصدق بالمال المزبور حتى لا يجوز ضده الخاص، وبعد حصوله لا يكون التصدق المزبور مقدوراً حتى يجب عليه، من غير فرق بين أن يكون حال التصرف عالماً بحصول الشرط فيما بعد أو عدمه. ودعوى عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط مع العلم بحصوله مستقبلاً؛ لكونه تفويتاً لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا طريق لنا إلى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير الأمر بالفعل، ومع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويته. وبتعبير آخر: يكون التصدق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطه أو المؤقته فى عدم وجوب حفظ القدره عليها قبل حصول الشرط والوقت.

وعن كشف اللثام نفى الاشكال. وقد صرح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل وفرعوا عليه تحريم المصاهره.

وأما مثل النظر إلى المزوجه فضولاً- وإلى أمها. مثلاً، وغيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهو باقٍ تحت الأصول لأنّ ذلك من لوازم علاقه الزوجيه الغير الثابته، بل المنفيّه، بالأصل، فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجته العقد أعنى علاقه الملك أو الزوجيه بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين.

الشرح:

وإن كان الشرط قيماً للمندور بأن كان النذر فعلياً والتقدير للمندور نظير الواجب المعلق، كما إذا قال: «لله عليّ التصدق بمالي هذا عند مجيء ولدي»، يكون وجوب الوفاء بالنذر فعلياً، ومقتضى فعليته إبقاء المال مع العلم بحصول الشرط، وأما إذا احتمله لم يجب عليه الإبقاء، بل يجوز التصرف أخذاً بأصالة عدم حصول الشرط. فإن القيد الاستقبالي في الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع إلى شرط الوجوب بنحو الشرط المتأخر، وأصالة عدم حدوثه في ظرفه يثبت عدم وجوب ذلك الفعل. نعم، إذا كان في هذه الصورة وفي الصورة السابقه قصد الناذر إبقاء المال إلى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثمّ إنّه إذا تصرف في المال المندور بما ينافي الوفاء بالنذر، فإن كان في موارد جوازه فلا إشكال في صحّه ذلك التصرف ونفوذه، وأما إذا تصرف فيه في مورد كون وجوب الوفاء فعلياً أو لزم إبقاء المال يكون التصرف المنافي غير جائز تكليفاً، لا لحرمة نفسه؛ لعدم اقتضاء الأمر بالنذر النهي عنه، بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه، ولكن المعامله نافذه وضعاً؛ لأن النهي عن معاملة لا يقتضى فسادها، فضلاً عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا. ودعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكّن

ص: ٤٢٩

ثم إن بعض متأخري المتأخرين [١] ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها وبما يمكن أن يقال عليها:

الشرح:

على تسليم ذلك المال إلى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا- يمكن المساعدة عليها، فإنه لا يوجب النذر حقاً للمنذور له بالإضافة إلى المال؛ ولذا لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر بإسقاط المنذور له، مع أنه لا دليل على أن تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه. فإن ما في كلمات الأصحاب في شرائط العوضين كون ملكهما طلقاً تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهي فيها بالبيع، كما في بيع الوقف وأم الولد ونحوهما، فلا يجرى في موارد لم يكن فيها ذلك النهي، وأنه بعد التصرف لا مانع من شمول خطابي حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف؛ لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر، كما هو مقتضى الخطابين.

والحاصل: أن القدره على التسليم المعتبره في ظرفه وهو تمام المعامله، حاصل في المقام أيضاً؛ لأن تسليم المال المنذور إلى مشتريه كيبعه منه لا- يكون في نفسه محرماً وإنما الحرام ترك الوفاء بالنذر؛ ولذا لا يفرق في فرض ترك الوفاء بالنذر بين أن يبيع المال من الغير ويسلمه إليه أو أن لا- يبيع أصلاً، بل لو كان يبيعه حراماً، كما إذا حلف على ترك بيعه، لم يكن حرمة البيع تكليفاً موجباً لفساده وانتفاء القدره على تسليمه، فإنه يكفي في صحه البيع التمكن على التسليم ولو بنفس إنشاء البيع وإمضائه كما لا يخفى.

[١] حكى عن كاشف الغطاء (١) أنه ذكر ظهور الثمره بين القول بالكشف والنقل في موارد: الأول: ما إذا خرج أحد المتبايعين ونفرضه الأصيل بعد العقد وقبل الإجازة عن قابليه كونه مالكاً؛ لموته أو عروض الكفر، كما إذا ارتد، سواء كان ارتداده عن فطره أو غيرها، مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً فيضع على الكشف دون

ص: ٤٣٠

الشرح:

النقل، وكون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً قيد للارتداد غير الفطرى فقط، وكان المرتد الفطرى لا يملك شيئاً بعد ارتداده فتنقل أمواله التى كانت له قبل ارتداده إلى ورثته، فخروجه عن قابليه كونه مالكاً يعم كل مبيع. وأما المرتد غير الفطرى فلا يملك العبد المسلم والمصحف ويملك سائر الأموال، واحتمال رجوع القيد إلى مطلق الارتداد ضعيف، وإلا لكان الأنسب أن يقول بعروض كفر، كما إذا ارتد مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً لا كون عدم القابليه لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف، فلا حازه إلى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد، فالتصريح بالتعميم قرينه على التفصيل المزبور.

ولكن ذكرنا فى كتاب الإرث أن غايه ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطرى إلى ورثته بارتداده، وأما ما يملك ويكسبه بعد ارتداده فلا دلالة لها على حكمه، ومقتضى عموم أدله إمضاء المعاملات وإطلاقاتها جواز التكبس له وضعاً وتكليفاً كسائر الناس.

ثم إن بطلان البيع على النقل فى فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كلياً بدمته، وإلا فلو كان كلا العوضين عيناً خارجيه يكون العقد قابلاً للإجازة، غايه الأمر على الكشف تثبت المعامله لمن كان مالكاً حال العقد، وعلى النقل تقع على ملك الورثه فتحتاج إلى إجازتهم. وكذا الحال فى الخروج عن القابليه بالارتداد الفطرى، فإنه إذا كان الثمن كلياً بدمته يصح البيع له بناءً على كون الإجازة كاشفه ولا يمكن أن يصح له ولا للورثه على النقل، بخلاف ما إذا كان العوض عيناً خارجيه فإنه يكون معه البيع بناءً على النقل فضولياً حتى بالإضافه إلى الورثه فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم، لا يعتبر كون الثمن كلياً على العهده فى غير الفطرى؛ لأن الثمن الشخصى

منها ما لو انسلخت قابليته الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازته الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مُصَحَّفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسلخت قابليته المنقول بتلف أو عروض نجاسه له مع ميعانه إلى غير ذلك، وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة وفيما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت وبالعكس وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة [١] في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الشرح:

لا ينتقل بارتداده إلى ورثته، فيكون بيع المصحف منه بإزاء الثمن المزبور غير قابل للإجازة على مسلك النقل.

المورد الثاني: ما إذا خرج أحد العوضين بعد العقد وقبل الإجازة عن قابلية المعاملة عليه، فبناءً على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة، حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كانت فيه العين قابله له، بخلاف مسلك النقل.

والثالث: ما إذا طرأت القابلية على أحد العوضين أو على أحد المتبايعين بعد ما كان غير قابل في زمان العقد، كما إذا أسلم الكافر الذي اشترى العبد المسلم أو المصحف حال كفره فإنه يصح بالإجازة على النقل دون الكشف، ومثل ذلك ما إذا قارن العقد فقد بعض شرائط الصحة وتجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

[١] المعترض هو صاحب «الجواهر» رحمه الله (١)، فإنه اعترض على الثمرة في الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين؛ أما في المورد الأول: فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للملك إلى حين الإجازة؛ لتكون كاشفه عن حصول المالك له من حين العقد إلى حينها. وأما في المورد الثاني: فإنه يعتبر أيضاً

ص: ٤٣٢

الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

وفيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار قابليه، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعدده على ماله فإنهم صرّحوا بأن إجازة الأوّل توجب صحّه الجميع مع عدم بقاء مالكيه الأوّل مستمراً وكما يشعر بعض أخبار المسأله المتقدّمه حيث إنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياه الشرح:

بقاء العوضين قابلاً للملك إلى حين الإجازة، حيث يعتبر في إجازة المالك أن يكون مالكاً لولا الإجازة، ومع خروج المال عن قابليه الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور. وأما في المورد الثالث: فإنّ العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف والنقل؛ لفقد شرط صحّه العقد، مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف وكون إنشاء العقد في مورد غير قابل له على النقل.

وتسلم المصنف رحمه الله الاعتراض على المورد الثالث ومنعه في الأوليين، حيث قال في المورد الأول: إنه ليس في البين ما يدل على اعتبار بقاء قابليه المتبايعين للمالكيه إلى حين الإجازة، بل الأمر بالعكس، فإنّ بعض الروايات ظاهره وبعضها صريحه في عدم اعتبار بقاء القابليه. والمراد من بعض الروايات الظاهره ما ورد في اتجار العامل في المضاربه بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به، حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف في تجاره العامل على الحياه حين الإجازة وعدمه، ونحوها ما ورد في الاتجار بمال اليتيم. ومراده من بعض الصريح روايه ابن اشيم(١) الوارده في العبد المأذون الذي اشترى أباه واعتقه، ويدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد في تزويج الصغيرين، وذلك فإنّ كلاً من الزوجين في النكاح كالعوضين والبيع ركن، وإذا

ص: ٤٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٠ ، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

المتعاقدين حال الإجازة مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذى يصلح ردّاً لما ذكر فى الثمره الثانيه [١] أعنى: خروج المنقول عن قابليته تعلق إنشاء عقد أو إجازة به، لتلف وشبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين فى فوات أحد ركنى العقد مضافاً إلى إطلاق روايه عروه [٢] حيث لم يستفصل النبى صلى الله عليه و آله الشرح:

دلت الروايه على عدم اعتبار بقاء الركن إلى حين الإجازة كان عدم اعتبار بقاء المتبايعين على القابليه أولى؛ لعدم كونهما ركنين فى البيع.

وأيضاً يدفع اعتبار كون الإجازة كاشفه عن تملك الممتلك واستمراره إلى حين الإجازة ما ذكره فى مسأله ترتب العقود على مال المالك من أن إجازة السابق من العقود تكون موجهه لصحته وصحة اللاحق، فإن تملك الأول فى الفرض المكشوف عنه بالإجازة غير باق إلى حينها، كما هو مقتضى صحة العقود المترتبة عليه.

أقول: يمكن أن يقال: دعوى صاحب «الجواهر» اعتبار بقاء الأصيل على قابليه المالكه؛ لتكون الإجازة كاشفه عن تملكه المنقول إليه واستمرار ذلك التملك إلى حينها لولا- نقله إلى الغير، وفى فرض ترتب العقود على مال المجيز يكون عدم البقاء لنقل الأصيل لا لسقوطه عن قابليه المالكه.

[١] الموصول مع صلته وصف لخبر تزويج الصغيرين لا- للفحوى، يعنى الخبر المزبور صالح لرد ما ذكر صاحب «الجواهر» فى اعتراضه على الثمره فى المورد الثانى، ووجه صلاحه له أن الزوجين فى عقد النكاح بمنزله العوضين فى عقد البيع. وإذا دل الخبر المزبور على صحة النكاح بالإجازة فى فرض خروج أحدهما بالموت عن قابليه الزواج كان مقتضاه صحة البيع أيضاً بالإجازة فى فرض خروج أحد العوضين عن قابليه الملك بالتلف ونحوه.

[٢] وهذا وجه ثان لرد ما ذكر صاحب «الجواهر» رحمه الله فى اعتراضه على الثمره

الشرح:

الثانيه من اعتبار بقاء العوضين على الماليه إلى حين الإجازة، ووجه الردّ أن إطلاق روايه عروه البارقي(١)، يعنى عدم استفصال النبي صلى الله عليه و آله منه حين إجازته عن بقاء الشاه التي باعها عروه بدينار واحد أو تلفها، دليل على عدم اعتبار بقائها حال الإجازة.

أقول: ما ذكر رحمه الله من ظهور بعض الروايات وصريح بعضها الآخر غير تام، لفظاً ولا دلالة كما تقدم في ما ورد في المضاربه والاتجار بمال اليتيم على حكم الفضولى أصلاً كما أن روايه ابن اشيم المزبور فيها دفع المال إلى العبد المأذون لم يفرض فيها موت الأصيل الذي هو مولى العبد المعتق بالفتح ولا موت المالك المجيز الذي هو المورث. وأما الدافع فلم يكن طرفاً في عقد الفضولى أصلاً.

وروايه عروه البارقي وارده في قضيه خاصه، فلعل النبي صلى الله عليه و آله كان يعلم بقاء الشاه المبيعه فضولاً ولبعد تلف الشاه في تلك المدّه القصيره، وخبر تزويج الصغيرين باعتبار تضمّنه لحكم تعبدى وهو لزوم الحلف على المجيز بأنّ إجازتها لا تكون لأجل الميراث، غير صالح للتعدى منه إلى غير مورده فضلاً إلى سائر العقود.

ثم إنّ اعتراض النائينى رحمه الله (٢) على الثمره فى المورد الثانى بأنه يحكم بفساد عقد الفضولى وعدم صحّته بالإجازة، سواءً على الكشف أو النقل؛ أما على النقل فظاهر، وأما على الكشف فهو مقتضى فساد البيع بتلف المبيع قبل القبض. ولكن لا يخفى ما فيه، فإن تلف أحد العوضين قبل الإجازة لا يلزم كونه قبل القبض، حيث يمكن كون العين المبيعه فضولاً عند مشتريها بنحو العاربه أو إجازتها من مالکها ثم اشترائها

ص: ٤٣٥

١- (١) أنظر سنن البيهقي ٦ : ١١٢ ، وعوالى اللآلى ٣ : ٢٠٥ ، الحديث ٣٦ .

٢- (٢) حاشيه المحقق النائينى رحمه الله على المكاسب ٢ : ٩٠ ، ونقله السيد الخوئى قدس سره فى محاضرات فى الفقه الجعفرى

عن موت الشاه أو ذبحه وإتلافه.

نعم ما ذكره أخيراً من تجدد القابليه بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمره للمسأله: لبطلان العقد ظاهراً على القولين.

وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

وبالجملة، فباب المناقشه وإن كان واسعاً إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه، الشرح:

من بائعها فضولاً وتلفها قبل إجازة مالكةا، ويصح هذا الشراء بإجازته على الكشف دون النقل.

فقد تحصل من جميع ما تقدم أنه لا يمكن الأخذ بالأخبار الخاصه في إثبات الثمره في الموارد الثلاثه المتقدمه أو عدم ثبوتها، والصحيح أنه يمكن إثبات الثمره بين النقل والكشف في الموردین الأولین بالأخذ بإطلاق حل البيع و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان مقتضاهما تمام بيع الفضولي بالإجازة على الكشف الحقيقي. ولا- يمكن تصحيحه بها على النقل والكشف الحكمي؛ لأن مع سقوط الأصيل عن قابليه المالكه لا- يمكن جعل المالكه له حال الإجازة ولو كان مبدأ المالكه من السابق، وكذا في صورته سقوط الشيء عن قابليه الملك.

وبتعبير آخر: الموضوع للحليه أو وجوب الوفاء هو البيع والعقد المنتسب إلى المالكين، ومع سقوط الأصيل عن صلاحية الانتساب أو سقوط أحد العوضين عن المالكه لا- يكون حال إجازة العقد المنتسب إليهما أو تملك مال بعوض. وأما المورد الثالث فالثمره غير تامه بإطلاقها، فإنه لا يعتبر في جميع الشروط حصولها من حين العقد، بل الشرائط مختلفه، ويكفي في بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظه اعتبار كل منها، سواء قيل بالنقل أو الكشف.

وربّما يقال بظهور الثّمرة فى تعلق الخيارات [١] وحقّ الشّفعة [٢] واحتساب مبدأ الخيارات [٣] ومعرفة مجلس الصرف والسلم والأيمان والنّدور [٤] المتعلّقه بمال البائع أو المشتري، وتظهر الثّمرة أيضاً فى العقود المترتبه على الثّمن أو الثمن، وسيأتى إن شاء الله تعالى.

الشرح:

[١] كما إذا تغيّرت القيمة السوقية أو تعيّب المبيع بعد العقد وقبل الإجازة ولم يعلم به المشتري الأصيل حتّى أجاز المالك، فإنّه على النقل يثبت له خيار الغبن أو خيار العيب؛ لكون المبيع عند تحقق البيع معيوباً أو مشتريه مغبوناً، بخلاف القول بالكشف الحقيقى، بمعنى كون الشرط فى تمام البيع تعقّب للإجازة كما لا يخفى.

[٢] كما إذا باع الفضولى نصف الأرض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع، ثم باع مالكةا نصف تلك الأرض من آخر، ثم أجاز بيع الفضولى فإنه بناءً على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالكةا، حيث إنّ تملك المشتري من البائع الفضولى نصف الأرض كان قبل تملكه، بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولى، بخلاف القول بالنقل فإنه عليه تثبت الشفعة للمشتري من المالك.

[٣] أمّا خيار الحيوان فإنّ مبدأه على النقل حين الإجازة؛ لأنّ مشتري الحيوان يصير حينها صاحباً له، بخلاف الكشف الحقيقى فإن كونه صاحباً له من زمان العقد. وأما مبدأ خيار المجلس أو القبض المعتبر فى بيع الصرف أو السلم فبناءً على أن الإجازة شرط متأخر يكون تحقق البيع بشرائطه حين الإجازة، كما هو الحال على النقل والكشف الحكى.

والحاصل: أنّ مجلس البيع أو القبض مجلس حصول الإجازة، إلّا على الكشف الحقيقى، بمعنى كون الشرط فى تمام البيع هو تعقبه للإجاره فإنه على ذلك الكشف يكون مجلس البيع مجلس العقد كما لا يخفى.

[٤] فإنه إذا حلف المشتري الأصيل التصدّق بالمبيع قبل الإجاره ثم أجاز المالك

وينبغى التنبية على أمور:

الأول: أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس فى مفهومها اللغوى [١] ومعنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل فى حكمها الشرعى بحسب الشرح:

فإنه يبطل الحلف المزبور على النقل ويصح على الكشف .

[١] وحاصله: أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس خلافاً فى معنى قول المالك: «أجزت العقد» أو «رضيت به» أو نحوهما، بل الخلاف فى أن الملكيه وغيرها من أحكام المعامله تترتب من حين العقد؛ لكون الإجازة معتبره بنحو الكشف أو أنها تترتب من حين الإجازة، ويرجع ذلك إلى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك وأنه معتبر بنحو الشرط المقارن أو الأعم منه ومن الشرط المتأخر، أو أن المعتبر تعقب العقد بالإجازة. وكيفيه الاعتبار يظهر بملاحظه أدله اعتبار الرضا ووجوب الوفاء بالعقود، والروايات الحاصله التى مداليلها لا ترتبط بمعنى الإجازة.

بل يمكن أن يقال: إنه على الكشف تترتب تلك الأحكام من حين العقد حتى فيما إذا كان مراد المالك من قوله: «أجزت» ونحوه، الرضا بالعقد من حين الإجازة، وعلى النقل تترتب تلك الأحكام من حين الإجازة حتى فيما إذا أراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد.

أقول: الصحيح هو التفصيل، وذلك لما ذكرنا سابقاً أن العقد مدلوله النقل من حينه ولو بضميمه قرينه خارجيه وهى عدم إمكان الإهمال فى الأمر الاعتبارى من جهه المبدأ، وحيث إن الإجازة عبارته عن إظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى أدله الإمضاء هو الكشف الحكمى. ولو أظهر المالك رضاه بالنقل من حين إظهاره الرضا لا من حين العقد فلا يكون ذلك رضاءً بمضمون ذلك العقد؛ ليكون موجباً لتمامه وشمول أدله الإمضاء له.

ملاحظه اعتبار رضا المالك وأدله وجوب الوفاء بالعقود وغيرهما من الأدله الخارجيه فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صحتها وجهان:

الثاني: أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه على وجه الصراحة العرفيه كقوله «أمضيت» و«أجزت» و«أنفذت» و«رضيت» وشبه ذلك. وظاهر روايه البارقي وقوعها بالكنايه [١]، وليس ببعيد إذا اتكل عليه عرفاً. والظاهر أن الفعل الكاشف [٢] عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرّف في الثمن، ومنه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء وكتمكنين الزوجه من الدخول بها إذا زوجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمه الله .

وربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب إلى صريح جماعه وظاهر آخرين، وفي النسبه نظر. واستدلّ عليه بعضهم: من أنه كالبيع في استقرار الملك وهو يشبه المصادره. ويمكن أن يوجه بأن الاستقراء في النواقل الاختياريه اللازمه الشرح:

والحاصل: أن الإجازة لا تصحّ عقد الفضولي، إلا إذا تعلق بمضمون العقد ومدلوله. نعم، بناءً على أن مضمونه مطلق النقل أو من حين تمام ماله الدخل في المعامله كما هو مقتضى مسلك النقل تكون إجازة العقد من حين العقد رضاً بمضمونه بالإضافة إلى جميع الأزمنه التي منها زمان حصول الإجازة، فيصحّ.

[١] المراد بالكنايه ذكر شبه اللازم وإرادته الملزوم أو بالعكس، وفي قوله صلى الله عليه وآله لعروه: «بارك الله» (١) تبريك له في بيعه، وهذا لا يكون إلا بعد فرض وقوع البيع وتمامه.

[٢] بأن يكون الفعل المزبور كاشفاً نوعياً عن إرادته المالك ثبوت العقد وتمامه،

ص: ٤٣٩

١- (١) مرّ سابقاً .

كالبیع وشبهه يقتضى اعتبار اللفظ. ومن المعلوم: أنّ الثقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الإجازة، وفيه نظر [١]، بل لولا شبهه الإجماع الحاصله من الشرح:

فيكون من الأماره المعبره من باب الكشف النوعى.

[١] يعنى: فى تماميه الاستقراء المزبور تأمّل، بل لولا- شبهه الإجماع على اعتبار الإنشاء فى الإجازة لكان الأقوى كفايه رضا المالك بأى وجه علم حصوله.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّ العقد ربما يكون فضولياً باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه فى صحّه العقد وتمامه، وهذا القسم يكفى فيه إحراز الرضا بأى وجه كان، نظير رضا السيد بنكاح عبده أو رضا العمه والخاله بنكاح بنت الأخ أو بنت الأخت، بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضولياً. وربما يكون العقد فضولياً باعتبار عدم انتساب العقد إلى من يعتبر فى شمول دليل الاعتبار له انتسابه إليه، وهذا القسم لا يكفى فيه العلم بحصول الرضا مطلقاً، بل يعتبر إنشاء رضاه بالعقد ليتم انتسابه إليه، سواء كان الإنشاء بفعله أو قوله، وليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفايه مجرد إحراز الرضا فى هذا القسم.

ويظهر أيضاً حال الفسخ أو الردّ وأنه لا يكفى فيهما مجرد إحراز عدم الرضا، بل يعتبر الإنشاء وإلغاء العقد بفعل أو قول عمّن له ولايه الفسخ أو الردّ.

لا يقال: كيف يعتبر فى الفسخ أو الردّ أو الإجازة الإنشاء ولا يكفى فيها مجرد عدم الرضا، مع أنهم ذكروا أنه لو حلف على نفى الإذن فى المعامله التى أوقعها الوكيل انفسخت المعامله، حيث إن غاية ما يدل عليه الحلف المزبور عدم الرضا بتلك المعامله ولا يدل على قصد الحالف بإلغائها. وذكر عليه السلام فى بعض أخبار خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثه أيام فذلك رضى منه فلا شرط، قيل

عبارة جماعه من المعاصرين تعين القول بكفايه نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص. فقد علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصریح فيما ذكرنا. وحكى عن آخرين: أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعامله فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها.

الشرح:

له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» (١). حيث ظاهرها أن مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخيار ولا يحتاج معه إلى قصد الإسقاط. وفى صحيحه ابن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً فى سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد؛ لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعدما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها، فقال: نعم» (٢). فإنه يتعين حملها على صورته التزويج بالوكالة، حيث إن إنشاء العقد لا يتحقق من السكران الفاقد للقصد، فيكون توكيلها فى حال السكر موجباً لكون الزواج فضولياً ورضاهما بعد إفاقتها بالنكاح إجازة.

أقول: أمّا قولهم بانفساخ البيع بحلف الموكل فلا بد من أن يراد به عدم تمام تلك المعامله فتكون فضوليه، وإلا فلا- مورد للانفساخ حقيقه فى الفرض، حيث إن حقيقته بطلان المعامله بقاءً بعد تمامها حدوثاً. وأما ما ورد فى خيار الحيوان فلا مشاحه بأن إظهار الرضا بإبقاء العقد إلى تمام الثلاثه بالفعل كإظهاره بالقول عبارة أخرى عن إسقاط

ص: ٤٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٩٤، الباب ١٤ من أبواب النكاح، الحديث الأول.

وذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فصولاً سكوتها.

ومن المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفايه السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع، دفعاً للحرص عليها وعلينا.

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفايه الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن وتمكين الزوجه اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببيه الفعل تعديداً. وقد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح، ولم يعتبروا بالإجازة. وقد ورد فيمن زوجت نفسها في حال الشكر: أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها. وعرفت أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفه بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

وبالجملة، فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتادا! وحينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه أقوى حججه في المقام.

مضافاً إلى ما ورد في عدّه أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه، وما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه: «طلق»، يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازته، وعلى أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا، وما دل على أن التصرف من ذى الخيار رضا منه، وغير ذلك.

بقي في المقام: أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفايه مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغي أن يقال بكفايه وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم، لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى.

والظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصح الإجازة إلاّ بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولى.

ويؤيد ذلك: أنه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهه فسخاً، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك، لأنّ الكراهه الحاصله حينه وبعده ولو آنأ ما تكفى فى الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلاّ أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهه فسخاً وإن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث: من شروط الإجازة أنّ لا يسبقها الردّ [١] إذ مع الردّ يفسخ العقد،

الشرح:

الخيار على كلام يأتى التعرض له فى بحث الخيارات، وأما صحيحه ابن بزيع فالمفروض فيها إظهار الرضا بالفعل كما لا يخفى.

[١] وحاصل ما ذكره رحمه الله فى هذا الأمر: هو أنه يعتبر فى نفوذ الإجازة وتمام العقد بها لا يسبقها الردّ، والوجه فى ذلك مع ظهور الإجماع، بل تصريح بعض بالإجماع، أنّ المجيز بإجازته يكون أحد طرفى العقد، فإن كان مالكا للمبيع يكون بائعاً، وإن كان مالكا للثمن يكون مشترياً. وتقدم سابقاً أنّ تخلل الإلغاء من أحد طرفى العقد قبل تمامه يوجب ارتفاع عنوان العقد الذى بمعنى المعاهده والعهد المشدود، وأيضاً تأثير الردّ قبل الإجازة فى إلغاء العقد السابق وجعله كعدم مقتضى قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)؛ لأنّ مقتضى سلطنه المالك على ماله أنّ تقطع علاقه الأصيل عن ملكه.

أقول: دعوى الإجماع التعييدى فى المقام كما ترى، وأيضاً عدم صدق عنوان العقد على الإيجاب والقبول الصادرين عن الأصيل والفضولى بإلغاء المالك ممنوع، ولا- يقاس بصوره إلغاء البائع إيجابه قبل قبول المشتري أو إلغاء المشتري قبوله قبل حصول شرط تمام البيع، فإن انتفاء عنوان العقد مع الإلغاء المزبور لو لم يكن مقطوعاً

ص: ٤٤٣

فلا- يبقى ما يلحقه الإجازة والدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا : أنّ الإجازة إنّما تجعل المجيز أحد طرفي العقد وإلا- لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما.

وقد تقرّر أنّ من شروط الصّيغه أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. هذا مع أنّ مقتضى سلطنه الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقه الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

الشرح:

فلا- ينبغي في عدم إحراز عنوان العقد معه، وأيضاً لا- يكون قبل تمام عقد الفضولي بإجازة المالك علاقه للأصيل في مال المالك المجيز؛ ليجوز للمجيز قطع تلك العلاقه؛ لأنّ العلاقه وهي الملك للأصيل غير حاصل قبل الإجازة، ولا علاقه أخرى حتّى يقطعها المالك. وكون عقد الفضولي بحيث لو انضمت إليه إجازة المالك لتملك الأصيل ماله ليس من تعلق حق الأصيل بذلك المال، بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم فيمورد كما لا يخفى.

ومع الإغماض عن ذلك فإثبات جواز قطع علاقه الأصيل عن ملك صاحبه كإثبات صحّه مطلق العقد فضولاً بإجازة المالك خارج عن مدلول الروايه كما ذكرنا في بحث المعاطاه، فإن مدلولها السلطنه على التصرفات المشروعه المتعلقه بالإموال من المعاملات ونحوها، وأنها ثابتة لملاكها، وأما أنّ أيّ تصرف في المال مشروع فليست وارده في مقام بيان ذلك، ولعله إلى ذلك أشار في ذيل كلامه بقوله: «فتأمل».

وعن النائيني رحمه الله : أنه كما لا يصحّ الردّ بعد الإجازة كذلك لا تصحّ الإجازة بعد الردّ. (1)

ص: ٤٤٤

١- (١) حاشيه المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢ : ١٢٥ ، ونقله السيد الخوئي قدس سره في محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٣٨٢ .

نعم الصحيحه الوارده فى بيع الوليده[١] ظاهره فى صحه الاجازه بعد الرد اللهم إلا أن يقال: إن الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلاً غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ.

ودعوى: أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ فى العقود اللازمه. وقد صرحوا بحصوله بالفعل يدفعها: أن الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعرق ونحوهما لا مثل أخذ المبيع.

وبالجملة: فالظاهر هنا وفى جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعه عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الروايه فى خلافه فليطرح أو يؤول.

الشرح:

وفيه: أن القياس مع الفارق، فإن بالإجازة يتم العقد وينتقل المال إلى ملك الطرف الآخر، وخروج المال ثانياً عن ملكه وعوده إلى مالكة الأول يحتاج إلى سبب ناقل أو موجب لفسخ العقد، ولم يثبت أن الرد سبب ناقل، بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد وعدم جريان الرد والفسخ فيه، بخلاف الرد السابق على الإجازة فإن كونه موجباً لإلغاء عقد الفضولى بحيث لا يتم موضوع النقل والانتقال بالإجازة اللاحقه يحتاج إلى دليل.

[١] قد ذكرنا عند التعرض لها فى أدله صحه عقد الفضولى بإجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحه(١) فى نفوذها مع سبق الرد، فراجع.

وأما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الإجازة بصحيحه ابن بزيع المتقدمه فلا يخفى ما فيه؛ لعدم الملازمه بين إنكار النكاح ورده، فإنه قد تقدم تعيين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن إنشاء النكاح كإنشاء سائر العقود لا يقع من

ص: ٤٤٥

١- (١) وهى صحيحه محمد بن قيس، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١.

الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله [١] فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع» والكل راجع إلى أن له أن يتصرف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة، وإنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة، بناءً على ما سيجيء من جواز مغايره المجيز والمالك حال العقد في من باع مال أبيه فبان ميثاً والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع، ولو أجازهما الشرح:

السكران الفاقد للقصد والالتفات، وحيث إن التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضولياً، وإنكار الزوجه بعد إفاقتها يمكن أن يكون لعدم التفاتها إلى وقوع النكاح بتوكيلها، وبعدها استيقنت بوقوعه أقامت مع الزوج المزبور؛ لتوطين نفسها للرضا به. ولو حمل التزويج المزبور على التزويج بالمباشرة؛ لكون سكرها خفيفاً لا ينافي القصد والالتفات، فيخرج النكاح المزبور عن الفضولي ولا يرتبط الوارد فيها بمسأله الإجازة بعد الرد، بل يكون حكماً تعبدياً، وأنه يعتبر فيمن زوجت نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر.

[١] وبتعبير آخر: نفوذ العقد وتمامه بالإجازة كسائر آثار الملك من الأحكام، وإذا فرض إرث المبيع فضولاً تكون إجازة الورثة البيع موجه لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع ويثبت في حقهم ما ثبت لسائر الملاك، ويأتي عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد في نفوذ الإجازة، والفرق بين إرث الإجازة ونفوذ إجازتهم؛ لكونهم مالكين، يظهر فيما إذا لم يرث بعضهم من المال المزبور، كما إذا كان المبيع فضولاً عقاراً، حيث إن الزوجه لا ترث من العقار فلا تكون لها إجازة بيع الفضولي أو رده.

وأيضاً لكل من الورثة أن يجيز البيع في حصته؛ لأنها ملكه، بخلاف ما إذا قيل

صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة، لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط [١] ضمان الثمن عن عهده المشتري، ومرجع إجازة الإقباض إلى الشرح:

يارث الإجازة بدعوى أنها كحقي الخيار والشفعة من الحقوق القابلة للإرث، فإنه بناءً عليه يكون الموروث حقاً واحداً، فكل من سبق من الورثة إلى إعمال ذلك الحق ينفذ فيصح البيع الواقع على تمام المال أو يعتبر إجتماعهم على الردّ أو الإجازة.

وقد يقال: إنّ إجازة الورثة بما أنهم ملاك المال لا لإرثهم الإجازة حتّى وإن قلنا بأنّ الإجازة كالخيارات من الحقوق، إلاّ أنها تختلف عن الخيارات في أن الخيارات تورث والإجازة لا تورث، وذلك فإنّ الورثة بما أنهم ملاك المال لهم حق إجازة العقد الواقع على مالهم بالأصالة، وإذا كان لهم بالأصالة هذا الحق فلا يعقل أن يكون لهم الإجازة بإرثها؛ لأنّ حق الإجازة لا يتعدد لشخص واحد بالإضافة إلى عقد واحد، ولا يقاس بتعدد الخيار لشخص واحد في بيع واحد، كما إذا اشترى حيواناً بشراء غبن فإن للمشتري المزبور خيار المجلس والحيوان والغبن، وهذا لا مانع عنه؛ الخيارات لاختلاف أحكامها متعدّده، بخلاف الإجازة.

والحاصل: أنّ الإجازة وإن قيل بأنها من الحقوق، إلاّ- أنها كحقّ القسم للزوجه غير قابله للإرث، وفيه ما لا يخفى فإنّ الورثة لا يمكن لكل منهم إجازة بيع الفضولي الواقع على المال إلاّ- بالإضافة إلى حصته من المال، فإنه غير مالك لتمام المال، بخلاف الإجازة الموروثة فإنها حق واحد ثابت لطبيعي الورثة أو لمجموعهم، حيث كان لمورثهم حق واحد ولا تتبعض على كلّ تقدير.

[١] المراد من ضمان الثمن ضمان تسليمه فإنه على عهده المشتري، فلا يجب عليه بعد إجازة القبض أخذ ذلك الثمن من البائع الفضولي ودفعه إلى المجيز، وذلك فإنّ تسليم الثمن إلى المجيز حق للمجيز على المشتري فيجوز له رفع يده عن حقه

حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين. و أمّا قبض الكلي وتشخصه به فوقعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم [١] لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبه.

وعن المختلف: أنه حكى عن الشيخ رحمه الله: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثمّ ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض.

الشرح:

بإجازته القبض المزبور، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع بيد المشتري برضاه.

وبتعبير آخر: إجازة الإقباض إظهار للرضا بحصول المبيع في يد المشتري وأنه لا يكون بين المبيع والمشتري أيّ مانع، فيترتب على حصوله بيده ما يترتب على القبض الصحيح، كعدم جواز استرداده ليتسلّم الثمن، وأن تلفه في يد المشتري بعد ذلك لا يكون من تلف المبيع قبل القبض.

[١] يعني: إذا كان الثمن في العقد فضولاً. كلياً على عهده المشتري وفرض قبض البائع الفضولي ذلك الكلي ففي نفوذ إجازة المالك بالإضافة إلى القبض المزبور إشكال، ووجهه أنّ المدفوع إلى البائع فضولاً كان بعنوان الوفاء (بما) على الذمه لا بعنوان مبادله ما على ذمته بالمدفوع ليكون الدفع معاملة أخرى قابله للحقوق الإجازة بها، والكلي على العهده إنما يتعين في المدفوع فيما أخذه المستحق مباشرة أو تسيباً، كما في موارد ولايه القابض أو وكالته، والمفروض في المقام عدم ولايه القابض أو وكالته عن المالك المجيز.

أقول: إجازة القبض في الحقيقة إذن للبائع فضولاً. في الإمساك بما دفع إليه ثمناً أو وفاءً بالثمن فيكون إمساكه بقاءً من قبض المستحق، ولا يعتبر في القبض الموجب لتعين الثمن بالمدفوع كون القبض بحدوثه من قبض المستحق، ألا ترى أنه لو كان لزيد

وعلى أى حال فلو كان إجازته العقد دون القبض لغواً كما فى الصّرف والسّلم بعد قبض الفضولى والتفرّق كان إجازته العقد إجازةً للقبض: صوتاً للإجازة عن اللغويه. ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان[١]

الشرح:

عنده ألف دينار أمانه وباع متاعاً من زيد بألف دينار بذمته وقال للبائع: الألف الذى لى عندك خذه بحساب الثمن، فإنه لا ينبغى الريب فى تمام القبض بذلك.

والحاصل: أنّ إجازته القبض فى الحقيقة توكيل، فىكون البائع الفضولى مأذوناً فى استيفاء الثمن والإمساك به، وهذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتباً على الفعل الحدوثى فإنه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقه، مثلاً: للحاج ذبح هديه بالاستنابه كما إذا أمر الآخر بذبحه، وأما إذا ذبح الآخر هديه بتخيل أنه هدى نفسه أو عدواناً أو بقصد النياه عن مالكة فلا يجدى إجازته المالك فى إسقاط وجوب الهدى عن نفسه.

ثم إنّ إجازته القبض التى فى الحقيقة توكيل تكون كسائر العقود الإذنيه فى عدم تعقّل الكشف فيها، حيث إنّ الإذن لا يحصل إلّا حال الإجازة، وإذا تحققت الإجازة يحكم بتمام عقد الفضولى فيما إذا كان القبض شرطاً فى صحه ذلك العقد، كما فى الهبه فإنها تدخل العين الموهوبه فى ملك الموهوب له المجيز من حين إجازته القبض. أو كان القبض الخاص شرطاً، كما فى بيع الصرف والسّلم، فإن مع رضا المالك المجيز يكون الثمن فى يد البائع فضولاً. يحصل القبض فى مجلس انتساب البيع إلى المجيز، هذا مع بقاء المعوّض والعوض إلى زمان إجازته البيع وإجازته القبض، وأما مع تخلّل تلفهما أو تلف أحدهما قبلها فيدخل المقام فى المسأله المتقدّمه من تلف أحد العوضين أو كلاهما قبل الإجازة كما لا يخفى.

[١] هذا استشهاد لما ذكره فى أول التنبيه من أنّ إجازته العقد لا تكون إجازته للقبض والإقباض.

السادس: الإجازة ليست على الفور [١] للعمومات ولصحيحه محمد بن قيس وأكثر المؤيّدات المذكورة بعدها. ولو لم يجز المالك، ولم يردّ حتّى لزم تضرّر

الشرح:

لا يقال: كيف لا تكون إجارته إجازة لإقباض المبيع مع فرض حصوله بيد المشتري، وتملكه إياه بالإجازة.

فإنه يقال: يجوز للمالك المجيز مع إجارته البيع أخذ المبيع من يد المشتري؛ ليتسلم منه الثمن، ويأجازه الإقباض يسقط هذا الحق.

[١] يتعيّن في الفرض الحكم ببطلان البيع، فإنّه لا مجال لصون إجازته عن اللغويه أو حملها على الإجازة النافذة مع تصريحه بخلافها وعدم اعترافه إلاّ بالبيع الفاسد والبيع اللغو، وقد ظهر ممّا ذكرنا إلى هنا أنه إذا وقع التقابض في بيع الصرف بين الأصيل والفضولي فيأجازه المالك البيع والقبض يتم البيع، وكذا في قبض الثمن في بيع السلم.

لا يقال: كيف يعتبر التقابض في مجلس البيع مع عدم اقتضاء الإجازة حصوله في ذلك المجلس.

فإنّه يقال: المراد من التقابض في ذلك المجلس عدم تأخّره إلى ما بعد مجلس العقد لا حدوثه فيه، ولو كان مال كلّ من المتبايعين عند الآخر من قبل وقال أحدهما للآخر في مجلس آخر: «بعت ما عندك بما عندي»، وقال الآخر: «قبلت»، يتم بيع الصرف.

لا- يعتبر في تمام العقد بالإجازة وقوعها في أول أزمته الإمكان، بل في أيّ زمان فرض حصولها يكون العقد داخلاً في أدلّه الإمضاء ووجوب الوفاء بالعقود، وهذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفورية.

وأما صحيحه محمد بن قيس (١) فدلالته على عدم الفورية باعتبار أنّ مقتضى

ص: ٤٥٠

الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك [١] على أحد الأمرين.

الشرح:

نفوذ الإجازة فيها بعد امتناع المالك عنها، وإلحاح المشتري وإلجائه إلى على عليه السلام وتعليمه طريق الوصول إلى إجازة المالك كما لا يخفى.

وأما المؤيّدات المذكورة بعد الصحيحه فمقتضى إطلاقها نفوذ الإجازة حتّى مع لحوقها بالعقد فى آخر أزمته إمكانها، فإن ما ورد فى المضاربه والاتجار بمال اليتيم مطلق لم يستفصل فيهما عن رضا مالك رأس المال أو ولى الطفل بتجاره العامل أو المتصرف فى مال الطفل بمجرد اطلاعهما أو بعده كما لا يخفى.

[١] قد مرّ آنفاً أنّ الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام والبيع قبل انتسابه إلى كلا الطرفين لا يكون عقداً، حيث إنه عهد مشدود، وعليه فلا يجب على الأصيل قبل إجازة المالك شىء؛ ليجبر ضرر تأخير المالك فى ردّه وإجازته بخيار أو جواز إجبار المالك على الإجازة أو الردّ، بل لا مجال للخيار أو الإجبار على تقدير لزوم العقد على الأصيل فيما إذا كان مقدماً على المعامله الفضوليه. وفى فرض عدم إقدامه، كما إذا كان جاهلاً- بكون البائع فضولياً يرتفع لزوم العقد عليه؛ لكونه ضرورياً فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه، ومعه يخرج عقد الفضولى عن قابليه لحوق الإجازة به؛ لأنّ مع التصرف يتلف أحد العوضين، وهو مخرج للعقد عن قابليه لحوقه على النقل والكشف الحكمى كما تقدم.

والحاصل: أنّ حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل والكشف الحكمى، بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه وإذا انتفى اللزوم جازت تصرفاته، بل إلغاؤه البيع كما لا يخفى.

ص: ٤٥١

- الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع ... ٥
- فى أن العقود أسباب توقيفيه ... ١٤
- الأُمور المعتبره فى إنشاء البيع ... ٢٠
- فى تقديم الايجاب على القبول ... ٢٥
- الموالاه بين ايجاب العقد وقبوله ... ٣٧
- اعتبار التنجيز فى العقد ... ٤١
- التعليق فى العقود ... ٤٥
- اعتبار التطابق بين إيجاب العقد وقبوله ... ٥٥
- الشرائط المعتبره فى المتعاقدين ... ٥٩
- اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغه ... ٦٣
- تبعيض العقد فى الصحه والفساد ... ٦٥
- العقد عند اختلاف المتعاقدين ... ٦٨
- ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ... ٦٩
- قاعده ما يضمن بصحيحه ... ٧٣
- المدرک للضمان ... ٨١
- لا فرق فى الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به ... ٨٧
- ضمان العين فى الإجاره الفاسده ... ٨٨
- ما يمكن به نقض القاعده ... ٩١
- عدم ضمان الأمين ... ٩٦

وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد... ٩٧

ص: ٤٥٣

ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد ... ١٠٠

الضمان بالمثل أو قيمه ... ١١٠

في المثلى والقيمي ... ١١٣

ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً ... ١١٨

ضمان المثلي بالمثل ... ١٢١

الضمان في المثلي والقيمي ... ١٢٤

إذا لم يوجد المثل إلاً باكثر من ثمن المثل ... ١٢٥

جواز المطالبه في بلد التلف وغيره ... ١٢٨

تعذر المثل في المثلي ... ١٢٨

ضمان القيمي بالقيمه ... ١٤٥

صحيحه أبي ولاد ... ١٥٢

محل الاستشهاد في صحيحه أبي ولاد ... ١٥٣

تعيين القيمه ... ١٥٨

بدل الحيلوله ... ١٦٨

حكم معامله الصبي ... ١٨٨

عمد الصبي وخطؤه سيان ... ١٩٥

حكم معامله الصبي ... ٢٠٠

في اعتبار قصد مدلول العقد ... ٢٠٩

في اعتبار تعيين من له البيع ... ٢١٣

في تعيين من يكون له البيع والشراء ... ٢١٥

الاختيار والإكراه ... ٢٢٢

اعتبار الاختيار وعدم الإكراه فى المعاملات ... ٢٢٧

بيع المكره ... ٢٣٠

المعتبر فى صدق الإكراه ... ٢٣٤

عدم اعتبار العجز عن التوريه ... ٢٣٥

ص: ٤٥٤

الإكراه والتمكن على التوريه ٢٣٨

الإكراه وإمكان التخلّص عن ضرره ٢٤٣

الإكراه على أحد الفعلين ٢٤٧

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ٢٥٣

صور تعلق الإكراه ٢٥٤

الإكراه على بيع عبد من عبيدين ٢٥٧

الإكراه على الطلاق ٢٦١

لحوق الاجازه بعقد المكره ٢٦٥

الرضا المتأخر ناقل أو كاشف ٢٧٦

هل يكفي في صحه بيع المكره لحوق رضاه به باطناً أو لا؟ ٢٧٩

بيع الفضولى ٢٨٣

عدم خروج العقد عن الفضوليه بالرضا الباطنى ٢٨٥

المناقشه فى الاستدلال بقضيه عروه البارقى ٢٩٢

الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٢٩٥

المناقشه فى الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس ٢٩٨

المناقشه فى الاستدلال بفحوى صحه نكاح الفضولى ٣٠٠

الاستدلال لصحه بيع الفضولى بما ورد فى المضاربه ٣٠٥

ما ورد فى أّتجار غير الولّى فى مال اليتيم ٣١٢

التأييد بروايه ابن أشيم لصحه بيع الفضولى ٣١٦

التأييد بصحيحه الحلبي لصحه بيع الفضولى ٣١٨

موثقه عبدالله ... ٣٢٠

الاستدلال باخبار تحليل الخمس ... ٣٢٢

المناقشه فى الاستدلال بآيه التجاره عن تراض ... ٣٢٧

الاستدلال بالروايات لبطلان بيع الفضولى ... ٣٣٠

المناقشه فى الاستدلال بالروايات ... ٣٣٢

ص: ٤٥٥

المناقشه فى دليل العقل ... ٣٣٨

كلام المحقق النائنى قدس سره ... ٣٤١

الوجه المنسوب إلى السيد بحر العلوم ... ٣٤٣

بيع الفضولى مع سبق المنع عنه ... ٣٤٤

بيع الفضولى لنفسه ... ٣٤٧

جريان الفضولى فى بيع الكلى ... ٣٧٠

جريان الفضولى فى المعاطاه ... ٣٨٠

إنّ المعاطاه منوطه بالتراضى وقصد الإباحه أو التملك ... ٣٨٢

الإشكال على جريان الفضولى فى المعاطاه بناءً على الاباحه ... ٣٨٣

الإجازة وحكمها ... ٣٨٦

اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو النقل ... ٣٩٨

ثمره على الكشف الحقيقى ... ٤٠٩

ثمره بين الكشف الحقيقى والحكمى ... ٤١٠

ثمره بين الكشف والنقل ... ٤١٥

النذر المشروط وحكمه ... ٤٢٨

ثمرات ذكرها كاشف الغطاء وما يرد عليها ... ٤٣٠

ثمره بين الكشف والنقل ... ٤٣٤

فى الإجازة ... ٤٣٨

حكم الإجازة المسبوقه بالرد ... ٤٤٣

الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله ... ٤٤٦

إجازة البيع ليست إجازة للقبض ... ٤٤٧

الإجازة ليست فورية ... ٤٥٠

ص: ٤٥٦

المجلد ٤

كتاب البيع

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الرابع

ص: ٤

السابع: هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً [١] أم لا؟ وجهان:

الشرح:

[١] اختلاف الإجازة مع العقد فى العموم والخصوص تارة يكون باعتبار العوضين، وأخرى باعتبار الاشتراط وعدمه بأن يبيع الفضولى شيئين بثمان كذا ويجيز المالك بيع أحدهما، أو أن يبيع الفضولى متاعاً ويجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع، أو يبيع الفضولى بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط، أو يبيع بلا شرط ويجيزه المالك مع الاشتراط. وإذا كانت الإجازة مختلفه مع العقد فى العوضين باعتبار الكل والجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة، بل يتم معها البيع فى البعض وضرر تبعض الصفقه على الأصيل يجبر بالخيار، نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمان وظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر ويثبت خيار التبعض للمشتري.

والوجه ما ذكرنا سابقاً من انحلال البيع إلى البيوع المتعدده بالإضافة إلى الأبعاض المشاعه للعوضين وبالإضافة إلى الجزء الخارجى المعين فيما كان يبعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدّد والإجازة، كما تقدم من أحكام الملك، فيجوز للمالك إجازة بعض تلك البيوع.

... ..

الشرح:

وبهذا يظهر الفرق بين الإجازة وخيار الفسخ، حيث لا يجوز لذى الخيار إلا فسخ البيع بتمامه، ووجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك أن يبيع بعض ماله كما أن له أن يبيع كله، ولكن بخلاف الخيار فإنه حق وسلطنه على فسخ العقد، وظاهر أدله

ص: ٥

الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداءً لا ثبوت حقوق متعدّده بالإضافة إلى البيوع المنحلّه.

وذكر المصنف رحمه الله بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطاً بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط، ولا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض، وذلك فإنّ البيع كما تقدم ينحلّ إلى البيوع المتعدّده بالإضافة إلى أبعاض العوضين، فتكون إجازة بعضها نافذه، بخلاف الاشتراط في العقد فإنّ العقد لا ينحلّ بالإضافة إلى الشرط حتّى تصحّحه الإجازة؛ ولذا يكون بطلان الشرط في العقد موجباً لبطلانه، بخلاف بطلان البيع في الجزء.

وذكر النائني رحمه الله (١) أنّه يحكم بصحّه البيع دون الشرط، فإنّ الشرط في المعاملات التزام آخر غير الالتزام العقدي، فأجازة الثاني وعدم إجازة الأول أمر ممكن، غايه الأمر يكون عدم إجازة الشرط من قبيل تعذّر الشرط الذي يوجب للمشروط له وهو الأصيل في مقام الخيار.

أقول: الشرط كما ذكر التزام آخر ولا- يكون جزءاً لأحد العوضين؛ ليجرى عليه حكم الجزء، وارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفيه والاتحاد معه في الزمان، كما هو مقتضى قولهم: الشرط التزم في الالتزام؛ ليتمكن إجازة العقد دون الشرط، بل وجه... .

الشرح:

ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملي من المشروط له معلق على التزم الآخر بالشرط، أي المشروط، فقوله: «بعت المال بكذا على أنّ تخيط لي هذا الثوب»، معناه أنّ أصل البيع من البائع معلق على التزم المشتري بالخياطه لا أنّه معلق على نفس الخياطه المعبّر عنها بالمشروط.

والحاصل: يكون الإيجاب في الفرض معلقاً على الشرط بالمعنى المصدري، أي الالتزام بالخياطه، وهذا التعليق لا يقتضى بطلان البيع؛ لأنّ المعلق عليه وهو الالتزام بالخياطه حاصل بالقبول، وما يحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون الإيجاب معلقاً عليه.

ص: ٦

١- (١) حاشيه المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢: ١٤٦ .

والحاصل: أنه إذا قبل المشتري الإيجاب المزبور والتزم بالخياطة تتم المطابقيه المعتبره بين الإيجاب والقبول، ويتم البيع حتى وإن لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة، غايه الأمر يثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط؛ لأن مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع، على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط.

وبهذا يظهر أنّ فساد الشرط في البيع أو غيره لا- يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد، كما ذكر المصنف رحمه الله، فإنّ في موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب والقبول حاصلًا؛ لحصول الالتزام من الطرف الآخر، وفساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور، أي الإتيان بالمشروط.

والحاصل: أنه يعتبر في تمام البيع تطابق الإيجاب والقبول فيما إذا كان البيع من أصليين، والتطابق بينهما وبين الإجازة فيما إذا كان البيع فضوليًا، حيث إن الإجازة إمضاء للعقد بمضمونه ومصحّحه لاستناده إلى المالك. وإذا كان بيع الفضولي على شرط، كما إذا باع الفضولي المتاع بألف على أن يخيّط للمشتري الثوب وأجاز المالك

الشرح:

البيع بدون الشرط المزبور، لم يحصل التطابق؛ لأنّ قبول المشتري البيع كان معلقاً على التزام مالك المبيع بخياطته ثوبه ولم يحصل فتبطل الإجازة كما لا يخفى.

لا- يقال: يلزم على ذلك بطلان الإجازة في صورته وقوع البيع على تمام المتاع وإجازة المالك البيع في نصفه، فإنه إذا قال البائع الفضولي: «بعت المتاع بكذا»، وقبله المشتري فالبيع المزبور وإن ينحلّ إلى بيع كلّ نصف، إلّا- أنّ بيع كلّ نصف بشرط بيع النصف الآخر؛ ولذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبائع يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة.

والحاصل: إذا أجاز المالك البيع في نصف المتاع لم تكن إجازته مطابقيه للإيجاب والقبول، حيث إنّ قبول المشتري كان على تقدير التزام مالك المبيع لبيع النصف الآخر، والإجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقيه المعتبره.

فإنه يقال: ما ذكرنا من أنه يعتبر تطابق الإجازة والعقد فلا مناص من الالتزام به في كلّ مورد؛ لما بينا من أنّ المصحح لاستناد البيع بمدلوله إلى المالك هي الإجازة فكيف

ص: ٧

تكون مصححه للاستناد مع الاختلاف؟ ولكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل، كما إذا قال: «بعتك المتاع بكذا على أن أخط لك ثوباً»، وقال المشتري: «قبلت»، فما يكون الإيجاب والقبول معلقاً عليه هو الالتزام بأمرين: أحدهما الفعل، أى الخياطة، والثانى الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل. وإذا كان الشرط، أى المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب والقبول هو الالتزام بأمر واحد، وهو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط، كما إذا قال: «بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب»، وقبله المشتري فإن مرجع اشتراط كون العبد كاتباً إلى ثبوت الخيار للمشتري.

الشرح:

على تقدير عدم الوصف. وإذا باع شيئين وقبله المشتري يكون المشروط فى بيع كلّ منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع فى الآخر لا- الفعل، وعلى ذلك فلو قال الفضولى للمشتري: «بعتك هذين المتاعين بكذا»، وقبله المشتري تكون إجازه المالك بيع أحدهما مع الالتزام بثبوت الخيار للمشتري المزبور إجازه موافقه للبيع المجاز كما لا يخفى.

وذكر رحمه الله فيما إذا كان العقد مطلقاً والإجازه مشروطه بشرط على الأصيل وجوهاً ثلاثة:

الأول: تمام العقد بالإجازه المزبوره ولزوم الشرط على الأصيل فى فرض رضاه بالشرط، نظير رضا الموجب بالشرط الذى يشترطه عليه القابل فى قبوله، ومع عدم رضاه تلغى الإجازه.

والثانى: صحه العقد بالإجازه المزبوره، ولا يلزم الشرط على الأصيل حتى فى فرض رضاه فإنه من الشرط بعد الإيجاب والقبول.

والوجه الثالث الذى قوّاه رحمه الله : بطلان الإجازه وعدم صحه عقد الفضولى بها حتى مع رضا الأصيل؛ لأنّ الإجازه مع الشرط أمر واحد، وإذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعامله تكون الإجازه باطله.

أقول: الأظهر صحه الإجازه مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها، ويجب على الأصيل رعايه الشرط أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود(١) ونفوذ

ص: ٨

١- (١) يعنى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائده: الآيه ١ .

الشروط؛ لأنَّ الشرط في الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً، بل هو

الشرح:

شرط في البيع، حيث إنَّ تمامه واستناده إلى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاماً في بيعه، نظير إلزام المشتري في قبوله البائع بأمر ورضا البائع به بعد القبول، فلاحظ وتدبّر.

بقي في المقام أمور:

الأول: ما ذكرناه في صورته اختلاف الإجازة مع عقد الفضولي بالجزء والكل بأن كان المبيع في عقد الفضولي الكل والمجاز البعض ناظراً إلى أنَّ الاختلاف المزبور لا يضر بالتطابق المعتبر بين العقد والإجازة لا أنه لا يعتبر التطابق بينهما، وفيما إذا كان عقد الفضولي على شرط وأجاز المالك العقد دون الشرط لا يحصل التطابق المعتبر بين العقد والمجاز والإجازة؛ ولذا تبطل الإجازة. وكذا فيما كان العقد بلا- شرط وأجاز المالك مع الاشتراط فإنه لا يحصل التطابق مع عدم رضا الأصيل بالشرط المزبور، ويحصل مع رضاه به.

والحاصل: لا ينبغي الخلاف والإشكال في اعتبار التطابق بين العقد والمجاز والإجازة في الصور الثلاث، حيث إنَّ الإجازة إمضاء للعقد باعتبار مدلوله، وإنما الخلاف في تحقُّق التطابق وعدمه في تلك الصور، فيكون النزاع والخلاف في الصور الثلاث صغرياً بعد الاتفاق على الكبرى.

الثاني: قد ذكرنا انحلال البيع باعتبار الأجزاء المشاعه للمبيع في كلِّ بيع وبالإضافة إلى أجزائه الخارجيه في خصوص ما كان المبيع بنظر العرف متاعين أو أكثر قد جمع بينهما في عقد واحد، وأما في غير ذلك فلا يكون انحلال بالإضافة إلى الأجزاء الخارجيه، والشاهد للانحلال في الموردين وعدم انحلاله في غيرهما هو العرف. وقد ذكر بعض الأعظم رحمه الله في الاستدلال على عدم انحلال البيع بأنه إذا باع كتاباً فلا يصحُّ أن

الشرح:

ص: ٩

يقال: إنَّ البيع المزبور قرارات وبيوع متعدّده بعدد صفحات الكتاب، وأنّه لو انحل البيع بالإضافه إلى الأجزاء المشاعه يتعيّن الالتزام بأنّ البيع الواحد بيوع إلى غير النهايه، حيث إنّ الجزء المشاع لا يقف على حد وأن الإنشاء كالأخبار في عدم الانحلال. وكما أنه لا ينحلّ الخبر بالإضافه إلى مدلوله، مثلاً: إذا قال: «كلّ ما في الأرض جماد»، لا يمكن أن يلتزم بأن المخبر قد كذب كذباً متعدّداً بعدد ما في الأرض من الحيوان والإنسان والنبات والشجر، كذلك لا يمكن الالتزام بتعدّد البيع فيما إذا قال: «بعت الدار بكذا»، وقال الآخر: «قبلته»، فإنه لا ينحلّ إلى بيوع متعدّده. وكذا الحال في النذر والحلف ونحوهما، فإنه إذا قال: «لله على صوم كلّ جمعه»، يكون النذر واحداً، ولو ترك الصوم في جمعه واحده لحصل الحنث ووجب الكفاره، ولا يجب الصوم بعده لأنه نذر لصوم كل جمعه وجمعه على سبيل الاستقلال والاستيعاب ولكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك، وفيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما، وفيما إذا جمع بين متاعين مالتهما في إيجاب البيع وقبل المشتري بيع أحدهما، أو باعهما فضولي وأجاز المالك بيع أحدهما، ولا انحلال في غير ذلك.

أقول: أمّا الاستشهاد بعدم انحلال البيع بأن بيع الكتاب لا ينحلّ عرفاً إلى بيع كلّ ورقه ورقه من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحده المتاع لا ينحلّ بيعه إلى الأجزاء الخارجيه وإنما يكون الانحلال بالإضافه إلى أجزاء المشاعه، وهذا الانحلال لا يستلزم البيوع إلى غير النهايه؛ لأنّ الأجزاء المشاعه وإن لا تقف إلى حد، إلا أنّ عدم وقوفها لا يلازم عدم وقوف بيعها، وذلك فإنّه يعتبر في البيع أن تكون للمعوض كالعوض مائيه، ولا تكون المائيه في الأجزاء المشاعه للمتاع إلا إلى حد معين. فإن المائيه للجزء كما يأتي في مسأله تقسيط الثمن، أن يكون له قيمه في بيعه بانفراده، وعليه فنصف العشر الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما، وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار.

ولو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرّداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز، بناءً على عدم قابليه العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء، ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط. ولو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرّداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً، ففي

الشرح:

من الكيلو من الحنطه إذا فرض كونه خمسين حبه فلا- ينحل بيع الكيلو إليه، حيث إن الخمسين من حبه الحنطه لا مالیه لها، بل ولا غرض في تملكها.

ثم إنه لا فرق بين الإنشاء والإخبار في الانحلال وعدمه، وأن الانحلال فيهما باعتبار الدلاله والمدلول لا باعتبار الدال.

وبتعبير آخر: أن الدال وإن لا يتّصف بكونه دالاً إلاّ مع فرض المدلول له، كما أنه لا يكون مدلول إلاّ مع فرض الدال عليه، كما هو الحال فيمتضايين، إلاّ- أن الانحلال يكون في ناحيه الدلاله والمدلول لا في ناحيه الدال، وعليه فإن كان موضوع الحكم عنواناً ينطبق على الدال كحرمه الكذب، حيث إنّ الكذب عباره عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقاً للواقع فلا يتعدّد ذلك الحكم ولو كان مدلول ذلك الكلام منحللاً- إلى المتعدّد. بخلاف ما إذا كان الموضوع عنواناً ينطبق على الدلاله أو المدلول فإنه يتعدّد بتعدّدهما كما في حرمه الاغتياي، كما ذكرنا في المكاسب المحرّمه، فإنها كشف ما ستره الله على المؤمن من العيب، وإذا قال المخبر: «كلّ أولاد زيد قد شربوا الخمر، فقد اغتاب بعدد أولاده، حيث إن الاغتياي ينطبق على الكشف والدلاله لا على الدال كما لا يخفى.

صحّه الإجازة مع الشّروط إذا رضی به الأصيل فيكون نظير الشّروط الواقع في ضمن القبول إذا رضی به الموجب أو بدون الشّروط، لعدم وجوب الوفاء بالشّروط إلاّ إذا وقع في حيّز العقد، فلا يجدى وقوعه في حيّز القبول إلاّ إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً أو بطلانها، لأنّه إذا لغى الشّروط لغى المشروط، لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

وأما القول في المجيز، فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرّشد، ولو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض [١] الشرح:

وأما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام ويتعدّد بتعدّد الملتزم به، وإذا قصد الناذر في قوله: «لله على صوم كلّ يوم جمعه»، الالتزام بصوم كلّ جمعه على سبيل الاستغراق والاستقلال فيتعدّد الحنث، بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك

الأيام، ويشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

الثالث: ما ذكرنا من أنّ شرط غير الفعل يرجع إلى اشتراط الخيار، وأنّ البيع والشراء يكون معلقاً على التزام الطرف بذلك الخيار، كما إذا اشترى عبداً واشترط كونه كاتباً ينحصر بما إذا كان المبيع عيناً خارجيه، وأما إذا كان بنحو الكلى على الذمه فمرجع الاشتراط إلى تقييد المبيع. ولو دفع إلى المشتري عبداً لا يكتب فلا يكون للمشتري إلا الاستبدال لا فسخ البيع، كما أنّ رجوع الاشتراط إلى جعل الخيار يختص بما إذا لم يكن الشرط عنواناً مقوماً للمبيع، وإذا اشترى فلزاً واشترط كونه ذهباً فبان مذهباً فإنه يبطل البيع لا أنه يثبت للمشتري الخيار، وتام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

[١] يعنى: بناءً على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة في صحه عقد ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل [١]

الثانى: هل يشترط في صحه عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحه ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازته وليه إذا حدثت المصلحه بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان:

أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. واستدل له بأن صحه العقد والحال هذه ممتنعه، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً وبلزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في العين [٢] لإمكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضى ولا في الثمن، لإمكان الشرح:

الفضولى بتمام مدلوله على النقل والكشف، وبناءً على أنّها كالوصيه في نفوذها من ثلث التركة فتكون صحه الإجازة مراعى بأن يكون المال الجارى عليه العقد فضولاً بمقدار ثلث تركه المجيز أو أقل.

[١] أمّا على النقل والكشف الحكمى فظاهر، حيث إنّ تصرف المالك في ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالاً للتصرف، وأما بناءً على الكشف الحقيقى فالإجازة الكاشفه عن الملك بالعقد هي إجازة المالك الذى يجوز له التصرف في ماله، حيث إنّ الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيداً في النقل والانتقال، بلا فرق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

[٢] أى لا يجوز تصرف الأصيل في العين التى اشتراها؛ لإمكان عدم الإجازة

ولإمكان عدم المقتضى، يعنى دخول تلك العين في ملكه، ولا في الثمن؛ لإمكان عدم تحقق الإجازة.

أقول: لا- يخفى أنّ احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصاله بقاء الثمن في ملكه فتجوز تصرفاته ظاهراً، مع أنّ هذا مبني على لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة، فقد تقدم منعه سابقاً وأنّ لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر.

تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه. ويضعف الأوّل مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة: منع ما ذكره من أنّ امتناع صحّحه العقد في زمانٍ يقتضى امتناعه دائماً. سواء قلنا بالثقل أم بالكشف، وأمّا الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورته النقض المذكوره. هذا كلّ مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصّغار فضولاً الشامله لصوره وجود وليّ النّكاح وإهماله

الشرح:

وأما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بأنه لو امتنع العقد في زمان امتنع دائماً، فقد أجاب عنه المصنف رحمه الله مضافاً إلى النقض بما إذا كان مالك المال حال العقد في مكان لا يمكن الوصول إليه، أنه لا ملازمه بين عدم إمكان تمام العقد في زمان وعدم إمكان تمامه بعد ذلك.

وبتعبير آخر: إذا امتنع الشيء في زمان ذاتاً لا تمتنع دائماً.

وأما إذا كان امتناعه في زمان بالغير فيمكن أنّ يخرج إلى الإمكان، بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته.

والحاصل: يحتمل أن يكون المراد بالمجيز ذات المجيز، أي من يكون شأنه إجازة العقد، ولكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال العقد أو الجزم بعدمه لا يفيد شيئاً في المعاملات الماليه كالبيع، فإنه لا يمكن تخلف مال عن المالك أو من له ولايه على مالك ذلك المال.

نعم، يصحّ في مثل النكاح، كما إذا زوج الفضولي صبيّاً من صبيّه لا يكون لهما أب أو جد، بناءً على عدم ولايه غير الأب والجد عليهما حتّى الإمام عليه السلام فإنّ ولايته على نكاحهما مورد المناقشه. ويحتمل أنّ يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الإجازة حين العقد، وإذا كان المالك بعيداً عن مكان العقد بحيث لا يمكن وصول خبره إليه إلى مده يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل للإجازة.

الإجازة إلى بلوغهم، وصوره عدم وجود الولي، بناءً على عدم ولايه الحاكم على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجدّ والوصي على خلاف فيه [١].

وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط، وفاقاً للمحكّي عن ابن المتوّج البحراني والشّهيد والمحقّق الثّاني وغيرهم، بل لم يرّجحه غير العلامه رحمه الله .

ثمّ اعلم أنّ العلامه في القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم.

وحكى عن بعض العامه وهو البيضاوي على ما قيل الإيراد عليه: بأنّه لا يتمّ على مذهب الإماميّة من وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر. وعن المصنّف قدس سره أنّه

الشرح:

ثمّ إنه لادليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه، فإنّ البيع أو غيره يستند إلى المجيز فيكون بيعاً له بإجازته فيعتبر أنّ يكون حال الإجازة مالاً للتصرف، وأما قبلها فكون ذات المجيز أو مع تمكنه على إجازته غير دخيل فيتمام عقد الفضولي، أضف إلى ذلك ما ورد في نكاح الصغيرين، حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولي عليهما حين العقد أو عدمه. وكذا إذا كان المراد بالمجيز وجود من تصحّ إجازته حال العقد، فإذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثمّ تنزلت قيمه بحيث تكون إجازته صلاحاً فيصحّ بالإجازة بناءً على عدم الاعتبار، بخلاف ما إذا قيل بالاعتبار فإنه لا بد من تجديد العقد، ولكن اعتبار وجود المجيز بهذا المعنى ضعيف أيضاً، يدفعه عدم الاستفصال في مثل خبر نكاح الصغيرين، والإطلاق أو العموم الشامل للعقد بعد لحوق الإجازة به.

ولا يخفى أنّ اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي أنّ يعدّ في شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذي يلحق إجازته بعقد الفضولي، كما في الشرطين الأول والثالث.

[١] أي على خلاف في ولايه الوصي.

أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه.

وانتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام وهو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولايه على الطفل في مصالحه مع عدم العدول.

لكنّ الانتصار في غير محلّه إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام عليه السلام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدول أيضاً، فإنّ أريد وجود ذات المجيز،

فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض [١] بعدم التمكن من الإمام عليه السلام . وإن أُريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدين والمحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحه فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف [٢] حال العقد، سواء كان

الشرح:

[١] يعنى: الأولى الامتزام بورود الاعتراض، مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه إجازة العقد فضولاً، وإن أُريد وجود المجيز المزبور مع تمكنه على الإجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز في العقد الجارى على الأموال فضولاً حتى مع فرض ولايه المجتهد والعدول؛ لإمكان عدم تمكنهم على إجازته باعتبار عدم إطلاعهم على العقد المزبور.

[٢] هذا الأمر ناظر إلى أنّ من يجيز العقد فعلاً، وأنه هل يعتبر في نفوذ إجازته أنّ يكون حال العقد أيضاً نافذ التصرف بحيث لو كانت إجازته في ذلك الزمان لتمّ بها العقد، أو أنّه لا يعتبر في نفوذ إجازته إلاّ كونه جائز التصرف حال الإجازة فتصحّ إجازته عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع، وعدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً ولا مأذوناً حال العقد، وقد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. والمانع كما لو باع الزاهن بدون إذن المرتهن، ثم فكّ الرهن. فالكلام يقع في مسائل:

الشرح:

فعلاً ولولم تكن له الإجازة في ذلك الزمان، سواء كان عدم نفوذ إجازته سابقاً لعدم المقتضى أو للمانع؟ والمراد بعدم المقتضى عدم الملك أو الوكاله أو فقد سائر القيود المعبره في المالك، والمراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذى وقع في مورد العقد فضولاً.

وفي المقام مسائل ثلاث، ندرجها في مسألتين تبعاً للمصنف رحمه الله :

الأولى: ما إذا بيع المال وكان حال البيع فاقداً لما يعتبر في البائع من القيود من

كونه بالغاً أو عاقلاً أو رشيداً أو عدم الحجر عليه بتعلّق حق الغير بماله، وصار حال الإجازة واجداً لتلك القيود.

والثانيه: ما إذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال وأجاز البيع.

أما الأولى فنقول: إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيداً فأجاز البيع فإنه لا ينبغي الريب في صحه البيع المزبور، باعتبار أنه يتم بالإجازة الموضوعه لاعتبار المعامله وإمضاءها، حيث يتم بها استناد المعامله المزبوره إلى المالك البالغ الرشيد والاستناد السابقى على تقدير المباشرة فى إنشاء البيع كان ملغى؛ لخروج بيع الصغير والمجنون والسفيه عن موضوع الإمضاء ولزوم الوفاء، لا باعتبار تعلّق حق الغير بالمال، بل لقصور أنفسهم. وإذا باع مع المانع، أى مع تعلّق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعامله ويشملها دليل الاعتبار من غير حاجه إلى الإجازة، حيث إن استنادها إلى المالك العاقل البالغ الرشيد المسأله الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجره. والأقوى صحه الإجازة بل عدم الحاجه إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلّق حق الغير كما لو باع الزهن ففكّ الزهن قبل مراجعه المرتهن فإنه لا حاجه إلى الإجازة كما صرّح به فى التذكرة.

الشرح:

كان من قبل، وإنما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد المعامله، ففى أىّ زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

وإن شئت فلاحظ المعامله التى يكون القبض شرطاً فى تمامها، فإنّ دليل الاعتبار لا يعمها ما لم يحصل القبض، ففى أىّ زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

لا- يقال: لا- يقاس المقام بمسأله اعتبار القبض فى الهبه والوقف فإنّ ما دل على عدم انتقال المال عن ملك الواهب الواقف إلى أن يقبض العين مقتضاه ترتب الإمضاء على الهبه أو الوقف بعد القبض، بخلاف بيع المالك المال مع كونه رهناً أو محجوراً عليه للفلس، فإنّ بيعه فى حدوده مستند إلى ماله ومع ذلك لا- يعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أنّ إمضاءه أو لزوم الوفاء به مناف لتعلّق حق الغير بالمال، وبعد ارتفاع المانع وسقوط الحق دخوله فى الإطلاق والعموم يحتاج إلى توضيح.

ص: ١٦

فإنه يقال: قد ذكرنا في بحث الأصول أنه كلما دار أمر الفرد بين خروجه عن تحت العام أو المطلق إلى الأبد وخروجه عنهما إلى زمان يتعين الالتزام بالثاني للاقتصار على المتيقن؛ لأنَّ طرح ظهور العام أو الإطلاق بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا موجب.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو باع الراهن أو المفلس عين الرهن أو عين ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البيع لا تكون إجازتهم كاشفه عن النقل والانتقال من حين العقد [المسألة] الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد فيحيز المالك الجديد [١] سواء كان هو البائع أو غيره، لكنَّ عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً، ثم ملكه وهذه تتصوّر على صور، لأنَّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك والملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث، ثمَّ

الشرح:

لا- بكشف حقيقى ولا- بكشف حكمى، بل تكون إجازتهم كفكّ الرهن أو ارتفاع الفليس موجباً لانتقال العوضين من حين الإجازة، وذلك فإنَّ المال بالإضافة إلى الأزمنة السابقة غير قابل للنقل والانتقال، وفي أى زمان سقط الحقّ عن المال وصار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان. ولا- يقاس بإجازة المالك في بيع الفضولى المعروف، حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمى باعتبار أنَّ المال كان قابلاً للنقل في زمان سابق، إلاَّ أنَّ البيع الناقل لم يكن مستنداً إلى المالك أو من له ولايه النقل، وبإجازته يستند النقل من ذلك الزمان إلى المجيز على ما تقدم.

وعلى ذلك فإذا بيع المال حال صغره أو جنونه أو سفهه ثم صار المالك بالغاً أو أفاق أو صار رشيداً فأجاز البيع المزبور تكون إجازته كاشفه، بخلاف ما إذا باع المال ثم فكّ الرهن فإنه يتعين الالتزام فى الثانى بالنقل كما لا يخفى.

[١] المسألة الثانية: ما إذا كان المجيز غير مالك للمال حال العقد، ولهذه المسألة صور، ولكن العمده البحث فى جهات:

الأولى: ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملك المال، وأجاز البيع، والثانية: ما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه ولم يجزه، والثالثة: هل فرق بين ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه أو أجازة أو لم يجزه، وبين ما إذا باع المال لمالكة ثم ملكه وأجاز أو لم يجز؟

فنقول: قد يقال بأن غير المالك إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازة يصح المبيع

ص: ١٧

البائع الذى يشتري الملك إما أن يجيز العقد الأول وإما أن لا يجيزه، فيقع الكلام فى وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له. والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك وأجاز، وما لو باع واشترى ولم يجز، إذ يعلم حكم غيرهما منهما.

الشرح:

وبتعبير آخر: لا- يعتبر فى المميز أن يكون مالكا للمال حين إنشاء عقد الفضولى، كما هو ظاهر المحقق فى باب الزكاه من «المعتبر»^(١)، حيث ذكر أنه لو باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاه أو رهنه صح البيع والرهن بالإضافة إلى غير مقدار الزكاه، فإن أدى الزكاه من مال آخر، قال الشيخ^(٢): صح البيع والرهن فى تمام النصاب، وفيه إشكال؛ لأن حصه الزكاه مملوكة لأرباب الزكاه وإذا أدى المالك الزكاه من مال آخر ملك تلك الحصه بملك جديد، فافتقر بيع تلك الحصه إلى إجازة جديده، كما فى مسأله من باع شيئاً ثم ملك. انتهى. فإن ظاهر هذا الكلام أن المحقق رحمه الله يرى تمام البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجازه.

بل يمكن أن يستظهر ممّا حكاه عن الشيخ رحمه الله عدم الحاجه فى تمام البيع المزبور إلى الإجازة، ولكن الاستظهار قابل للخدشه، فإنه يحتمل أن يكون تعلق الزكاه من قبيل الكلى على الذمه، وأن العين الزكويه كالرهن لذلك الكلى، فلو امتنع مالك النصاب عن أداء ما عليه من الزكاه، يجوز لوئيتها الأخذ بتلك العين؛ لاستيفاء ما على عهده مالك النصاب، نظير أخذ المرتهن بالعين المرهونه، لاستيفاء ما على عهده الراهن فى فرض امتناعه عن أداء دينه. وعلى ذلك فالعين الخارجيه بتمامها ملك لمالك النصاب، غايه الأمر يتعلق بها حق الزكاه، ويسقط ذلك الحق بأدائها من مال آخر، نظير ما إذا باع أمّا المسأله الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقق فى باب الزكاه من المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاه أو رهنه: أنه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاه، فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ رحمه الله: صح البيع والرهن. وفيه اشكال؛ لأن العين مملوكة وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً فافتقر بيعها

ص: ١٨

١- (١) المعتبر ٢: ٥٦٣.

٢- (٢) أنظر المبسوط ١: ٢٠٨.

إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

الشرح:

الراهن العين المرهونه ثم فكَّ الرهن بأداء دينه فإنه قد مرَّ عدم الحاجة في صحَّه هذا البيع إلى الإجازة، كما يحتمل أن يكون تعلق الزكاه بالعين الخارجيه كتعلق حق الجنايه بالعبد في جنايته خطأً بأن يجوز لمالك النصاب بيعه بتمامه ويصح منه البيع، كجواز بيع العبد الجاني. وتتعلق الزكاه بذمه المالك، غايه الأمر أن المالك لو امتنع عن أداء الزكاه وإفراغ ذمته منه، يجوز لولى الزكاه أخذ الزكاه من النصاب بإبطال البيع المزبور وفسخه في مقدارها، كما في امتناع مولى العبد الجاني من أداء أرش الجنايه، فيمكن أن يكون ظاهر كلام الشيخ رحمه الله في عدم الحاجة إلى الإجازة مبيّناً على ذلك، فلا يرتبط عدم الحاجة إلى الإجازة في الفرع المزبور بمسأله من باع شيئاً ثم ملك.

وذكر السيد اليزدى رحمه الله (1) في تعليقه أن تعلق الزكاه بالنصاب لا- يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجنايه بالعبد الجاني خطأً؛ لأنَّ المعروف بينهم أنه يجوز للساعي والحاكم تتبع العين فيما إذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاه من مال آخر.

أقول: إن كان مرادهم من تتبع العين فيما إذا لم يؤدَّ الزكاه بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانه وحق الجنايه مشتركان في ذلك، وإن كان مرادهم تتبعها ولو من غير امتناعه فالأمر أيضاً كذلك؛ لأنَّ جواز تتبع العين لا يلزم بل يظهر ممَّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاه بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإنَّ الراهن إذا باع فكَّ الرهن قبل

الشرح:

جواز تملكها مطلقاً، بل جواز التملك يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاه من مال آخر، سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانه أو من قبيل حق أرش الجنايه.

والحاصل: أن الفرق بين تعلق حق الرهن وتعلق حق الجنايه بعدم تمام بيع العين المرهونه إلا- بفكَّ الرهن أو إجازة المرتهن، بخلاف بيع العبد الجاني خطأً فإنه يتم، ولكن يكون للمجنى عليه أو وليه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقل الأمرين من قيمته، وأرش الجنايه غير منافٍ لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع

ص: ١٩

العين. وفي صحيحه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «رجل لم يزكَّ إبله أو شاته عامين، فباعها على من اشتراها أن يزكَّها لما مضى، قال: نعم، تؤخذ منها زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدى زكاتها البائع»^(١). وظهرها لا ينافى كون الزكاه من قبيل حق الرهن أو حق أرش الجنايه.

ولكن الأظهر عدم كون الزكاه من قبيلهما، ولا من قبيل الكلى في المعين؛ لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط، كما لا تكون من الإشاعه في العين، كما هو مقتضى إيجاب الشاه في نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعه في الماليه. ويجوز للمالك التصرف في بعض النصاب فيما إذا كان قصده إخراجها من الباقي؛ لأنَّ القصد المزبور عزل للزكاه في الباقي، ويصح بيع تمام النصاب مع إخراج الزكاه من مال آخر ولو بعد البيع، وتام الكلام في محلّه.

مراجعته المرتهن لزم ولم يحتج إلى إجازة مستأنفه. وبهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس^[١]، وهو ظاهر المحكي عن الصيّمري. والمحكي عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، ومال إليه بعض المعاصرين، تبعاً لبعض معاصريه. والأقوى هو الأوّل، للأصل والعمومات السليمة عمّا يرد عليه ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح وجامع المقاصد.

الشرح:

[١] أي صرح الشهيد رحمه الله في «الدروس»^(٢) بصحّه البيع فيما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازه، وهذا أيضاً ظاهر المحكي عن الصيّمري^(٣)، ولكن المحكي عن المحقق الثاني في تعليق «الإرشاد» هو البطلان^(٤)، ومال إليه بعض المتأخرين^(٥)، والأقوى هو القول بالصحّه؛ للأصل والعمومات.

أقول: لعل مراده رحمه الله من الأصل هو الإطلاق والعموم في أدله إمضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود فتكون العمومات السليمة عطفاً تفسيريّاً، ولو كان مراده

ص: ٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ٩: ١٢٧، الباب ١٢ من أبواب زكاه الأنعام، الحديث الأول.

٢- (٢) الدروس ٣: ١٩٣.

٣- (٣) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، وراجع غايه المرام (مخطوط): ٢٧٥.

٤- (٤) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، وحكي عنه ذلك المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.

٥- (٥) أنظر الجواهر ٢٢: ٢٩٨، ومقابس الأنوار: ١٣٤.

بالأصل أصاله عدم اشتراط كون المجيز مالكاً حال إنشاء العقد فقد ذكر رحمه الله في موارد من أن مقتضى الأصل العملى فى المعاملات هو الفساد؛ لأصاله عدم ترتب الأثر عليها.

لا يقال: ما الفرق بين المقام، أى ما إذا شك فى شرطيه ملك المجيز حال العقد فى صحه البيع، وبين الشك فى شرطيه شىء لمتعلق الأمر على ما هو المعروف فى دوران أمر الواجب بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث يرجع هناك بأصاله عدم الشرطيه ولا يرجع إليها فى المقام.

الأول: أنه باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الإشكال فيه، وربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك [١].

الشرح:

فإنه يقال: المراد بأصاله عدم الشرطيه فى دوران أمر الواجب بين كونه مطلقاً أو مشروطاً هى البراءة عن وجوب المشروط، والفرق بين هناك والمقام أن الحكم المزبور فى مسأله دوران الواجب بين الأقل والأكثر واحد، يتردد متعلقه بين كونه الطبيعى بنحو اللابشرط أو كونه بشرط شىء، فتجرى أصاله البراءة فى ناحيه تعلقه بالطبيعى بشرط شىء، بعد معارضه استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعى بشرط شىء، مع أصاله عدم تعلقه بالطبيعى بنحو اللابشرط. وأصاله البراءة عن وجوب الطبيعى المشروط بشىء لا يعارضها أصاله البراءة عن وجوب الطبيعى بنحو لا بشرط؛ لأن رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعى بنحو اللابشرط خلاف الامتتان، ولكن لا يجرى ذلك فى مثل المقام مما يكون الحكم فيه انحلالياً، كحل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد، فإن كل بيع يكون مجيزه مالكاً حال إنشائه تعلق به الحل ولزوم الوفاء جزماً. والشك فى تعلق حل آخر أو وجوب الوفاء بالبيع الآخر أيضاً وهو البيع الذى لا- يكون مجيزه حال إنشائه مالكاً للمال، واستصحاب عدم تعلق الحل والإمضاء ووجوب الوفاء به يجرى بلا معارض؛ ولذا يحتاج فى الحكم بصحه البيع فيما إذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز، إلى إثبات الإطلاق والعموم فى أدله الإمضاء ولزوم العقد.

[١] يعنى: ربما لا يأتى فى توجيه الصحه فى هذه المسأله ما وجه به صحه البيع فيما إذا بيع المال فضولاً وأجازه من كان مالكاً له زمان العقد، حيث تقدم فى توجيه الصحه هناك أن العاقد ولو قصد البيع لنفسه إلا أنه فى الحقيقه قاصد للبيوع للمالك حال

العقد، فإن قصده البيع لنفسه مبنى على كونه مالكا للمال ولو عدواناً فيتم البيع للمالك وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفته الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثانى: إنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك [١] مع انتفاء الملك ورضا المالك والقدره على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقه. والفرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه. وفيه: أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا لأنّ الدّاعى على اعتبار الرضا سلطنه الناس على أموالهم وعدم حلّها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح

الشرح:

بإجازته، بخلاف المقام فإن البيع واقع فى الحقيقه للمالك حال العقد لا للبائع المزبور كونه مجيزاً.

أقول: قد ذكرنا فى تلك المسأله أنّ البيع لا يقع للمالك؛ لأنّ حقيقته تمليك عين بعوض، والمراد بوقوعه للمالك هو انتسابه إليه، وهذا الانتساب وإن لا يدخل فى حقيقه البيع إلاّ أنّه يعتبر فى صحته ونفوذه، ويتحقق بمباشره المالك لإنشاء البيع أو بكون إنشائه بإذنه أو بإجازته.

والحاصل: قصد الفضولى البيع لنفسه لغو وقصد زائد على أصل إنشاء البيع، وينتسب البيع إلى المالك بالإجازة، سواء كان المالك المجيز مالكا للمال حال العقد أيضاً أم لا.

[١] وحاصله: قد التزمنا بأنّ عقد الفضولى المعروف يتم بإجازة مالك المال، مع كون العاقد غير مالك للمال ولم يكن عقده بإذن المالك وبرضاه، كما أنه لم يكن قادراً على تسليم المال؛ لأنّ ملك المال والرضا والتمكن على التسليم يعتبر فى المالك حال العقد الذى يجيزه؛ لأنه البائع حقيقه، والمفروض فى مسأله من باع شيئاً ثم ملك وأجاز المالك المزبور لم يجز العقد، بل أجازة من تملك المال بعد ذلك العقد. وأجاب رحمه الله التصرف فيها بغير رضاهم، وهذا المعنى لا يقتضى أزيد ممّا ذكرنا. وأمّا القدره على التسليم فلا تضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد، ولا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحه البيع المذكور، لأنّ الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت كاشفه على الأصحّ مطلقاً [١]، لعموم الدليل الدالّ عليه، ويلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

الشرح:

عن ذلك بأنّه لا يعتبر في تمام عقد الفضولي ملك مجيز المال حال العقد، بل يكفي فيه ملكه حال الإجازة والرضا؛ لأنّ الوجه في اعتبار كلّ ذلك عدم حلّ المال للغير بغير طيب نفس مالكة ورضاه، وكون تصرف الغير في المال المزبور بلا رضاه ظلماً وتعدّياً على المالك وأنّ سلطنه التصرف في المال تثبت للمالك لا لغيره، ومع إجازة المالك الجديد يراعى كلّ ذلك. وأما التمكن على التسليم فلا يُدّ في اعتباره في مالك المال حال العقد؛ لأنّ الإجازة تصحّح العقد الذي لا يكون فيه نقص من غير جهة إجازة المالك.

أقول: لاوجه لاعتبار قدره على التسليم في المالك حال العقد، بل يعتبر التمكن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد في ظرف استحقاق الطرف المطالبه بالمال، ويأحرز هذا التمكن حال العقد ينتفى الغرر ويتم البيع، كما هو مقتضى إطلاق أدله الإمضاء وعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد.

[١] وحاصله أنّ اعتبار الإجازة يكون على الأصحّ بطور الكشف لا- النقل كما تقدم سابقاً، واعتبارها بالنحو المزبور لا يختصّ بمورد دون مورد، بل كلّما فرض نفوذ الإجازة وصحّتها فاللازم كونها كاشفه؛ لأنّ الدليل على اعتبارها بنحو الكشف مطلق يعم جميع مواردّها. وحيث إن اعتبارها في المقام بنحو الكشف بأن تكون إجازة البائع.

الشرح:

المجيز كاشفه عن تمام الملك للطرفين من حين العقد مع الأصيل غير ممكن؛ لاستلزام ذلك دخول المال في ملك الأصيل قبل دخوله في ملك البائع، فلا بد من القول بعدم نفوذ الإجازة وكونها لغواً، حيث لا دليل على اعتبارها في المقام بالنحو الآخر.

وفيه: أنّ ما ذكر من اعتبار الإجازة بنحو الكشف لا- يختص بمورد دون مورد صحيح، إلّا- أنّه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولاً، أي من زمان إيجابه وقبوله؛ فالهبة الفضولية كاشفه عن تمام الملك للمتّهب من حين حصول

القبض، وبما أنّ من شرط تمام الملك للأصيل انتقال المال إليه من البائع المجيز؛ لأنّه المالك حال الإجازة وبها يستند البيع إليه، فيكون انتقال مال المجيز إلى الأصيل من زمان كون المجيز مالاً. وهذا معنى كون الإجازة معبره بنحو الكشف، وليس في الالتزام بذلك أيّ محذور، لا محذور فقد مقتضى، أي فقد الدليل على اعتبار الإجازة فإنه يكفي في اعتبارها إطلاق دليل إمضاء المعاملات وعموم وجوب الوفاء بالعقود على ما مرّ آنفاً. ولا محذور المانع، سواء كان من ناحيه العقل أو من الشرع بأن قام دليل على إلغاء هذا النحو من الكشف.

لا- يقال: إذا كان في المقام انتقال المال إلى المشتري الأصيل من حين تملك المجيز المتاع تكون إجازته نظير تخصيص المالك حال العقد إجازته في عقد الفضولي المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد.

فإنه يقال: هذا التخصيص يمنع عن صحّحه الإجازة فيما إذا كان انتقال المال إلى الأصيل من حين العقد ممكناً، ولا يمكن الانتقال كذلك في المقام وكذا لا يضّرّ في إجازة البائع كونها رضاءً بالعقد الذي مدلوله النقل من حينه، ووجه عدم القدر أنّ المال... .

الشرح:

غير قابل للانتقال إلا- من زمان تملك المجيز فتكون عموم الإجازة بالإضافة إلى ما قبل ذلك الزمان ملغاة، نظير الإجازة فيما إذا كان القبض فيه شرطاً للانتقال.

أقول: لا- يخفى أنّ إجازة البائع في المسألة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله وهو جعل ملكيه المال للمشتري من حين ذلك العقد، ولكن لا- يتبع الإمضاء الشرعي تلك الإجازة إلا من زمان تملك المجيز جمعاً بين مثل قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) وما دل على عدم سلطنه الإنسان بمال الغير، فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعيه الإمضاء الشرعي للبيع في الصرف والسلم إلا- من حين حصول القبض. ولو أجاز البائع في المسألة بعد تملكه المال العقد السابق، لا بتمام مدلوله، كما لو صرح بإجازة ذلك العقد بإمضاء بعض مدلوله وهي الملكيه من حين تملكه، فلا- تكون إجازته مطابقيه لمدلوله، من غير فرق بين المقام وإجازة عقد الفضولي المعروف، كما إذا أجاز المالك

ص: ٢٤

فيه على مسلك الكشف بنحو النقل، حيث تقدم فساد تلك الإجازة.

والحاصل: إجازة البائع العقد من حين تملكه المتاع غير الحكم بانتقال المتاع إلى المشتري الأصيل من ذلك الحين، فإن الثاني يتعين الالتزام به، وأما الأول فلا تصحح البيع السابق؛ لما تقدم من أنه لا بد من مطابقته الإجازة مع مدلول العقد.

وذكر النائيني رحمه الله (١) في المقام أن هناك فرق بين عقد الفضولي وتماهه بإجازة المالك حال العقد وبين مسأله من باع شيئاً ثم ملك وأجاز، حيث إن الإجازة في الثاني لا تؤثر شيئاً، والوجه في ذلك أن من شرط الإجازة ونفوذها عدم ردّ العقد قبلها، وأن مع وفيه: منع كون الإجازة كاشفه مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحلّ القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضى يقع البيع له، ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، وحينئذٍ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا - محيص عن القول بأن الإجازة كاشفه عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته، إذ لا - يمكن الكشف فيه على وجه آخر، ولا - يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد.

الشرح:

الرد لا يبقى عقد لتعلق به الإجازة، وبيع المالك المال من البائع ردّ فعلى لذلك العقد فلا ينفعه إجازة البائع بعد تملك المال. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه كما تقدم سابقاً لا أثر لردّ المالك، وأن عقد الفضولي لا يكون معه ملغى، وعلى تقدير الالتزام بنفوذ الردّ فلا ينبغي الريب في أن الردّ من الأمور الإنشائية تحتاج إلى القصد، والمفروض في المقام أن المالك باع المال من بايعه

ص: ٢٥

١- (١) حاشية المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢: ١٦٢.

ولم يرد إلغاء العقد السابق. وينتفى بيعة قابليه عقد الفضولى لإجازة المالك حال العقد، حيث يخرج بيعة عن كونه مالكا للمال وتبقى قابليته لإجازة البائع الذى تملك المال من مالكة.

أضف إلى ذلك أنه ربما يكون تملك البائع المال فضولاً لا بالمعاملة مع المالك، وقد عرفت أن لا كلام فى مقتضى الصيحه، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفه من زمان قابليه تأثيرها. ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ التخصيص إنما يقدر مع القابليه، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناءً على ما سبق فى دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قاذح مع عدم قابليه تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الزابع: أن العقد الأول [١] إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولى وهى

الشرح:

بل بالإرث ونحوه، ومعه لا مجال لتوهم الرد.

[١] وبتعبير آخر: صحه الإجازة من البائع موقوفه على تمام البيع الثانى لىتملك البائع المزبور المال من مالكة الأصلى؛ ليجيز بيعة الأول الذى كان فضولياً، ففى زمان البيع الثانى لا بد من كون المال ملكاً لمالكه الأصلى؛ ليجعل ملكه للبائع المجيز بالبيع المزبور، كما يلزم أن يكون ملكاً للمشتري فى البيع الأول الذى اشتراه من البائع الفضولى باعتبار أن ذلك مقتضى اعتبار الإجازة وصحتها بنحو الكشف.

والحاصل: يجتمع ملكان فى زمان واحد فى مال واحد، وهذا غير ممكن.

لا يقال: يأتى هذا الإشكال فى كل بيع فضولى، فإن صحه الإجازة موقوفه على كون المجيز مالكا حال الإجازة، حيث يعتبر فى تمام البيع فضولاً إجازة المالك وصحه إجازته، واعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال فى زمان الإجازة ملكاً للمشتري فى ذلك البيع الفضولى فاجتمع فى مال واحد فى زمان واحد ملكان.

فإنه يقال: يكفى فى الإجازة ونفوذها الملك الظاهرى للمجيز الحاصل له بالاستصحاب، بخلاف صحه البيع الثانى فى مسأله من باع شيئاً ثم ملكه بالشراء وأجاز متوقفه على صحه العقد الثانى المتوقفه على بقاء الملك على ملك مالكة

الأصلي، فيكون صحّهُ الأوّل مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك والمشتري معاً في زمان واحد [١]، وهو محال، لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوّل، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده وعدمه في آن واحد، وهو محال.

فإن قلت: مثل هذا لازم في كلّ عقد فضوليّ، لأنّ صحّته موقوفه على الإجازة المتأخّره المتوقّفه على بقاء ملك المالك ومستلزمه لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضوليّ مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنّها في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحقّ، ولا يكفي الملك الصّوري في العقد الثاني.

أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصّحّه ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأوّل بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين

الشّرح:

البيع الأوّل، فإنّ الاشتراء لا يتم إلّا مع ثبوت الملك حقيقة للمالك الأصلي.

[١] يعنى: تكون صحّهُ بيع البائع فضولاً بلحوق إجازته مستلزمه لكون المتاع ملكاً للمالك الأصلي؛ ليشتره البائع منه ويجوز البيع الأوّل، وأن يكون ملكاً للمشتري من البائع فضولاً في ذلك الزمان، كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفه، فوجود الثاني أى صحّهُ بيع المالك الأصلي يقتضى عدم صحّهُ بيع البائع فضولاً وأن لا يكون المتاع ملكاً للمشتري الأوّل. وصحّهُ بيع البائع أى الأوّل فضولاً. يقتضى بطلان بيع المالك الأصلي وأن لا يكون المالك الأصلي في زمان البيع الثاني مالكا للمتاع، فيلزم أن يكون المالك الأصلي في زمان مالكا وغير مالكا.

العقد، وحينئذ فتوقّف إجازة العاقد الأوّل على صحّهُ العقد الثاني مسلّم، وتوقّف صحّهُ العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقوله: «صحّهُ الأوّل تستلزم كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان» ممنوع، بل صحّته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي.

نعم، إنّما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفه عن الملك حين العقد، ولكن هذا أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث وقد تقدّم منعه،

فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد [١] في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو كون الملك حال الإجازة للمجيز والمشتري معاً، وهذا إشكال آخر تعرّض لاندفاعه أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري.

الشرح:

ولا- يخفى أنّ الوجه الرابع كما ذكر مبنى على كون إجازة البائع بعد تملكه المال كاشفه عن حصول الملك للمشتري من حين العقد الأول، ولكن قد تقدم في الجواب عن الوجه الثالث ضعفه، وأنّ إجازته تكون كاشفه عن حصول الملك للمشتري من حين تملك المجيز فإنه أول زمان إمكان انتقال ذلك المال إلى ملك المشتري عن ملك المجيز.

[١] الإشكال العام مبني على مسلك الكشف الحقيقي، فإنه بناءً عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكاً للمشتري، كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف، ويكون ملكاً للمجيز؛ لتكون إجازته نافذه، حيث يعتبر ملك المجيز. وإذا انضم هذا الإشكال العام إلى الإشكال الجاري في خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثاني ملكاً لثلاثة: المالك الأصلي؛ ليصحّ بيعه من العاقد، وللعاقد فإنه مقتضى تلقى نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام مالكيه المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني، ومالكيه المشتري له لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك، ومالكيه العاقد له لأنّ ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه، وإلا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد، لأنّ إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا- يُسمن ولا- يغنى، لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عمّا يبطلها، لأنّ الإجازة لا تكون إلاّ من المالك الواقعي، والمالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة، ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأنّ المالكيه من الشرائط الواقعيه دون العلميه.

الشرح:

المشترى الملك منه، وللمشترى، كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف. وما ذكر في دفع الإشكال العام بكفايه الملك الظاهري الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد؛ لأن استناد البيع إلى المجيز وكشف إجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكا، وإذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكا فلا تفيد إجازته، حيث لا أثر للحكم الظاهري بعد انكشاف الواقع، فيكون الفرض كما إذا انكشف أن المال كان ملكاً لشخص آخر.

والحاصل: أن اعتبار الملك في المجيز شرط واقعي.

وأيضاً ما ذكره في مقام التفرقة بين نفوذ الإجازة ونفوذ البيع الثاني من اعتبار الملك الواقعي في الثاني دون الإجازة فإن الإجازة إسقاط حق يكفي فيه الملك الظاهري لا يمكن المساعدة عليه، فإن تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكا ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني من كفايه الملك الصوري في الأول دون الثاني تحكّم صِرف، خصوصاً مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت شعري! أن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعاً؟ مع أن الإجازة رفع لليد عن الملك أيضاً بالبدية.

والتحقيق: أن الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيه الإجازة على الوجه المشهور من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: أن الإجازة المتأخّره [١] لما كشفت عن صحّة العقد الأول وعن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بدّ من إجازته له كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بدّ من إجازته

الشرح:

واقعاً، بل إذا لم يكن له ملك واقعاً أو حق كذلك فكيف يصحّ منه الإسقاط؟

أقول: لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بدّ من الالتزام بأنّ المعترف في الإجازة كون المجيز مالكا لولا الإجازة، ولا وجه لما يظهر من المصنف رحمه الله من التزام بالإشكال العام، وأنه يلزم عليه اجتماع ملكين مستقلّين في مال واحد على مسلك الكشف الحقيقي كما لا يخفى.

[١] وهذا الوجه أيضاً مبنى على كون الإجازة كاشفه عن حصول الملك للمشتري الأصلي من حين وقوع البيع الأول، فإنه عليه تكون إجازة البائع البيع الأول بعد تملكه المال كاشفه عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الأول، فيكون بيع المالك الأصلي ذلك المال من البائع الأول مصادفاً لملك المشتري الأصلي واقعاً، فيتوقف نفوذ البيع الثاني على إجازة ذلك المشتري. نظير ما صدر البيع الثاني عن أجنبي وأجاز المالك الأصلي البيع الأول، فإن معها تكون صحه البيع الثاني الصادر المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم، فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقف صحه كل من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب! بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا- عوض إن اتحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زياده إن نقص، لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، وهو ظاهر.

والجواب عن ذلك: ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفه عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع.

الشرح:

عن الأجنبي موقوفه على إجازة المشتري الأول بلا كلام، وحيث إن في المقام صحه البيع الأول موقوفه على إجازة البائع فضولاً تكون النتيجة توقف نفوذ كل من إجازتي المشتري الأول والبائع فضولاً- على الأخرى، وتكون صحه كلا البيعين موقوفه على إجازة المشتري الأول؛ لاعتبار رضاه في تمام البيع الثاني؛ ولتوقف تمام البيع الأول على البيع الثاني الموقوف على إجازته على الفرض.

ولا يلزم ذلك عدم استحقاق المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، بل يكون المبيع للمشتري الأول بلا ثمن، فيما إذا كان مقدار الثمن في البيع الأول مساوياً لمقداره في البيع الثاني؛ لأن الثمن في البيع الأول يستحقه البائع عليه، ويستحق المشتري المزبور الثمن في البيع الثاني على البائع باعتبار مصادفه ذلك البيع ملكه واقعاً.

وبهذا يظهر أن المشتري المزبور يستحق المبيع بأقل من الثمن في البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن في البيع الثاني، ويستحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر

بالعكس.

والحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة الأخيره شىء واحد، والمحال على تقديره مسلّم بتقاريرات مختلفه قد تبّه عليه فى الإيضاح وجامع المقاصد.

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى [١] فى إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولما باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه وتملّك الثمن، وهو لا يجامع صحّحه العقد الأوّل، فإنّها تقتضى تملّك المالك للثمن الأوّل، وحيث وقع الثانى يكون فسخاً له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخّره.

الشرح:

[١] وحاصل هذا الوجه أنّ بيع المالك الأصلي المال من العاقد الفضولى فسخ فعلى لبيع الفضولى فلا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة، والوجه فى كونه فسخاً فعلياً أنّ عقد الفضولى لا يزيد على العقد الخيارى، وكما أنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ببيعه من آخر فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الأصلي فى ماله ببيعه من العاقد الفضولى أو غيره فسخ وإبطال لبيع الفضولى، بل يكون تصرف المالك الأصلي أولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار، حيث يمكن أنّ يقال: إنّ البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى إلا بالفسخ القولى، بخلاف إلغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعاً.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الوجه بأن مجرد تصرف المالك الأصلي فى ماله الجارى عليه البيع فضولاً لا يكون ردّاً وإلغاءً لعقد الفضولى حتّى لا يكون قابلاً للإجازة، بل غاية الأمر يكون تصرفه موجباً لفوت محل الإجازة؛ إما مطلقاً كما إذا زوّجت المنكوحه فضولاً نفسها من الآخر، أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما فى مسأله بيع المالك الأصلي، فإن للتملّك إجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولاً. وقياس تصرف المالك الأصلي بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد؛ لأنّ تصرف وبالجملة، حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزه بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافى مبطل لها فكذلك عقد الفضولى.

والجواب: أنّ فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده، وأمّا الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقوده فضولاً نفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر

ص: ٣١

فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أنّ الفعل المنافي لمضى العقد مفوّت لمحلّ الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة ويخرج العقد عن قابليته الإجازة، إمّا مطلقاً كما في مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإنّ محلّ الإجازة إنّما فات بالنسبة إلى الأوّل، فللمالك الثاني أن يجيز.

نعم، لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه الشرح:

ذى الخيار فيما انتقل عنه لا يمكن إلّا بفسخ البيع الخيارى وإبطاله، بخلاف تصرف المالك الأصلي فإنّ المال باعتبار عدم تمام البيع فضولاً باق على ملكه، فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأوّل ولحوق الإجازة به من مالكة الجديد.

نعم، لو كان قصد المالك الأصلي من تصرّفه إلغاء البيع الأوّل يكون تصرفه مع القصد المزبور ردّاً لذلك العقد، فلا يصلح بعده للحقوق الإجازة.

أقول: قد تقدّم في ذيل نقل هذا الوجه عن النائينى رحمه الله أنّه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد وإطلاق دليل حل البيع بالإضافة إلى البيع الأوّل فيما إذا أجازته المالك الجديد حتّى في مورد قصد المالك الأصلي إلغاء ذلك البيع، فإنّه ذكرنا عدم الأثر لقصد الإلغاء ولا يمكن إثباته بحديث «الناس مسلّطون على أموالهم»^(١).

إجماعاً، ولعموم تسلّط الناس على أموالهم بقطع علاقه الغير عنها. فالحاصل: أنّه إن أريد من كون البيع الثّاني فسخاً: أنّه إبطال لأثر العقد فى الجملة، فهو مسلّم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد مترزلاً بالنسبة إلى المالك الثّاني، فيكون له الإجازة، وإن أريد أنّه إبطال للعقد رأساً، فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسميه مثل ذلك الفعل ردّاً فى بعض الأحيان، من حيث إنّّه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب، إذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد

ص: ٣٢

١- (١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

هذا البيع بقى العقد على حاله من قابليته لحق الإجازة. وأما الالتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى، فلأنّ صحّه التصرف المنافى يتوقّف على فسخ العقد، وإلا وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محلّ الإجازة. ومن ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيراً: «وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه، بل أولى»، فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولويّه، وسيجيء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكيه لنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك [١]

الشرح:

[١] الأخبار المذكوره فى هذا الوجه على طوائف ثلاث:

الأولى: بعض الأخبار الضعاف الحاكيه لنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبه إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولى، وإمّا لبيان فساده بالنسبه إلى المخاطب خاصّه كما استظهرناه سابقاً فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادته حكم خصوص صورته تملكه بعد البيع، وإلا فعدم

الشرح:

كروايتى الحسين بن زيد وسليمان بن صالح (١)، والنهى المزبور يعم ما إذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلى أو الشخصى ولكن يتعيّن رفع اليد عن إطلاقه بالحمل على صورته كون المبيع شخصاً لِمَا نشير إلى الروايات المعتمره الداله على جواز بيع الكلى على العهد، مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما أنّ النهى المزبور إمّا إرشاد إلى فساد بيع ما ليس عنده بالإضافة إلى كلّ من بايعه ومالك المال، أو إلى فساده بالإضافة إلى بايعه فقط.

وعلى الأول يرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى مالك المال؛ لما تقدم من الدليل

ص: ٣٣

على صحّحه بيع الفضولى وتمامه بإجازه المالك، وعلى التقديرين يكون مقتضى النهى عدم تمام ذلك البيع بالإضافه إلى بايعه، سواءً تملك المال وأجاز بيعه أم لا، بل الظاهر إرادته صورته تملكه؛ لأنّ عدم تمام البيع بالإضافه إلى بائعه فى غير صورته تملكه لا يحتاج إلى البيان.

وأجاب المصنف رحمه الله عن الاستدلال بأنّه لا- نظر فى النهى المزبور إلى صورته إجازته بائعه بعد تملكه؛ لأنّ المنفى بالنهى الإرشادى الصحّحه التى يراها المتبايعان بحسب معاملتهم، وهى انتقال ذلك المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للمشتري حق إلزام البائع بتحصيل ذلك المتاع وللبائع حق إلزام المشتري بأخذه وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان. وخصوص روايه يحيى بن الحجّاج المصحّحه إليه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشترى لى هذا الثوب وهذه الدابّة وبعنيها، أربحك كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

الشرح:

والتصرف فى الثمن. وأما الصحّحه التى يلتزم بها فى المقام، وهى ترتب أثر المعامله على البيع بإجازه بايعه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد، فلا دلالة للنهى المزبور على نفيها.

أقول: لا- يخفى أنّ إلزام المشتري البائع بتحصيل المبيع ودفعه إليه، وكذا جواز تصرف البائع فى الثمن، من آثار انتقال المالكين، وإذا كان النهى المزبور بياناً لعدم حصول النقل والانتقال شرعاً يكون مقتضى إطلاقه عدم حصوله حتّى فيما أجاز البيع بايعه بعد تملكه المال.

ولو كان مدلول النهى عدم حصول النقل والانتقال بمجرد البيع المزبور لما صحّ التمسك به فى دفع دعوى حصول النقل والانتقال فى بيع ما ليس عنده بعد تملك البائع المال، وحصول التقابض بين البائع والمشتري.

والحاصل: أنّ المنفى بالنهى هى صحّحه المعامله شرعاً، وهى حصول النقل والانتقال كما فى النهى عن البيع فى سائر الموارد، ومقتضى إطلاقه وعدم تقييده بمثل قوله: «إلا أن يجيزه إذا صار المال عندك»، عدم صحّته بإجازه بائعه.

نعم، بالإضافه إلى إجازته المالك حال العقد فيرفع اليد عن إطلاق النهى على

تقديره بما دل على تمام بيع الفضولى بإجازته، أى بالروايات الخاصه الداله على صحه بيع الفضولى بإجازته المالك حال العقد، لا بإطلاق خطاب حل البيع وعموم وجوب وروايه خالد بن الحجاج، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئنى ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيًا ويحرم إثباتًا، كما فهمه فى الوافى، أو يحلل إذا وقع

الشرح:

الوفاء بالعقد(١) كما لا يخفى.

الطائفة الثانيه: ما تضمن النهى عن بيع الكلى مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما هو ظاهر صحيحه معاويه بن عمار قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: «يجيئنى الرجل يطلب منى بيع الحرير وليس عندى منه شىء، فيقاولنى عليه وأقوله فى الربح والأجل حتى يجتمع على شىء، ثم أذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه، قال: رأيت إن وجد بيعاً هو أحب إليه مما عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: فلا بأس»(٢). فلا بد من أن يحمل النهى فى هذه على الكراهه، أو على التقيه؛ لأنها معارضه بالروايات المعبره الداله على جواز بيع الكلى مع عدم تملك الفرد منه حال البيع، كصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، وإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه، وإلى أجل»، الحديث(٣). وقريب منها غيرها.

بعد الاشتراء ويحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلل إذا كان على وجه المساومه والمراضاه.

وصحيحه ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لى متاعاً

ص: ٣٥

١- (١) فى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سوره المائده: الآية ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

٣- (٣) المصدر السابق: ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه».

الشرح:

وأما صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس، إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(١). فقد يقال بظهورها في خصوص بيع العين الخارجيه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ ظهورها في تعلق الشراء الثاني بنفس ما ابتاعه البائع وأن لا ينكر، إلا أنه لم يفرض فيها أنّ ما ابتاعه البائع كانت عيناً خارجيه أو كلياً على العهد ويبيعه من طالبه بعد قبضه، بل يعم ما إذا كان ما اشتراه كلياً ويبيعه من الطالب قبل قبضه. ونظيرها صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك، إنّما البيع بعد ما يشتريه»^(٢).

والحاصل: أنّ مقتضى تعليل الجواز فيهما بقوله: «إنّما البيع بعد ما يشتريه»، أو بأنه يشتريه منه بعد ما يملكه، عدم جواز بيع الشيء قبل تملكه حتّى فيما كان البيع تتبعه إجازة بئعه، غاية الأمر تُحمل الصحيحتان على خصوص بيع العين الخارجيه؛ لما تقدم من جواز بيع الكلي قبل تملك الشخص.

الطائفة الثالثة: ما ورد في بيع العين الخارجيه، كمصححه يحيى بن الحجاج قال: وصحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه».

وصحيحه معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير، وليس عندي شيء فيقاولني عليه وأقاوله في الرّبح والأجل حتّى نجمع على شيء، ثمّ أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: رأيت إن وجد مبيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك، أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس»، وغيرها من الروايات.

ص: ٣٦

١- (١) المصدر السابق: ٥١، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا- تواجهه قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(١). ورواه خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام»^(٢). ومقتضاهما أنه لا بد من إنشاء البيع مع المشتري بعد تملك المتاع بأن لا يكون في البين إلتزام والتزام معاملة بالإضافة إلى كل من البائع والمشتري من قبل، ولو كان البيع في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» نافذاً لكان في البين إلتزام والتزام معاملة من قبل على المشتري؛ للزوم العقد عليه من الأول، أو من حين تملك البائع ورضاه ببيعه، مع أن ظاهر الروايتين أن المشتري لا بد من أن يكون مختاراً حتى بعد تملك البائع ورضاه بالبيع منه، وهذا لا يكون إلا مع فساد البيع الأول وعدم تماميته بإجازه بانه.

ولا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها ومن حيث التعليل في بعضها الآخر: في عدم صحه البيع قبل الاشتراء، وأنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلتزام والتزام سابق بذلك المال.

والجواب عن العمومات: أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، وهو النقل والانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، ولا من طرف المشتري بأن الشرح:

ولكن قد يخطر في النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر، وهو أن يكون الثوب أو الدابة المزبوره فيهما كونهما ملكاً للمشتري وطلب من الرجل اشتراءه منه نقداً أو يبيعه منه ثانياً نسيئته، كما هو قسم من بيع العينه ومعه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطلان. ولو قيل في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» بصحه البيع الأول، وذلك فإن الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال من

١- (١) المصدر السابق: ٥٢، الحديث ١٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٥٠، الحديث ٤.

مالكه، وهذا أمر باطل. وفي روايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينه فأشترى له المتاع مرابحه، ثم أبيع إياه ثم اشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس» (١).

والمتحصل من جميع ما ذكرنا: أنه يتعين الحكم بالبطلان في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز»، لا بمجرد بعض الروايات الحاكبه لنهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس يطالب البائع بتسليم المبيع. ومنه يظهر الجواب عن الأخبار [١]، فإنها لا تدلّ خصوصاً بملاحظه قوله عليه السلام: «ولا- تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجه إلى إجازته، وهى المسأله الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجه إلى الإجازته، وسيأتى أن الأقوى فيها البطلان.

الشرح:

عندك؛ ليقال: إنها ضعيفه سنداً لا- يمكن الاعتماد عليها، ولا- بهاتين الروايتين؛ ليقال: إنهما غير ظاهرتين في المفروض في المقام، بل للنهى المستفاد من صحيحته محمد بن مسلم (٢) ومنصور بن حازم (٣). ويرفع اليد عن عموم ذلك النهى بالإضافه إلى بيع الكلى، ويشير إلى أن مجرد تملك البائع وإجازته لا يفيد في المقام مصححه الحسن بن زياد الطائي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إننى كنت رجلاً- مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح، قال: فقال: علموا أنك تزوجت، قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك» (٤). ونحوها صحيحه معاويه بن وهب (٥). ووجه الإشاره أن مع عتق العبد يكون نكاحه بيده، ولو كان لحق إجازته بنكاحه السابق موجباً لتمامه لما كانت حاجه

ص: ٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٥١ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨ .

٣- (٣) المصدر السابق : ٥٠ ، الحديث ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١ : ١١٨ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣ .

٥- (٥) المصدر السابق: ١١٧، الحديث الأول.

إلى الاستفسار عن علم مولاه بنكاحه وسكوته كما لا يخفى.

[١] يعنى: يظهر ممّا تقدّم من أنّ الصّحّه التى يلتزم بها فى المقام ترتب الأثر على البيع السابق بإجازه بئنه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع ووجوب الوفاء وما قيل: من أنّ تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض فى مورد الروايات وهى إجازة فعلية، مدفوع: بأنّ التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وأنّه ممّا لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة ولا يترتب عليه أحكام الإجازة فى باب الفضولى، لأنّ المعبر فى الإجازة قولاً وفعلاً ما يكون عن سلطنه واستقلال، لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس فى صيروره مال الغير حلالاً لغيره، يدلّ على عدم كفايه ذلك.

الشرح:

بالعقد، ونفى هذه الصّحّه لا يستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك» (١) وإنّما يستفاد منه نفى الصّحّه التى يراها المشتري والبائع بحسب البيع السابق وهى انتقال المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للبائع التصرف فى ذلك الثمن، وللمشتري إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة إلى إجازة البائع ثانياً.

الجواب عن سائر الأخبار وأنها أيضاً ناظره إلى نفى هذه الصّحّه، خصوصاً بقرينه قوله عليه السلام فى صحيحه يحيى بن الحجاج: «ولا تواجهه البيع» (٢)، أى لا تتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك.

لا يقال: إجازة البائع ثانياً فى مورد تلك الأخبار مفروضه، حيث إنّ دفع البائع المال بعد تملكه إلى المشتري إجازة فعلية، والنهى عن البيع مع فرض هذه الإجازة مقتضاه فساد ذلك البيع وعدم صحّته بلحوق إجازته.

فإنه يقال: لا يكون الدفع إجازة، حيث إنّ وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذى حصل قبل تملك البائع ويرى البائع أنه يلزم بالعمل به، وهذا لا يحسب إجازة، فإنّه يعتبر فى نعم، يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفى البأس فى روايه خالد المتقدّمه بأنّ المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك: ثبوت البأس فى البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه، بناءً على ما تقدّم: من أنّه ليس للأصيل فى

ص: ٣٩

١- (١) مسند احمد ٣: ٤٠٢، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧، سنن ابن داود ٢: ١٤٤، سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

عقد الفضولي فسخ معامله قبل إجازة المالك أو رده، لكن الظاهر بقريته النهي عن مواجهه البيع في الخبر المتقدم إرادته لزوم من الطرفين.

والحاصل: أنّ دلالة الزوايات عموماً وخصوصاً على التّهي عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، ودلاله التّهي على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشه في هذه المسأله، إلاّ أنّا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً

الشرح:

الإجازة إظهار رضاه به من غير جهه الالتزام السابق، كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس في صيروره المال حلالاً للغير.

لا- يقال: لا-يمكن الحكم بصحّه البيع السابق بإجازة بايعه؛ لأنّ صحّته بها ينافي مافي روايه خالد بن الحجاج، حيث ذكر فيها: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟»^(١)، ووجه المنافاه أنه بناءً على صحّته السابق وتماهه بإجازة بايعه لا يكون للمشتري الامتناع ورفع اليد عن البيع حتّى قبل إجازة بايعه؛ لما تقدم سابقاً من لزوم عقد الفضولي على الأصيل ولو قبل إجازة المالك، مع أنّ ظاهر الروايه خلاف ذلك، وأنّ البيع السابق لا يوجب على المشتري أمراً.

فإنه يقال: قوله عليه السلام: «أليس إن شاء . . .» ولو بقريته صحيحه يحيى بن الحجاج كنايه عن أنّه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين، ولا ينافي حصول اللازم من طرف المشتري فقط.

من الآثار، في مقابل الصّحّه التي هي إمضاء الشّارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشّارع بصحّه بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعامله، كأن يترتب عليه بعد البيع التّقل والانتقال، وجواز تصرّف البائع في الثّمن، وجواز مطالبه المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابليه العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد. ولا يجب على القول بدلاله النهي على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلاله التّهي على الفساد، فإنّ حاصله:

ص: ٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب وبيان أن مقصوده من الفعل المنهى عنه وهو الملك والسِّلْطَنه من الطرفين لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقه كالقبض في الهبه ونحوها والإجازة في الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق، إذ معنى صحه المعامله شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا- يوجب النهى عنه إلا- مقيداً بتجرده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أن ظاهر النهى في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة، وأما صحته بالنسبه إلى المالك إذا أجاز، فلأن النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسأله الفضولى.

نعم، قد يחדش فيها: أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمه، ورودها في بيع الكلى، وأنه لا يجوز بيع الكلى في الذمه ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول، والمذهب جواز ذلك وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوى في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضاً كروايتى يحيى وخالد المتقدمتين أريد بها الكراهه، أو وردت في مقام التقيّه، لأن المنع عن بيع الكلى حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعه من العاقه كما صرح به في بعض الأخبار مستنديين في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك.

لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الوارده في بيع الكلى، خلاف الإنصاف، إذ غايه الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار وهو بيع الكلى قبل التملك على التقيّه، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

ومما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتى عن التذكرة والمختلف من دعوى الأتفاق: رواه الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد، فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك... الخبر»، فإنها ظاهرة بل صريحة في أنّ علّه البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حراً مالكاً لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا، للزوم العقد حينئذٍ على كلّ تقدير.

ثم إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات [١]، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازته المالك ولا لإجازته البائع إذا صار مالكاً، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافية للخلاف في فساده.

الشرح:

[١] لا يخفى عدم حسن التعبير، فإنّ المراد أنه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك وأجاز؛ للأخبار المتقدمه، فلا بد من الاقتصار في الحكم بالبطان بمدلول الأخبار، وهو ما إذا وقع بيع الشيء عن البائع منجزاً فإنه في هذه الصورة لا يفيد إجازته البائع بعد تملك المال.

وأما إذا باع الشيء معلقاً على إجازته بيعه بعد تملكه المال، أو باعه معلقاً على تملكه المال فيما بعد، فإنه يحكم فيهما بتمام البيع السابق بإجازته بيعه بعد تملكه؛ لخروج الفرضين عن الأخبار.

ويظهر ذلك أيضاً من العلامة في «التذكرة» (١) و«المختلف» (٢)، حيث علل المنع بالغرر وبعدم قدره البائع على التسليم، ومع تعليق البيع على تملكه المال، أو على

ص: ٤٢

١- (١) التذكرة ١ : ٤٦٣، وفيه: «... سواء كان حالاً أو مؤجلاً فإنه جائز وكذا لو اشترى عيناً شخصيه غائبه مملوكه للبائع موصوفه بما ترفع الجهاله فإنه جائز إجماعاً».

٢- (٢) لم نقف عليه بعينه، نعم في مقابس الأنوار : ١٣٤، بعد نقل عبارته التذكرة، ونسبه البطان إلى ظاهر التحرير هكذا: وهو الظاهر من المختلف.

إجازته بعد تملكه، لا- يحصل البيع قبل الشرط ليكون غررًا، أو لم يكن متمكنًا على تسليم المال، بل فعليته تكون مع حصول الشرط، ولا يكون في ذلك الزمان في البين غرر ولا عجز عن التسليم.

أقول: تقييد البيع بإجازته بايعه بعد تملك المال أو بنفس تملكه وإن يقتضى عدم قال: لا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا- نعلم فيه خلافًا، لقول النبي صلى الله عليه وآله: «لا- تبع ما ليس عندك» ولاشتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفًا في الذمه سواء كان حالًا أو مؤجلًا فإنه جائز إجماعًا، انتهى.

وحكى عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع أيضاً، واستدلالة بالغرر وعدم القدره على التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازته مجيز، الشرح:

حصول البيع إلا بعد فعليته الإجازة أو بعد تملك المال، حيث إن الشروط لا يكون فعليًا إلا بحصول شرطه، ومع فعلية البيع كما ذكرنا لا يكون فيه غرر، أى جهاله فى وصول المال إلى المشتري، وتحصل القدره على التسليم؛ لأن القدره المعتره هى القدره عند تمام البيع وفى ظرف لزوم الوفاء بالعقد، إلا أنه مع ذلك يحكم بطلان البيع فى الصورتين، أخذاً بإطلاق ما دل على اعتبار إنشاء البيع بعد الشراء والتملك، كما هو ظاهر صحيحى محمد بن مسلم ومنصور بن حازم المتقدمين، فإن مقتضاهما أن البيع لا يقع لبائعه إلا إذا كان إنشاؤه بعد تملك المال.

وبتعبير آخر: كون البائع مالكا شرط فى إنشاء البيع ووقوعه له.

هذا، مع أن البيع موقوفاً على تملك بايعه أو إجازته بعد تملكه من التعليق المبطل للمعامله.

لا يقال: قد تقدم سابقاً أنه لا مانع من تعليق المعامله على ما يتوقف عليه صحتها.

فإنه يقال: نعم، ولكن قد ذكرنا فى المسأله أن تملك البائع ما باعه وأجاز بيعه بعدها لا يصحح البيع السابق، فلا يكون تعليق البيع على أحدهما موجبا لخروجه عن التعليق المبطل.

بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه. فحينئذ لو

تبايعاً على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل في مورد الأخبار ولا- في معقد الاتفاق. ولو تبايعاً على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارته الدروس: أنه من البيع المنهى عنه في الأخبار المذكورة، حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه، انتهى.

الشرح:

ويشير إلى ما ذكرنا مثل صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن اشتريت فلاناً فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو للمساكين، فقال: ليس بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، ولا يعتق إلا ما يملك، ولا يصدق إلا ما يملك» (١). حيث إن ظاهرها اعتبار وقوع الإنشاء حال فعلية المالك.

ثم إنه بقي في المقام أنه كيف يمكن للبائع بيع المال عن نفسه منجزاً، وكيف تتم المعاملة كذلك مع بناء المشتري والبائع أن المبيع ملك للغير؟ ولا- يجري هنا ما ذكر في بيع الغاصب سابقاً؛ لأنّ بيع الغاصب كان مبنياً على تملك المال قبل بيعه ولو عدواناً، بخلاف المقام، حيث إنّ المشتري في المسألة يملك المال من بائعه، مع بنائهما أنه ملك للغير؛ ولذا يكون بعد بيعه بصدد شراء ذلك المال من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

ويمكن الجواب عن ذلك بأنه لا مانع عن تملك المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالكاً لذلك المال عند بيعه، لا عدواناً، بل باعتبار أنّ عليه تحصيل ذلك المال لكنّ الإنصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز الثقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء.

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك، حيث علل المنع بالغرر وعدم القدره على التسليم. وأصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل التقد والنسيه.

ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازته [١] فالظاهر أيضاً الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث إنّ الإجازة لا متعلق لها لأنّ العقد السابق كان

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٢، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢.

إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازته هذا بعد خروجه عن ملكه. ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه، فتأمل.

الشرح:

وتسليمه إلى المشتري، نظير ما إذا باع المشتري المبيع من ثالث زمان خيار البائع ثم فسخ البائع البيع، حيث يعتبر بالفسخ كون البائع مالكاً للمبيع مع أنه ملك للثالث. وكما أن الاعتبار من جهة رجوع البائع ببدله إلى المشتري، كذلك اعتبار البائع في المقام مالكاً باعتبار عليه تخلص ذلك المال وتسليمه إلى المشتري.

[١] لا يبعد انصراف أخبار: «لا تبع ما ليس عندك» (١)، عن بيع المال لمالكة فاتفق انتقاله إلى البائع وأجاز؛ لأنها ناظره إلى عدم وقوع البيع عن البائع الذي قصد البيع عن نفسه، إلا أن المذكور في صحيحه محمد بن مسلم: «ليس به بأس» (٢)، وقوله عليه السلام: «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (٣) يعمه، فإن ظاهره اعتبار وقوع إنشاء البيع بعد تملك المال، وفي الفرض المزبور لم ينشأ البيع بعد تملكه.

ولو باع لثالث معتقداً لتملكه [١] أو بائياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا الشرح:

والحاصل: أن دعوى خروج الفرض عن مورد الأخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلا وجه. نعم، دعوى بطلان الإجازة في الفرض لا- لما ذكرنا، بل لأن الإجازة لا متعلق لها في الفرض؛ لأن البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلي ولا معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه، والبيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها؛ لما تقدم سابقاً من أن البيع عبارة عن تملك المال بالعوض. وأما تعيين مالك المثلن أو الثمن فلا يدخل في حقيقته البيع، ومقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من يخرج عن ملكه المعوض، وإسناد الغاصب البيع لنفسه وقصده تملك الثمن كان باعتبار بنائه على أنه مالك المثلن فلا ينافي إنشاء المعاوضة وقصدها.

وفيما نحن فيه أيضاً حقيقته البيع عبارة عن تملك العين بعوض، وحيث إن

ص: ٤٥

١- (١) مسند أحمد ٣: ٤٠٢، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧، سنن ابن داود ٢: ١٤٤، سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩.

٢- (٢) و (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٥١، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

المثمن حال إنشاء البيع كان لمالكة الأصلي فقصده دخول الثمن في ملكه لا- ينافي إنشاء المعاوضة، بل يلائمها، ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه وإجازته البيع لا تختلف الإجازة عن العقد المجاز.

[١] يعنى: إذا باع البائع المال عن ثالث اعتقاداً بأنه مالكة حال البيع، أو عدواناً كما إذا كان ذلك الثالث غاصباً لذلك المال وأجاز هذا البيع مالكة الواقعي حال العقد، فلا ينبغي الإشكال في صحته؛ لأنّ الفرض داخل في مسأله بيع الفضولى المعروف. وأما إذا اتفق انتقال ذلك المال إلى الثالث الذى بيع عنه أو إلى نفس البائع وأجاز ذلك الثالث أو البائع، فالظاهر أنّ هذا يدخل في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» فيحكم بفساده.

ووجه دخوله فيها أنه قد استفيد من الأخبار المتقدمه فيها أنّ إجازة المالك الجديد لا تصحّح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال، فتدبر.

كلام في الصّححه، بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازته، أو ملكه البائع فأجازته. فالظاهر أنّه داخل في المسأله السّابقه.

ثمّ إنّّه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسأله المذكوره [١] حال المسأله الأخرى، الشّرح:

[١] وحاصله: أنه إذا لم يصحّ البيع في المسأله السّابقه، أى فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجاز بيعه، لم يصحّ البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه بطريق الأولويّه؛ لأنّ المفروض في المسأله الثانيه عدم إجازته البيع السابق وعدم رضاه به بعد تملكه المال. ويزيد هذه على السّابقه فى أنّ مقتضى سلطنه المالك على ماله وعدم حلّه لغيره إلّا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال، حيث يكون ظاهر روايه السلطنه واعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته وطيب نفسه حال كونه مالكا.

لا يقال: مقتضى عموم «أوفوا بالعقود» (١) و«المؤمنون عند شروطهم» (٢) لزوم البيع السابق وتماهه باتفاق انتقال المال إلى بائعه؛ ولذا ذكر فى «الإيضاح» (٣) أنّه بناءً

ص: ٤٦

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) أنظر إيضاح الفوائد ١ : ٤١٩ .

على تمام بيع الفضولى وصحته بإجازة المالك يصح بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك من غير حاجه إلى إجازته.

فإنه يقال: إن بيعه السابق كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه، والمقام من موارد استصحاب الخروج لا- التمسك بعموم العام، حيث إن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالإضافة إلى الأزمنة استمرارى لا أفرادى، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقود معارضاً بعدم حل المال وهى: ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكوره يقيناً، مضافاً إلى قاعده تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً- من دون طيب النفس، فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلا بكون مال غيره له.

اللهم إلا- أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبياً لا حكم لوفائه ونقضه، ولعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح بناء الشرح:

للغير إلا بطيبه نفس مالكة(١)، فيرجع إلى أصله الفساد. هذا مع جريان فحوى ماورد فى نكاح العبد بدون إذن مولاه، وأن عتقه لا يفيد فى صحه النكاح السابق حتى مع رضاء العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه الذى هو بمنزله كونه مالكا لنفسه، بل المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه(٢).

ثم إنه لا يجرى عموم وجوب الوفاء فيما إذا باع المتاع عن المالك أو عن ثالث فاتفق ملك ذلك البائع، حيث إنه لم يكن العقد فى إنشائه مستنداً إلى البائع؛ ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه، فالبيع فى الفرض مع عدم لحوق الإجازة به من بايعه باطل؛ لأن شمول العموم له أشكل من الفرض السابق.

ص: ٤٧

١- (١) هذا مضمون لحديث، عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول: ٣٤، وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

٢- (٢) هذا مضمون لحديث، وسائل الشيعه ٢١: ١١٧ و ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٣.

أقول: قد تقدّم أنّ خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ظاهره العقود المنتسبه إلى الملاك بأن على صحّحه الفضولي صحه العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة. قيل: ويلوح هذا من الشّهاد الثاني في هبه المسالك، وقد سبق استظهاره من عبارته الشيخ المحكيه في المعتمر.

لكن يضعّفه: أنّ البائع غير مأور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل.

مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنه الناس على أموالهم وعدم حلّها لغيرهم إلاّ عن طيب النّفس، وفحوى الحكم المذكور في روايه الحسن بن زياد المتقدّمه في نكاح العبد بدون إذن مولاه وأنّ عتقه لا يجدي في لزوم النّكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزله الإجازة. ثمّ لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنّسبه إلى البائع أشكال. ولو باع وكالة عن المالك [١] فبان انعزاله بموت الموكل فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

الشرح:

يكون استناد العقد إلى المالك حال كونه مالكا لا حال كونه أجنبياً، فيكون خروج بيع الأجنبي عن العموم المزبور بالتخصيص قبل تملكه المال وبعده.

والحاصل: أنّ المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك في بقاء خروجه أو ثبوت حكم العام له ثانياً كما لا يخفى.

[١] ولو باع عن المالك وكالة ثم بان انعزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل ونحوه، فلا ينبغي الريب في عدم وقوع البيع للبائع، سواء أجاز البيع أم لا؛ لأنّ البائع أجنبي عن المال. نعم، يقع البيع للوارث مع إجازته، حيث إنّ الفرض بالإضافه إلى الوارث يدخل في مسأله بيع الفضولي المعروف. والتقييد بالانعزال باعتبار أنّ مع المسأله الثالثه: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف [١] فبان كونه جائز الشرح:

عزله وظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل، حيث دلّت الروايه على أنّ بيع الوكيل قبل عزله إليه نافذ على الموكل.

[١] كان المفروض في المسألة الأولى كون المجيز مالكاً حال العقد ولكن مع الحجر عليه لسفهه أو رهن المال، وفي المسألة الثانية عدم كون المجيز مالكاً حال العقد مع تجدد ملكه بعده، وفي المسألة الثالثة أى هذه المسألة يكون المفروض ملك البائع وعدم الحجر عليه أو ولايته، ولكن مع الاعتقاد بالخلاف بأن يعتقد بأن المال ليس له بل لغيره، أو أنه لا ولاية له على مالك المال.

ويقع الكلام في هذه المسألة في صور أربع:

الأولى: ما إذا باع المال عن ملكه باعتقاد أنه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه ولياً، والمراد بالولاية ما تعمّ الولاية الشرعية والوكالة، كما إذا باع الجدد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه، أو باع مال الغير جاهلاً بكونه وكيلاً أو مأذوناً عن قبله في بيعه، فينبغي القول بصحة معامله في الفرض وتامها بلا حاجة إلى لحوق الإجازة بها، والوجه في ذلك أن تمام العقد من الولي يتوقف على اسناده إليه ورضاه به والمفروض حصولهما، حيث إن العقد كان بإنشائه ورضاه بانتقال مال الطفل إلى الغير بالعوض. وكذا إذا كان العاقد مأذوناً واقعاً ووكيلاً فإنه يكفي في استناد معامله المأذون أو الوكيل إلى المالك أو موكله إظهاره رضاه بالمعاملة، سواء كان ذلك الإظهار عند المأذون أو عند الآخرين، أو كان إظهاره بنحو يصل إلى المأذون أو السائرين بعد المعاملة أو لم يكن إظهار المالك إلا عند نفسه؛ ولذا لو كان العاقد على مال الغير في مكان يراه مالك المال وكتب المالك عند المعاملة أو قبلها في ورقه رضاه بتلك المعاملة ولم يعلم العاقد أو سائر الناس ما كتبه إلا بعد المعاملة، صحّ استناد تلك المعاملة إلى المالك.

التصرف وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه، إما لعدم الولاية فانكشف كونه ولياً، وإما لعدم الملك فانكشف لكونه مالكاً. وعلى كلّ منهما، فإما أن يبيع عن المالك، وإما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الشرح:

وبتعبير آخر: إظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل إنشائها أو حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية. وعن السيد اليزدى رحمه الله أنه يحتاج العقد المزبور في المقام إلى إجازة العاقد في موردين:

أحدهما: ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط، فإن هذا الرضا لا يصحّ استناد البيع الصادر عن الغير إليه، حيث لا فرق بين البيع المزبور وبين البيع

الصادر عن الأجنبي المقارن لطيب نفس المالك واقعاً، وقد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفصوليه.

وثانيهما: ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولايه ثم ظهرت ولايته على المال، والوجه في الحاجه إلى الإجازة عدم رضاه المولى بتمليك المال بما هو مولى، ويعتبر في نفوذ التصرف في مال المولى عليه إذن المولى ورضاه بما هو مولى؛ ولذا لو كان ملتفتاً إلى أنه مولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور ويختار فرداً آخر من المعامله، وهذا كاشف عن عدم رضاه بما هو مولى.

أقول: لا يبعد اعتبار الإجازة في المورد الأول، فإنه لا ينبغي الريب في اعتبار استناد البيع الصادر عن الأجنبي إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة، وقد ذكرنا مراراً أنّ كلاً من الإذن والإجازة من الأمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوماً لهما، ومجرد إظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعامله التي تصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذناً أو إجازة، بل لابد من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير، سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره. وبتعبير آخر: لا يكون في الحقيقه إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل إلى المولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفصولي لكنّ الظاهر من المحكى عن القاضي أنه إذا أذن السيد لعبده في التجاره، فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجاره، ولا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز ما فعله بعد الإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، انتهى.

وعن المختلف الإيراد عليه: بأنه لو أذن المولى ولا يعلم العبد، ثم باع العبد، صح، لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين، انتهى. وهو حسن.

الثانيه: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً [١]. فالظاهر أيضاً صحه العقد، الشرح:

الغير، ولا يبعد أن يكون المحكى عن القاضي في المقام يرجع إلى ما ذكر.

وأما المورد الثاني فلا يحتاج العقد فيه إلى الإجازة، فإن استناد البيع إلى المولى

حاصل بمباشرته لإنشاء العقد، ولا فرق بين رضا الولي بذلك العقد وبين رضا الأجنبي به، إلا في نفوذ رضا الأول وعدم الأثر لرضا الثاني. واحتمال دخاله رضا الولي بالمعامله مع التفاته بأنه ولي، مدفوع ببعض الإطلاقات الواردة في نفوذ نكاح الأب والجد، ويتعدى إلى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق في ذلك بين المعاملات.

[١] وأما الصورة الثانية، فهي ما إذا باع الولي أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه ولياً أو مأذوناً وقصده البيع لنفسه يكون بينائه على تملك المال عدواناً أو اشتهاً، وعلى تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجه إلى الإجازة، فإن الحاجه إلى الإجازة إما لتصحيح استناد البيع إلى الولي أو المالك أو باعتبار دخاله رضاهما في لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

الشرح:

انتقال المال بالعوض، والمفروض حصول الاستناد بمباشره العقد أو الإذن وكذا الرضا.

وأما قصده البيع لنفسه بأن يملك الثمن بإزاء المبيع اشتهاً أو عدواناً، فقد تقدم في تصحيح بيع الغاصب للمالك مع إجازته أنه لا أثر للقصد المزبور وهو غير داخل في حقيقه البيع.

لا يقال: لا يصح البيع المفروض في المقام للمولى عليه؛ لعدم ولايه العاقد على البيع بهذا النحو، كما أن إذن المالك لا يعمه في موارد الوكاله.

فإنه يقال: قد تقدم أن القصد المزبور أمر زائد على إنشاء المعاوضه والبيع، والمفروض تمام البيع من سائر الجهات التي منها عدم كونه فساداً لمال المولى عليه، فلا وجه لبطلانه أو احتياجه إلى الإجازة.

نعم لا يتم ذلك فيما إذا باع الولي لنفسه مال المولى عليه اشتهاً، فإن رضاه بكون المال للمشتري بإزاء الثمن باعتبار كونه مالاً، ولم يعلم رضاه بالانتقال على تقدير كون المال للمولى عليه؛ ولذا لا يجوز الأخذ فيما لو أذن الولي للغير في أخذ مال يعتقد أنه ملكه، ولكن الغير يعلم بأن المال ليس للولي وإنما يأذن له في أخذه اشتهاً وأنه على تقدير التفاته يمكن أن لا يرضى بالأخذ.

ص: ٥١

وبتعبير آخر: ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجة إلى الإجازة يجرى في الفرض أيضاً.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا [١]. وقد مثله الأ-كثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً، والمشهور الصحه، بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والإرشاد في باب الهبة الإجماع، ولم نعثر على مخالف صريح، الشرح:

[١] الصورة الثالثة: ما إذا باع المال عن الغير باعتقاد أن الغير مالكة ثم ظهر أن المالك هو لا الغير، وقد يمثل لذلك ما لو باع مال أبيه باعتقاد حياته ثم ظهر أنه حال البيع كان ميتاً.

ويقع الكلام في هذه الصورة في جهتين:

الأولى: في صحه البيع وفساده، بمعنى كونه لغواً لا يترتب عليه أى أثر.

والثانية: توقف تمامه على إجازة العاقد أو عدم توقفه عليها.

أما الوجه الأولى، فقد قيل بطلان البيع (١)؛ لوجه:

الأول: أن المنشأ هو البيع للغير وهو غير قابل للإجازة، والبيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الإجازة.

الثاني: أن البيع المزبور وقوعه للبائع يكون على وجه التعليق، وتقديره إن مات أبى فقد بعته، والتعليق يوجب بطلانه.

والثالث: أن العاقد غير قاصد للبيع، فإن مع اعتقاده حياه أبيه وأنه مالك المال ولم يأذن له في بيعه لا يحصل إنشاؤه وقصده حقيقه ولكن لا- مجال لشيء مما ذكر، فإن قصد بيع المال عن الغير لاعتقاد أن الغير ملكه تملكه في الحقيقه عن المالك، وما ذكرنا ثانياً في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافى الأمر الأول، حيث إن مقتضى التعليق كونه منشأ البيع لنفسه ومقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

إلا- أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنه لو قيل بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهايه والإيضاح، لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، ولأنه وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق، والتقدير: إن مات مورثى فقد

ص: ٥٢

١- (١) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، ذيل القاعده ٢٣٨، نهايه الأحكام ٢: ٤٧٧، إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

بعتك، ولأنه كالعابث عند مباشره العقد، لاعتقاده أنّ المبيع لغيره، انتهى.

الشرح:

وبالجملة: يكفى فى حصول عنوان البيع أو المبادله إنشاؤها، وقصد كونها له أو لغيره غير داخل فى أصل البيع والمبادله.

وبهذا يظهر ما فى الوجه الثالث وأنّ العاقد كالعابث، حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكاً من غير كونه مأذوناً أو وكيلاً عنه، ووجه الظهور أنّ إنشاء المعاوضه وقصدها لا ينافى الاعتقاد بأن المالك هو الغير ولم يأذن له فى بيع المال، كما فى البيع فضولاً.

وأما الوجه الثانى، وأنّ تمام البيع للعاقد يحتاج إلى إجازته أو أنه لازم له بلا حاجه إليها، فقد قيل بعدم الحاجه؛ لأنّ البيع من الأول مستند إلى العاقد باعتبار حصوله بإنشائه فلا- معنى لإجازته بيع نفسه؛ ولأنّ رضا العاقد بكون المال المعين الخارجى للمشتري بإزاء الثمن كاف فى رضاه بملك ماله للمشتري وإن لم يلتفت إلى كونه ماله، فإنّ صدور العقد عن المالك أولى وأقوى من إذنه وإجازته.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ الأظهر وفقاً لجماعه^(١) توقف تمامه على إجازته العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال، وليس الوجه فى الاحتياج إلى إجازته ما ذكره فى «جامع المقاصد»^(٢)، حيث قال: إنّ العاقد لم يكن قاصداً لنقل المال إلى المشتري منجزاً، بل كان قصده هو النقل مع إجازته المالك، حيث باع المال عن الغير باعتقاد أنّ الغير مالكة، أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح فى وقوعه، لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّّه مالك باعتقاده، ففى الحقيقة إنّما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ فى اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك فى عكس المسأله، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه.

الشرح:

ثم أورد على نفسه بأنّ قصد العاقد بيع المال كاف فى النقل.

وتوضيح الإيراد: أنّ توقّف انتقال المال شرعاً على إجازته المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد؛ ليعتبر قصده أو يقدح عدم قصده أو قصده معلقاً أو منجزاً، بل

ص: ٥٣

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٧٦، المسالك ٦: ٥١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

الانتقال المزبور حكم شرعى والمنشأ لمدلول العقد هو النقل فى اعتبار العاقد وهو منجّز، بل عدم قصده النقل شرعاً إلاّ مع حصول الإجازة لا- يضرّ على الكشف، حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها، ويمكن أن يكون قصد النقل عند حصولها مضرّاً على مسلك الكشف.

بل الوجه فى الحاجة إلى الإجازة هو أن يخرج تملك المشتري المال بإزاء الثمن عن عنوان الأكل بالباطل ودخوله فى عنوان التجاره عن تراض، فإنّ رضا العاقد بنقل المال إلى المشتري مع غفلته عن كون المال ملكه لا يوجب كون البيع المزبور تراضياً من المالك.

وبتعبير آخر: قصد العاقد بكون المال الخارجى ملكاً للمشتري بإزاء الثمن يوجب حصول إنشاء البيع، وأما كون ذلك البيع تراضياً معاملتياً منه فلا يكون إلاّ مع رضاه بالبيع بعنوان كونه مالك المال؛ ولذا لا يجوز للمأذون التصرف فيما لو أذن المالك فيه باعتقاد أن المال للغير والمأذون يعلم بأن المال ليس للغير، بل للمبيح ولكن بحيث لو التفت إلى أنّ المال له لا يرضى بتصرفه.

ولو قال: «إنّ هذه زوجتى» فطلقها، وبعد الطلاق ظهر أنها كانت زوجه المباشرة نعم، من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنه طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا، لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، ولذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

وأما ما ذكر: من أنّه فى معنى التعليق، فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول، كما لا يخفى: منع كونه فى معنى التعليق، لأنه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السّيلطنة والاستقلال على المال، لا على تعليقٍ للنقل بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن مورثه، لأنّ ذلك لا يجمع مع ظنّ الحياه. اللهم إلاّ- أن يراد أنّ القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صورى، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولى والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

الشرح:

ص: ٥٤

للطلاق فلا يصحّ، وكذا لو قال: «هذا عبدي» فأعتقه، وبعد العتق ظهر أنه كان عبداً للمباشر فإنه يحكم ببطلان العتق.

والحاصل: أنّ في البين أمرين: أحدهما: إنشاء البيع وحصول عقده، والثاني: رضا من يعتبر استناد البيع إليه، وإذا أنشأ المالك البيع لنفسه أو لغيره يحصل إنشاء البيع المزبور في المقام وهو تملك عين خارجيه بإزاء الثمن، وقصد كونه لنفسه أو لغيره لا أثر له في حصول إنشائه. وأما الأمر الثاني وهو اعتبار رضاه؛ ليكون بيعه تجاره عن تراض، فيتوقف على رضاه بالبيع المنشأ مع الالتفات إلى كونه مالك المال، ومجرد رضاه بكون تلك العين بإزاء الثمن مع الاعتقاد بأنّ المال للغير وأن رضاه بالبيع المزبور من رضا الأجنبي فلا يفيد في انتساب البيع إليه، بمعنى كونه تجاره عن تراض.

لكن فيه حينئذٍ: أنّ هذا القصد الصوري كافٍ، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي. ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشره العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

وكيف كان، فلا- ينبغي الإشكال في صحّة العقد، إلاّ- أنّ ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفه، لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه وإن لم يشعر به فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، وإلاّ توجه عدم وقوع العقد له.

الشرح:

وبتعبير آخر: اعتقاد العاقد أنّ المال للغير وقصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييده؛ لما ذكرنا من أنّ قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقه إنشاء البيع، وأما بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييده، حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنّما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحيه الغير. نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتم البيع ويصير تراضياً معاملياً له.

وبهذا يظهر أنّ الإجازة إنّما تفيد في العقود، حيث تجرى الفضوليه فيها، وأما في الإيقاعات نظير ما أعتق عبداً باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق؛ لعدم جريان الفضوليه في الإيقاعات، وأيضاً يظهر أنه لا تهافت في كلام من حكم في

المسألة بتوقف البيع على إجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال وبين حكمه ببطان العتق المزبور. وإنما يكون التهافت ممن حكم في مسأله البيع بلزومه وعدم حاجته إلى الإجازة، وفي مسأله العتق بالبطان، حيث إن مقتضى الحكم بلزوم البيع كفايه الرضا به ولو مع عدم الالتفات إلى كونه مالك المال، ومقتضى الحكم ببطان لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين: وقوفه على الإجازة، لا- لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلا- أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كافٍ. وتوضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدره قصد خلافه، وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخره وعدمه، مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجاره عن تراض.

وبالجملة، فأكثر أدله اشتراط الإجازة في الفضولى جاريه هنا. وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلا فسد العقد.

ففيه: أنه يكفي في تحقق صورته العقد القابله للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين. وقصد كونه ماله أو مال غيره مع خطأه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر ولا ينفع، ولذا بنينا على صحه العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالاً لغيره.

وأما أدله اعتبار التراضى وطيب النفس، فهي داله على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنه لغيره، والمأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. ولو فرضنا أنه أعتق عبداً عن غيره فبان أنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأه وكاله عن غيره فبان زوجته، لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة. ولو غره الغاصب فقال: «هذا عبيدى أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم التفوذ، وفاقاً للمحكي عن التحرير وحواشي

الشَّهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا ووقوفه على الإجازة، لأنَّ العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكِّ ماله مقارناً للصيغه وقعت باطله، بخلاف البيع، فلا تناقض بين حكمه بطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجه إلى الإجازة، فإنَّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النَّفس والرِّضا المعتبر في جميع إنشاءات النَّاس المتعلّقه بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النَّفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له ولم يكف مجرّد مصادفه الواقع، وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

فالحقّ: أنّ القصد إلى الإنشاء المتعلّق، بمال معيّن مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرّد الإنشاء، ثم إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرِّضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلّا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ [١]، فعقده مترلزل من حيث الحدوث لا البقاء الشّرح:

العتق عدم كفايه الرضا المزبور.

[١] يعنى: كما أنّ الإجازة في عقد الفضولي مصحّحه للعقد بحيث يتم بها استناده إلى المالك ويكون تراضياً معاملياً له كذلك استناد العقد في المقام إلى المالك، ورضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد مترلزلاً حدوداً، بخلاف موارد الخيار التي كما قوّاه بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه معللاً بقاعده نفي الضّرر، إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم توقّفه على طيب النَّفس.

وما ذكرناه من الضّرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجعٍ إلى العوض والمعوض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه إذ لا- فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله.

الشرح:

يكون البيع فيها تاماً حدوثاً ومرتزلاً بقاءً.

وبتعبير آخر: ثبوت الخيار الذي هو في حقيقته ملك فسخ العقد وإزاله بقاءه فرع حدوث البيع بأن يكون إنشاؤه واستناده إلى من يعتبر استناده إليه، ورضاه بمدلوله مفروغاً عنه، ويثبت الخيار لتضرر أحد المتعاملين باعتبار خصوصيته في أحد العوضين، ككونه معيوباً أو فيه غبن، فيكون الضرر في لزوم البيع.

وهذا بخلاف البيع في المسألة، فإنه في حدوثه غير تام؛ لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته إلى كونه مالكا للمال.

والحاصل: أنه لا وجه لما ذهب إليه صاحب «الجواهر»^(١) رحمه الله من أن البيع في هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار مرتزل بقاءً، فإن الضرر في المقام كالضرر في إجازة بيع الفضولي المعروف يكون في أصل انتقال المال عن مالكه؛ إما لجهله بأصل الانتقال كما في بيع الفضولي المعروف، أو لجهله بكون المال له كما في مفروض الكلام.

أقول: الضرر هو النقص في المال أو في غيره من العرض والنفس ونحوهما، وهو يحصل في موارد الغبن أو العيب بأصل البيع، حيث يخرج به ماله عن ملكه ومن المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر. ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفه^[١] على القول بصحة عقد الفضولي بل يجيء على القول بالبطان إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير فيتجه عنده حينئذ البطلان. ثم يغرم المثلث وإن كان جاهلاً.

الشرح:

بعوض معيوب أو بالأقل، كما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشترى المال بأكثر منه. ولو جرت قاعده اللاضرر في تلك الموارد يكون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه، ولكن الصحيح أنه لا مجرى للقاعده في موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها في البيع المزبور في المقام، ولا في البيع في مسألة بيع الفضولي المعروف؛ لما ذكرنا من عدم تمام البيع في المقام وفي مسألة بيع الفضولي باعتبار عدم استناد المعامله إلى من

ص: ٥٨

يعتبر استنادها إليه بحيث تكون تراضياً معاملياً له. وفي مورد الغبن والعيب باعتبار اشتراط السلامه أو عدم النقص في المالىه في ناحيه العوضين، ومرجع الاشتراط كما تقدم إلى جعل الخيار في صورته التخلف، وحيث لا امتنان في رفع الحكم عن البيع المجعول فيه الخيار فلا تجرى فيه قاعده نفى الضرر؛ لعدم ثقل على المكلف في وضع البيع المزبور وامضائه كما لا يخفى.

[١] يعنى: لو قيل ببطلان بيع الفضولى وعدم تمامه بإجازه المالك فلا يكون ذلك ملازماً للقول بالبطلان، وعدم تمام العقد بإجازه العاقد فيما إذا باع ماله عن الغير باعتقاد أن المال له.

نعم، لو بنى بطلان بيع الفضولى على حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير يتعين البطلان في الفرض أيضاً؛ لأنّ قبح التصرف لا يختص بصوره كون المال للغير واقعاً، بل يعم مورد التجري أيضاً.

الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له والأقوى هنا أيضاً الصّحّه ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الإجازة بمثل ما مرّ في الثالثه وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثه [١]، ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثه.

وأما القول في المُجاز:

فاستقصاؤه يكون بيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشّروط [٢] المعتره في تأثيره عدا رضا المالك، فلا يكفي إتّصاف المتعاقدين بصّحّه الإنشاء ولا إحراز سائر الشّروط الشّرح:

أقول: لا مجال لمثل المصنف رحمه الله ممن لا يرى في التجري قبحاً فعلياً، بل يلتزم فيه بالقبح الفاعلى فقط، دعوى التعميم المزبور، ولكن لو بنى الحكم ببطلان بيع الفضولى على اعتبار مقارنه طيب نفس المالك لإنشاء العقد كان اللازم الحكم بالبطلان في الفرض أيضاً باعتبار أنّ اللازم حصول طيب نفس المالك مقارناً للإنشاء بما هو مالك، وهذا غير حاصل في المقام أيضاً.

[١] الظاهر عدم توقف تمام البيع في صورته الرابعه على الإجازة؛ لأنّ الحاجه إليها إما لتصحيح استناد البيع إلى المالك، أو لرعايه رضاه بملكيه المال للطرف بإزاء

الثلث بما هو مالِك والمفروض حصول كلا الأمرين في الفرض، كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه ولو باعتقاد أنه عدوان على الغير كما لا يخفى.

[٢] إذا باع الفضولي صبره من الحنطه من زيد بمئه دينار وزيد يعلم كيل الصبره ولكن البائع لا يعلمها، وفرض ظهور مقدار الصبره و كيلها لمالكها فأجاز البيع المزبور، فظاهر ما ذكر المصنف رحمه الله في هذا الأمر عدم تمام البيع المزبور، وذلك فإن الإجازة تكون مفيدة في بيع يكون تاماً حين إنشائه من غير جهة الإجازة، ولا يكون بالنسبة إلى الأصل فقط على الكشف؛ للزومه عليه، حينئذ بل مطلقاً لتوقف تأثيره الثابت ولو على القول بالنقل عليها، وذلك لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه، وعلى أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، ولو سلم كونها جزءاً فهو جزء للمؤثر لا للعقد. فيكون جميع ما دل من النص والإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل والانتقال بالعقد.

الشرح:

البيع في الفرض كذلك باعتبار جهاله كيله وعدم تعيينه حال البيع لغير المشتري.

وبتعبير آخر: يجب حصول الشروط المعتره في المتعاقدين لكل من الأصيل والبائع فضولاً؛ ليعتبر إنشأهما، وكذا سائر الشروط في نفوذ البيع وصحته يعتبر حصولها حال إنشاء البيع، حيث إن ظاهر دليل اعتبارها حصولها في إنشاء البيع، وأدله اعتبار إجازة المالك مقتضيه لتمام البيع فيما إذا كان تاماً عند إنشائه من غير جهة رضاه وإذنه. وكما لا يخفى حصول تلك الشروط بعد الإيجاب وقبل القبول في سائر البيوع، كما إذا باع المالك متاعاً مجهولاً جنسه أو قدره للمشتري ولكن ظهر المتاع جنساً وقدرًا للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام.

بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار أن العلم بالبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام، حيث إن الإجازة لا تكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع، بل البيع كما تقدم في أول الكتاب هو الحاصل بالإيجاب والقبول، فلا تكون الإجازة مقومه لعنوان البيع عرفاً، ولو أطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومه لعنوان البيع المؤثر، أي البيع

المنتسب إلى المالك.

نعم لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفايه وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القبيل: القدره على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبره حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

الشرح:

والحاصل: لا يكفي في صحه بيع الفضولي وتمامه بالإجازة حصول الشرائط من زمان البيع بالإضافة إلى الأصيل على الكشف فقط، بأن لا- يعتبر حصولها على النقل بالإضافة إليه أيضاً، بل المعتبر حصولها مطلقاً، أي بالإضافة إلى الأصيل والبائع من زمان العقد ولو على مسلك النقل، حيث إنّ مقتضى ما تقدم أنّ كلّ مورد يتم العقد فيه بالإذن السابق يتم بالإجازة أيضاً. وأما إذا لم يكن الإذن السابق مفيداً، كما في نقص العقد من جهه سائر الشرائط، فلا تفيده الإجازة اللاحقه.

نعم، لو كان الدليل على الاشتراط مقتضاه حصول ذلك الشيء في ترتب الأثر الشرعي على البيع من غير ظهور في اعتبار حصول ذلك الشرط من حين إنشاء البيع، كقدره على التسليم، حيث إنّ اعتبارها لأجل أن لا يكون البيع غررياً كما تقدم سابقاً، فيكفي أن يحرز عند العقد حصولها في ظرف استحقاق التسليم. وكذا في إسلام مشتري المصحف أو العبد المسلم، حيث إنّ انتقالهما إلى الكافر مناف لعلو الإسلام وذل الكفر، ومجرد إنشاء الملكيه حال كفر المشتري مع إسلامه حين تمام البيع لا يكون علواً للكفر على الإسلام كما لا يخفى.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل [١] من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدّاً لا يجوز

معه التوكيل، ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

ومن هنا يظهر قوه احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود الشرح:

لا يقال: العلم بالعوذين ومقدارهما يعتبر في صحه البيع، ولكن المعتبر علم المتبايعين لا الأجنبي واستناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، وعلى ذلك فاللازم اعتبار علم المالك بمقدار المبيع والتمن ولو من زمان إنشاء البيع، لا العاقد الفضولي فإنه من الأجنبي بالإضافة إلى البيع المزبور، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله في الأمر الثاني.

فإنه يقال: الإجازة بمنزلة الإذن التفويضي في اعتبار العرف، والعاقد فضولاً وإن كان أجنبياً عن المال إلا أن مع إجازة المالك يعتبر العاقد بمنزلة المأذون المفوض لا مجرد المأذون في إجراء الإيجاب والقبول، وفي مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوذين لا المالك، كما يأتي.

[١] بأن يكون العوضان معلومين للمجيز تفصيلاً، وإذا كان عقد الفضولي بيعاً يعتبر علم المجيز بذلك البيع وإذا كان صلحاً يعتبر علمه تعيين الصلح له.

ولا يخفى أن عد ذلك من شرائط صحه الإجازة أولى من عدّه من شرائط العقد المجاز.

حتى يشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها إلا أنها في معناها، ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق [١]، مع أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حقّ العاقد، فتأمل.

الشرح:

[١] هذا استشهاد لكون الإجازة في معنى العقد، ووجهه أن شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالك يكون بعد إجازته، وشموله بعدها وعدم شموله قبلها كاشف عن كون الإجازة بمنزلة العقد.

ولكن لا يخفى ما في الاستشهاد، وذلك فإن المجيز وإن يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين، إلا أن نسبة العقد إليه بعد إجازته

ليست من جهه كون إجازته عقداً أو منزله؛ لثلا تقبل التعليق أو عدم التعيين، بل بإجازته يستند العقد الصادر سابقاً إليه كاستناده إليه بالإذن. فالذى لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقاً، وأما إجازته فليست من العقود.

وبتعبير آخر: الإجازة اللاحقة لا تزيد على الإذن السابق، وكما أنّ المالك بمجرد إذنه للغير فى بيع ماله لا يكون بائعاً ولا يعمّه ما دل على لزوم البيع ووجوب الوفاء به، بل الإذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون إليه، وذلك البيع الصادر لا يقبل التعليق أو الجهاله، كذلك الحال فى الإجازة اللاحقة.

لا يقال: لو لم تكن الإجازة من العقود فلا ريب فى أنّها إيقاع، والتعليق فى الإيقاعات أيضاً يوجب بطلانها.

فإنه يقال: مضافاً إلى عدم تمام الإجماع على بطلان كلّ إيقاع بالتعليق، بل مورده هى الإيقاعات التى لها عناوين خاصه، كالطلاق والعنق ونحوهما، أنّ الإجماع المزبور على تقدير مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد، فإنّ الإجازة تصحّ استناد العقد إلى المجيز كالإذن. وتكفى فيه الإجازة مطلقاً الثالث: المجاز، إمّا العقد [١] الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق ولا- حق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف. ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب ثمّ باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجاريه، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل.

الشرح:

وبنحو العموم، وقد تقدم أنّ الإجازة ليست بمنزله الإذن فى مجرد إنشاء العقد بأن يكون المأذون نظير الآله فى إنشاء العقد، بل بمنزله الإذن التفويضى بحيث تكون المساومه والمناقشه فى تعيين الثمن والمثمن بعنده المأذون، وفى مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن والمثمن ولا يعتبر علم المالك.

[١] المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير وإمّا العقد الواقع على عوضه، والمراد بالعوض الأعم من العوض الأوّلى لمال المالك أو العوض لعوضه، وقوله رحمه الله: «على كل منهما»، أى على كلّ تقدير يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال الأصلى

للمالك أو على عوضه، أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما، أو يكون عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أى على المال الأصلي للمالك، أو على بدله، أو باختلاف بأن يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال واللاحق على بدله أو بالعكس. ويجمع الكل، أى كلّ فروض العقد المجاز بيوع ثمانية؛ ثلاثة منها واقعه على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبداً: (الأول) بيع العبد بفرس (الثاني) بيع العبد بكتاب (الثالث) بيع العبد بدينار، واثنان منها واقعان على عوض مال المالك، أى على عوضه الأولى وهما: (الرابع) بيع الفرس بدرهم (الخامس) وبيع الدينار بجاريه. وثلاثة منها واقعه على بدل بدل المالك، وهى: (السادس) بيع الدرهم برغيف أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهى ملزمه له ولما بعده مّياً وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناءً على الكشف، وأما بناءً على النقل فيبنى على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وهى فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعنى بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز.

أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة وهو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنيّة على مسأله اشتراط ملك المجيز حين العقد. هذا حال العقود السّابقة واللاحقه على مورده، أعنى مال المجيز.

الشرح:

(السابع) وبيع الدرهم بحمار (الثامن) وبيع الرغيف بعسل. وإذا أجاز مالك العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون إجازته ملزمه له ولما بعده فيما وقع على مورده، أى فيما وقع اللاحق على عين المال الأصلي للمالك وهو بيع العبد بدينار، وهذا بناءً على الكشف ظاهر.

وأما بناءً على النقل فيبنى على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، يعنى بناءً على النقل تكون صحّه العقد اللاحق مبتنيّاً على عدم اشتراط ملك المجيز حال العقد، فإنّ المجيز له وهو بائع العبد بالدينار لم يكن مالكاً للعبد حال بيعه على هذا المسلك. وهى فسخ بالنسبة إلى ما قبله، يعنى إجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالإضافه إلى ما قبل هذا البيع وهو بيع العبد بفرس، سواءً على الكشف أو النقل، فإنّ البيع الأول لا يصحّ بالإضافه إلى مالك العبد، أى مالكة الأول.

وأما صحّه ذلك البيع الأول بالإضافه إلى من ملك العبد بإجازة مالكة الأول، فمبنى

على عدم اشتراط كون المجيز مالكاً حال العقد، والمالك الجديد هو المشتري الثالث للعبد على الكشف بلا كلام، وهو أو المشتري الثاني على النقل، وإجازه كل منهما العقد الأول، أى بيع العبد بفرس، داخل فى مسأله «من باع ثم ملك وأجاز» كما لا يخفى.

وأما العقود الواقعه على عوض مال المجيز [١]: فالسابقه على هذا العقد وهو بيع الفرس بالدرهم يتوقف لزومها على إجازه المالك الأصلي للعوض وهو الفرس. واللاحقه له أعنى بيع الدينار بجاريه تلزم بلزوم هذا العقد. وأما إجازه العقد الواقع على العوض [٢] أعنى بيع الدرهم برغيف فهى ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقه له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار.

الشرح:

[١] قد تقدم أن العقود الواقعه على عوض مال الغير خمسه؛ اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائى، وهما: بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بالجاريه، حيث إن كلا من الفرس والدينار عوض فى البيوع الجاريه على نفس العبد. وثلاثة منها جاريه على عوض مال الغير، أى على عوض عوض العبد، وهى: بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار وبيع الرغيف بعسل. فالأول من هذه البيوع وهو بيع الفرس بالدرهم، تتوقف تماميته وصحته على إجازه المالك الأصلي للفرس.

وقوله رحمه الله: «وأما العقود الواقعه على عوض مال المجيز»، من تتمه فرض إجازه المالك بيع عبده بالكتاب، فإن مع إجازته تكون صحته بيع الفرس بالدرهم موقوفاً على إجازه المالك الأصلي للفرس وبدونها لا تصح، واللاحق وهو بيع الدينار بالجاريه يكون صحيحاً بمجرد إجازه مالك العبد هذا البيع، يعنى بيع العبد بالكتاب، فإنه بناءً على اعتبار إجازته يكون بيع العبد بالدينار وبيع الدينار بالجاريه كلاهما صحيحاً.

[٢] يعنى: إجازه مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد، يعنى بيع الدرهم برغيف، صحتها ونفوذها موقوفه على دخول الدرهم فى ملك المالك الأصلي للعبد، ودخوله فى ملكه موقوف على إجازته بيع الفرس بالدرهم وبيع عبده بالفرس؛ أما الواقعه على هذا البديل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعه على المعوض ابتداءً.

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعدده مترتبه على مال المجيز. فإن وقعت من أشخاص متعدده كان إجازته وسط منها فسخاً لما قبله و إجازته لما بعده على الكشف. وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر [١].

الشرح:

ولذا قال رحمه الله: فهي ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك، أعني بيع العبد بالفرس، أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم. كما أنها ملزمه للعقود اللاحقه على تقدير جريان اللاحق على المعوض، أي على المعوض في بيع الدرهم برغيف وهو بيع الدرهم بالحمار، فإن الإجازة المزبوره تكون كاشفه عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار.

وأما العقد اللاحق الجاري على العوض في ذلك العقد المجاز، أي بيع الرغيف بالعسل، فصحته موقوفه على إجازة المجيز له مستقلاً، وهذا هو المراد من قوله رحمه الله: «وأما الواقعه على هذا البديل المجاز»، أي بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعه على المعوض ابتداءً.

[١] يعني: لو وقعت البيوع المتعدده من شخص واحد بأن يقع العوض في كل بيع معوضاً في بيعه الآخر، كما فرضنا أن البائع فضولاً باع العبد المزبور كونه للغير بالفرس أولاً وباع الفرس بالدرهم ثانياً وباع الدرهم بالرغيف ثالثاً وباع الرغيف بالعسل رابعاً، فإن إجازة أي من البيوع الأربعة تكون إجازة له ولما قبله لا البيع الذي بعده، وهذا هو المراد من ترامي الأثمان بأن يقع الثمن في كل بيع مثنياً في بيعه الآخر الصادر عن واحد، كما في المثال.

وقد يقال: إنه كيف يجوز للمالك إجازة العقد الجاري على بدل ماله، وكيف ولعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح والدروس في حكم ترتب العقود: من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس؛ فإن العقود المترتبه على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعدده. وأما العقود المترتبه الشرح:

تكون إجازته ملزمه للعقود الجارية على عين ماله أو بدله، فإن بيع الدرهم بالرغيف مثلاً أجنبي عن مالك العبد فكيف يجوز له إجازته، بل يتعين إجازة بيع العبد بالفرس أولاً، ثم إجازة بيع الفرس بالدرهم ثم إجازة بيع الدرهم بالرغيف. ودعوى أن

إجازه بيع الدرهم بالرغيف مستلزمه لإجازه البيوع السابقه أو أنها بنفسها إجازه للعقود السابقه فاسدٌ، فإن المفروض أنّ الإجازه تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف، ولو كانت هذه إجازه للعقد السابق لصحّ السابق دون اللاحق.

وأما الاستلزام فالأمر في دعواه أفسد؛ لأنّ إجازه بيع الدرهم بالرغيف فعل اختياري له مبادٍ، وإجازه بيع العبد بالفرس فعل اختياري آخر يكون له مبادٍ، ولا يعقل أن يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزماً لفعل اختياري آخر. نعم، إجازه اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه، ولكن الرضا لا يكفي في إجازه العقد كما تقدم.

أقول: يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار والواهب، فإنهم ذكروا أنّ بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق وكذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع في الهبه، مع أنّ كلاً من البيع والفسخ والرجوع كالأجازه فعل اختياري، وحلّه بأنّ إرادته أحد الفعلين موجباً لانقداح إرادته الفعل الآخر، كما في إرادته ذى المقدمه بالإضافة إلى الفعل الآخر الذى هو مقدمه له. والفسخ والرجوع مقدمه لبيع ذى الخيار والواهب، كما أنّ إجازه العقد السابق مقدمه للعقد اللاحق، وبما أنّ كلاً من الفسخ والرجوع والإجازه كالتملك من الأمور الإنشائية وتحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتباري الموقوف على الأمر الاعتباري الأول إبرازاً للأمر الأول أيضاً.

على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى [١] مراراً، لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتبه على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا: أمّا الواقعه على هذا البديل المجاز... الخ، بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعدده. كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانيان.

وقد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأول له، بل العوض ولو بواسطه.

ثمّ إنّ هنا إشكالاً في شمول الحكم [٢] بجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد. وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشى المنسوبه إليه.

الشرح:

وأيضاً ما تقدم من عدم كفايه الرضا فى خروج العقد عن الفضوليّه هو مجرد الرضا الباطنى من دون إظهاره، وفى المقام إجازه العقد الجارى على البديل يكون مبرزاً للرضا

بالبیوع السابقه أيضاً كما لا يخفى.

[١] یعنی: ليس مرادهما (١) أنّ يعقد أشخاص على الثمن الشخصى بأن يشتري الفضولى ثوباً بعشره دنانير وباع الآخر تلك العشره بمئه درهم وباع الثالث تلك العشره بمئتي درهم، فإنّ حكم وقوع البيوع المتعدده من أشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعدده من أشخاص الواقعه على المفروض كونه للغير فى أنّ إجازة السابق من البيوع يكون موجباً لصحة اللاحق على الكشف.

[٢] یعنی: ما تقدم من أنّ للمالك إجازة أى من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه إشكال فيما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولاً مع علمه بالحال.

فقال الأول [١] فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع، ولو بقى ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، ومن أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره عن المالك. فإذا أجاز جرى مجرى الضيادر عنه، انتهى.

الشرح:

أقول: لو تم الإشكال لكان مقتضاه عدم صحة إجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور إلى البائع فضولاً مع العلم بالحال، وكذا لا يصح إجازة العقد الجارى على عين ماله بذلك العوض، وأما العقود الجارية على عين ماله بغير ذلك العوض من الأثمان المختلفه ممن وصلت تلك الأعيان إلى أيديهم فلا بأس بإجازتها.

[١] یعنی: قال قطب الدين (٢) فى توضيح الإشكال الذى أشار إليه العلامة فى قواعده (٣): إن المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن إلى البائع الغاصب تسليطاً له على الثمن، ولو تلف ذلك الثمن فى يد البائع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع إليه؛ لعدم الضمان فى مورد تسليط الغير على ماله مجاناً، وفى جواز رجوعه إليه مع بقائه

ص: ٦٨

١- (١) یعنی مراد صاحب الإيضاح ١ : ٤١٨ ، وصاحب الدروس ٣ : ١٩٣ ، وحكى عنهما المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤ : ٧٠ ، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٩١ ، وغيرهما .

٢- (٢) لا يوجد لدينا كتابه، وحكاها عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٩٢ .

٣- (٣) القواعد ١ : ١٢٤ .

وجهان. وعلى أى حال فلا تنفذ إجازته مالك المبيع فى الثمن المزبور فيما إذا تلف بفعل المسلط بالفتح يعنى بفعل البائع فضولاً، كما إذا دفع هذا البائع ذلك الثمن عوضاً لمتاع اشتراه، وهذا وجه عدم نفوذ إجازته مالك المبيع فى الثمن المزبور.

وأما وجه نفوذها أنّ الثمن قبل دفعه إلى البائع الغاصب قد جعل عوضاً للعين المملوكة للغير وعدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضاً لها؛ لأجل عدم صدور البيع عن وقال فى محكّى الحواشى: إنّ المشتري مع علمه بالغصب [١] يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل فى ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا- يتصوّر نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع وإن أمكن إجازته البيع، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً، لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه فلا- يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة فى جعله ثمناً، فصار الإشكال فى صحّحه البيع وفى التسبّع. ثمّ قال: إنّهُ يلزم من القول ببطلان التسبّع بطلان إجازته البيع فى المبيع، لاستحاله كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال فى صحّحه العقد كان صحيحاً أيضاً، انتهى.

الشرح:

ذلك الغير، وإذا أجاز تكون إجازته بمنزله صدور البيع عنه فيكون الثمن المزبور عوضاً.

أقول: ما فى كلامه رحمه الله من أنّ فى رجوع المشتري إلى الثمن مع بقائه ضعيفٌ لوجهين، بل لا- ينبغى الإشكال فى جواز رجوعه إليه، فإن دفعه إليه مع علمه بالحال إما تمليكك مجانى أو إباحه مالكيه، ولا كلام فى جواز الرجوع فى الهبه المجانيه والإباحه المالكيه.

[١] حاصل ما ذكر الشهيد رحمه الله (١) أنه لا يصلح لمالك المبيع إجازته العقد الجارى على الثمن، بل لا يصحّ له إجازته العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن، وذلك فإنّ دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن إلى البائع الغاصب تسليط للغاصب على الثمن المزبور وإذن له فى إتلافه، وإذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعاً يكون اشتراؤه إتلافاً

ص: ٦٩

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرايه هذا الإشكال إلى صحّحه عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

والمحكى عن الإيضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز والعدم: الإشكال في الكشف والنقل.

قال في محكى الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود ورعايه مصلحته والربح في سلسلتى الثمن والمثمن، وأما إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أنّ المشتري إذا رجع عليه بالسّيلة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنّه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب، والمالك قبل الإجازة لم يملك الثمن، لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الشرح:

لثمن على المشتري الأول فيملك الغاصب المتاع الذى اشتراه بذلك الثمن. ولا تنفذ إجازة المالك في الثمن؛ لصيرورته ملكاً لبائع المتاع قبلها، بل لا تنفذ إجازته في بيع ماله بذلك الثمن فضولاً باعتبار أنّ الثمن المزبور كان كالمال المأذون في إتلافه فلا تؤثر فيه الإجازة بعد صيرورته ملكاً لآخر. ولو نفذت إجازة العقد الجارى على ماله بذلك الثمن يكون المبيع بلا عوض، فيكون الإشكال في صحّحه العقد المترتب على الثمن وفي صحّحه العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن.

أقول: لا وجه للإشكال أصلاً، سواء على الكشف أو على النقل، بل على كلّ منهما يجوز لمالك المبيع إجازة العقد الجارى على عين ماله أو بدله، وذلك فإنّ دفع المشتري العالم بالحال الثمن إلى البائع فضولاً ليس فيه إنشاء آخر ليكون ذلك الإنشاء من الهبة مجاناً أو إباحة ماله، بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد، حيث إنّ الملك بغير مالك، وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أى الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له، وليس للمالك أخذه لأنّه ملك الغاصب. وعلى القول بأنّ إجازة المالك كاشفه، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال: لمالك العين حقّ تعلق بالثمن [١] فإنّ له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقّه

مقدم على حق الغاصب، لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشققها عليه، والمالك بأجود الأحوال، ثم قال: والأصح عندي أنه مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، ومع التلف ليس له الرجوع به. انتهى كلامه رحمه الله .

وظاهر كلامه رحمه الله : أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، وهذا هو المتجه، إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب والشهيد رحمهما الله: بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده، بناءً على ما نقل من الأصحاب.

الشرح:

الغاصب كما يبيع مال الغير لنفسه بعد البناء على كونه مالكاً وهذا البناء مصحح لحصول عنوان البيع كذلك المشتري العالم بالحال يدفع الثمن إليه باعتباره أيضاً مالكاً للمبيع، وبما أن هذا البناء غير ممضى شرعاً فلا يجوز للبائع المزبور التصرف في الثمن.

[١] كأن مراده (١) أنه بناءً على مسلك النقل أيضاً يحتمل تقديم إجازة المالك نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأن إجازة مالك المبيع له موقوفه على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجنبى عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصوره التلف وعدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

وما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق وأنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناءً على النقل، لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز، والتسليط المتأخر عنه علة تامه لتملك الغاصب، فكيف

ص: ٧١

يَكُونُ حَقُّ الْمَجِيزِ أَسْبَقُ؟

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ حكم الأَصحابِ بِعدمِ استردادِ الثَّمَنِ، لعلَّه لأجلِ التَّسْلِيْطِ المِراعى بِعدمِ إجازته مالِكِ المِبيِعِ، لا لأنَّ نفسَ التَّسْلِيْطِ علَّه تامَّه لاستحقاقِ الغاصبِ على تَقْدِيرِ الرَّدِّ والإِجازة، وحيث إنَّ حكمهم هذا مخالفٌ للقواعدِ الشَّرْحِ:

لتعلُّقِ حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجاناً، وهذا الاحتمال كما يذكر المصنف رحمه الله ضعيف، فإنَّ تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شيء، بخلاف تملك المالك المجيز فإنه موقوف على بقاء ذلك الثمن في ملك المشتري إلى حين إجازته، وهذا غير حاصل في الفرض.

وأضف إلى ذلك أنه لا- حق للمالك المجيز في الثمن أصلاً، فإنَّ الحقَّ بمعنى الملك غير ثابت وبمعنى غيره غير معهود، وقد تقدم أن جواز إجازته المالك من أحكام الملك شرعاً لا من الحقِّ في عقد الفضولي فضلاً عن الثمن المقرر فيه.

الدَّالَّة على عدم حصول الانتقال بمجرد التَّسْلِيْطِ المتفرِّع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التَّسْلِيْطِ على تقدير عدم الإجازة، فافهم [١].

شُرَايِطُ الْعَقْدِ الْمُجَازِ

مَسْأَلُهُ فِي أَحْكَامِ الرَّدِّ:

لا يتحقَّقُ الرَّدُّ قولاً إلاَّ بقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك ممَّا هو صريح في الرَّدِّ [١] لأصالة بقاء اللزوم [٢] من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلِّ فعلٍ مخرجٍ له عن ملكه [٣] بالنقل أو بالإتلاف وشبههما، كالتحقُّ الشَّرْحِ:

[١] لعله إشارته إلى أنَّ حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعبدى ليؤخذ به في مورد اليقين، بل تعليلهم ذلك الحكم بأنَّ دفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب مع علمه بالحال تسليط له على ذلك الثمن، مقتضاه كونه للتخلف على قاعده التسليط.

[١] بل يكفي ما يكون ظاهراً في الرَّدِّ؛ لأنَّ اعتبار الظهور يعم المقام، بل يأتي كفايه دلالة الفعل ولا يختص الاعتبار باللفظ.

[٢] لا- يخفى أنَّ رجوع الوفاء بالعقد بالإضافة إلى الأصيل كما تقدم سابقاً غير ثابت ليستصحب، وعلى تقديره فاستصحابه لا يثبت إضافته العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير

استصحاب بقاء وجوب الصلاه وإثبات عدم خروج وقتها، بل ما نحن فيه من قبيل ما إذا قبل القابل الإيجاب في زمان يحتمل إلغاء الموجب إيجابه بالشبهه الحكميه أو الموضوعيه فإن المتيقن في مثله الحكم ببقاء الإيجاب وضّمه إلى القبول المحرز بالوجدان ويثبت البيع بذلك. فإن ترتّب البيع المضاف إلى المالكين على الإيجاب والقبول شبيه بترتب المسبب الجعلي على السبب، حيث يمكن فيه إثبات جزء السبب بالوجدان والجزء الآخر بالأصل.

[٣] يعنى: يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجاً للمال عن ملك والبيع والهبة والتزويج [١] ونحو ذلك والوجه في ذلك: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مفوّت لمحلّ الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

الشرح:

المجيز، والخروج يكون بالنقل والإتلاف وشبههما كالعقق والنكاح، ولكن لا يخفى أنّ مجرد هذه التصرفات لا تكون ردّاً للعقد السابق بمعنى إلغائه، بل لا يكون معها العقد السابق قابلاً للإجازة.

نعم، إذا قصد بها إلغاءه تكون ردّاً كسائر الأفعال المراد بها رده.

والحاصل: عدم قابلية العقد للإجازة بمجرد تلك التصرفات ليس لكونها ردّاً فعلياً للعقد السابق، بل إنها مخرجه للعقد عن قابلية لحق الإجازة؛ ولذا لا تبقى معه للإجازة مورد حتّى بناءً على عدم اشتراط الإجازة بعدم مسبقيتها للردّ كما لا يخفى.

[١] كما إذا زوج غير الولى والوكيل المرأه من رجل ثم زوجت نفسها من آخر، فإنّه مع التزويج الثانى لا يبقى مورد لإجازتها النكاح الأول، والظاهر أنّ التزويج كالعقق مثال لشبه النقل والإتلاف، والوجه في عدم بقاء مورد للإجازة معها هو أنّ مثل هذه التصرفات من المالك صحيحه؛ لوقوعها في زمان كان مالكاً. وإذا صحّت فلا يبقى مجال لإجازة عقد الفضولى؛ لفوات مورد الإجازة، فإنّ الإجازة تؤثّر فيما إذا كان المجيز مالكاً للمال لولا إجازته، والمفروض مع التصرفات المزبوره خروج المال عن ملكه قبل إجازته وصيرورته أجنبيّاً بالإضافة إلى المال المزبور.

وبهذا يظهر نفوذ تلك التصرفات وعدم صحّحه الإجازة حتّى على الكشف الحقيقى، فإنه يعتبر فيها أيضاً أن يكون المجيز مالكاً لولا إجازته.

والحاصل: أنّ مع شمول خطابات الصحّحه والنفوذ للتصرفات المزبوره لا يبقى

مورد فى العقد السابق؛ لعموم وجوب الوفاء وحل البيع ونحوه كما لا يخفى.

وأما التصرف الغير المخرج عن الملك [١] كاستيلاء الجاربه وإجاره الدار وتزويج الأمه فهو وإن لم يخرج الملك عن قابليه وقوع الإجازة عليه. إلا أنه مخرج له عن قابليه وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن صحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، وإذا فرض وقوعها صحيحه منعت عن وقوع الإجازة.

والحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحه، مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بد من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول.

الشرح:

[١] إذا لم يكن تصرف المالك موجباً لخروج المال عن ملكه ولكن تكون صحته منافية لنفوذ الإجازة كان التصرف المزبور كالتصرف الموجب لخروج المال عن ملكه فى كونه مفوتاً لمورد الإجازة، كاستيلاء المالك أمته التى بيعت فضولاً أو إجارته الدار التى بيعت فضولاً أو تزويجه أمته التى بيعت فضولاً، والوجه فى كونها أيضاً مفوته لمورد الإجازة أن نفوذ الإجازة مع صحه تلك التصرفات غير ممكن. وإذا فرضت صحه تلك التصرفات باعتبار وقوعها فى ملكه فيمتنع وقوع الآخر، يعنى إجازة العقد فضولاً أو أن يكون الآخر، يعنى الإجازة تكون مبطله لتلك التصرفات، أو أن يقع الآخر، يعنى الإجازة، على غير وجهها بأن يكون انتقال المبيع إلى المشتري فى العقد فضولاً. بعد انقضاء مده الإجازة، أو انتقاله إليه خالياً عن المنفعه التى وقعت مورد التمليك فى الإجاره. وحيث إن إبطال الإجازة تلك التصرفات أو وقوع الإجازة على غير نحو الكشف عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين العقد غير ممكن فيتعين الأول، يعنى كون الإجازة فاسده.

نعم، إذا انتفع المالك بماله بالسكنى أو باللبس ونحوهما فلا ينافى ذلك نفوذ الإجازة بنحو الكشف، غايه الأمر يثبت على المالك بعد إجازته أجره المثل للمشتري وبالجملة: كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر من حين العقد، فوقعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس كان عليه أجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الإطّلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونها. لأنّ التنافى بينهما واقعى. ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابليته للتأثير من حين العقد [١] فى الإجازة، ولذا صحّ جماعه كما تقدّم إجازة المالك الجديد فى من باع شيئاً. ثمّ ملكه. مدفوعه: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثّره من حينه.

الشرح:

باعتبار أنه قد فوّت عليه المنفعة بسكناه أو لبسه.

[١] لو تمّت هذه الدعوى لكانت نتيجهتها صحّحه الإجازة مع التصرفات التى لا تخرج العين عن ملك مالكةا، وصحّحه الإجازة عباره عن كونها موجهه لانتقال المبيع مثلاً إلى المشتري بعد انقضاء مدّه الإجاره حتّى لو قيل بأنّ مدلول العقد هو النقل من حين العقد وأنّ الإجازة تتعلق بهذا المدلول، ولكن تأثيرها فى النقل يكون من زمان كونه قابلاً وهو فى الفرض زمان انقضاء الإجاره.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنّ نفوذ الإجازة على الوجه المذكور بأن يكون الانتقال من زمان انقضاء الإجاره خلاف إجماع أهل الكشف فإنّهم يلتزمون بأنّ الإجازة تكون كاشفه عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالكةاً حال العقد، وبما أنّ المجيز فى الفرض مالك حال العقد فلا بد من كون إجازته كاشفه عن النقل والانتقال من حين العقد، ولازم ذلك عدم إمكان الإجازة مع صحّحه التصرفات المزبوره.

نعم، لو قلنا بأنّ الإجازة كاشفه بالكشف الحقيقى [١] الرّاجع إلى كون المؤثّر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبيّته على الظاهر وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هى وتصحّ الإجازة.

الشرح:

أقول: الظاهر التفصيل فى المقام، وهو أنه لا يصحّ الإجازة بعد استيلاء الأمه المبتاعه فضولاً؛ لما تقدم سابقاً من أنّ استناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، سواءً على النقل أو الكشف، وعليه فإجازة المالك بيع أمته بعد استيلادها بيع لأم الولد فلا يصحّ، كما هو مقتضى النهى عن بيع أمهات الأولاد الظاهر فى الإرشاد إلى فساد بيعهن.

وأما إجازة بيع الدار بعد إجارته فلا بأس بها، فإنّ الفرض لا يزيد عما إذا آجر

المالك داره سنه مثلاً ثم باعها من آخر، فإنه تصحّ الإجاره والبيع معاً، غايه الأمر مع جهل مشتري الدار بالإجاره يثبت له خيار الفسخ باعتبار أنّ نقص منفعتها ولو بالإجاره عيب، ويثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل إجاره بيعها.

وبهذا يظهر الحال في إجاره بيع الأمه التي زوّجها سيدها قبل إجاره بيعها وأنه يصحّ البيع والتزويج معاً، غايه الأمر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار أنّ التزويج في الأمه عيب.

[١] لا يقال: لو صحّ هذا الكلام بأن كانت إجاره المالك كاشفه في حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً بحيث يكون استيلاء الأمه بعده واقعاً على غير ملكه لجرى ذلك في القسم الأول من الأفعال أيضاً بأن تكون إجاره المالك كاشفه عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً، فلا يكون العتق والنقل والهبة أو التزويج ونحو ذلك نافذاً؛ لوقوعها في ملك الغير واقعاً.

فإنه يقال: فرق بين هذا القسم والتصرفات السابقه، فإنّ مع تلك التصرفات بقى الكلام في التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد [١] كتعريض المبيع للبيع، والبيع الفاسد، وهذا أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وإمّا أن يقع في حال عدم الالتفات.

الشرح:

ونفوذها لا يكون المجيز مالاً لتنفيذ إجازته، فإنّ من شرط الإجاره وقوعها عن المالك لولا الإجاره، بخلاف مثل الاستيلاء وإجاره البيت أو تزويج الأمه المملوكه فإنّ هذه التصرفات لا ينتفى ملك المالك بها حتّى لا تنفذ إجازته.

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الإجاره كاشفه محضاً أو كون لحوقها بالعقد شرطاً، فإنّ الكاشف إجاره المالك لولا الإجاره كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في نفوذ الإجاره بعد تصرف المالك في ماله تصرفاً لا يمنع عن ملك المشتري من حين عقد الفضولي، كتعريض المالك المال للبيع بعد وقوع العقد عليه فضولاً أو إيقاع البيع الفاسد عليه بعد العقد فضولاً.

وذكر رحمه الله أنّ مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفات المالك إلى تعلق العقد

فضولاً بماله تكون ردّاً، وفيما لم يكن ملتفتاً إلى تعلق العقد بماله فلا ردّ ويجوز إجازته بعدها. واستشهد على كونها مع الالتفات المزبور ردّاً بوجه:

الأول: انطباق عنوان الردّ الوارد في بعض الروايات عليها، مثل ما ورد في تزويج العبد بغير إذن مولاه، وفي موثقه زراره: «ذلك لمولاه إن شاء فزق بينهما وإن شاء أجاز»^(١)، أو من زوجته أمّه وهو غائب من قوله عليه السلام: «إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك»^(٢).

أمّا الأول، فهو ردّ فعلى للعقد، والدليل على إلحاقه بالردّ القولي مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمه بغير إذن مولاه. وما ورد في من زوجته أمّه وهو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل وإن شاء ترك»، إلاّ أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له التّرك، فلا تعرّض فيه لكيفيته: أنّ المانع من صحّحه الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزله أحد طرفي العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، كالوطء والبيع والعق، فإنّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها حتّى تصادف الملك.

وكيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثّر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المترلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

الشرح:

ولكن أورد رحمه الله على هذا الوجه بأنّ مدلول الروايه أنّ للمجيز ترك عقده الفضولي، وأما كيفية تركه وأنه إذا تركه يكون كالردّ القولي بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفي العقد وأنه لا تنفعه إجازته بعد ذلك فلا دلاله للروايه عليه.

الوجه الثاني: أنّ الردّ اللفظي كان موجباً لخروج المجيز عن صلاحية كونه أحد طرفي العقد، وهذا المانع موجود في الردّ الفعلي أيضاً، بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الردّ فعلاً وردّ ذلك العقد قولاً في الخروج المزبور.

ص: ٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٨٠، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣.

والوجه الثالث: فحوى حصول الفسخ في العقد الخيارى بالفعل كوطئ البائع الأمه التي باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره، فإن حصول الفسخ بمثل هذه الأفعال باعتبار دلالتها على حل ذى الخيار العقد، وإذا اعتبر دلاله الفعل على حل وأما الثانى وهو ما يقع فى حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالاته على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقه، ولا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذى جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

الشرح:

العقد وإزالته الذى هو فى الحقيقه رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالاته على إلغاء العقد المتزلزل من حيث الحدوث.

أقول: مجرد التفات المالك إلى العقد فضولاً-لا-يوجب كون مثل تعريض ذلك المال للبيع ردّاً للعقد السابق فضولاً، لإمكان كون التعريض لاحتمال أن يباع المال بأزيد من الثمن فى عقد الفضولى وكان من قصده إجازة ذلك البيع مع عدم وجدان من يشتريه بالأزيد.

والحاصل: أنه لا بد فى إنشاء الرد قصده، ومجرد الالتفات إلى وقوع العقد لا يلزم قصده، والحكم بحصول الفسخ فى مثل وطئ البائع الأمه التي باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهرى مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح، وحصول الفسخ واقعاً موقوف على قصد البائع وإنشائه بالفعل، وهذا الكلام لا يجرى فى مثل تعريض المال للبيع أو إجراء العقد الفاسد، فإنه لا مجال فى مثلها لأصالة الصحه، فيكون الحكم بالردّ بذلك موقوفاً على قرينه داله على قصده إنشاء الردّ كما لا يخفى.

هذا كله مع الالتفات إلى العقد فضولاً، وأما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل ردّاً إلا أن يقوم دليل خاص على كون الفعل ردّاً كما فى الرجوع فى عدّه الطلاق، وذلك لما أشرنا إليه مراراً من أن الردّ كالإجازة من الإنشائيات وهى لا تحصل بدون القصد.

نعم، لو ثبت كفايه ذلك فى العقود الجائزه كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسأله محلّ إشكال، بل الإشكال فى كفايه سابقه أيضاً،

فإنَّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتِّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلِّقها جاهلاً بفساده، وقرره في الإيضاح وجامع المقاصد على الإشكال.

والحاصل: أنَّ المتيقِّن من الرَّد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا- يصحَّ وقوعها على وجه يؤثِّر من حين العقد. وأمَّا الرَّد الفعلي وهو الفعل المنشأ به مفهوم الرَّد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

وأما مجرَّد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقُّق مفهوم الرَّد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل. وفي حكم ما ذكرنا: الوكالة والوصاية [١] ولكنَّ الاكتفاء فيهما بالرَّد الفعلي أوضح. وأمَّا الفسخ في العقود الجائزه بالذات أو الخيار. فهو منحصر باللفظ أو الرَّد الفعلي. وأمَّا فعل ما لا يجمع صحَّه العقد كالوطء والعرق والبيع فالظاهر أنَّ الفسخ بها من باب تحقُّق القصد قبلها لا لمنافاتها لبقاء العقد، لأنَّ مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه وتمام الكلام في محلّه.

ثمَّ إنَّ الرَّد إنَّما يثمر في عدم صحَّه الإجازة بعده. وأمَّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا- يتوقَّف على الرَّد بل يكفي فيه عدم الإجازة، الشرح:

[١] يعنى: لا يحصل فسخ الوكالة والوصاية بمجرد إرادته الفعل المنافي؛ لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما. نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع؛ للزوم البيع في نفسه، وهما من العقود الجائزه والأمر في فسخها وإنشائها أهون.

والظاهر أنَّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّله على إرادته منه، لا- مطلق الأخذ، لأنَّه أعمّ، ولذا ذكروا أنَّ الرجوع في الهبة لا يتحقَّق به.

مسأله: لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو [١] وإلاّ فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقائه. ويرجع بمنافعه المستوفاه وغيرها على الخلاف المتقدّم في البيع الفاسد ومع التّلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التّلف أو بأعلى الشرح:

[١] وحاصله: أنه لا موضوع لرجوع المالك إلى غيره مع عدم إجازته العقد فيما إذا كان

المبيع بيده، وأما مع كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه، ولو استوفى الغير من منافعه يرجع إليه ببديل تلك المنفعة أيضاً، كما هو مقتضى قاعده إتلاف مال الغير، بل له الرجوع إلى بديل غير المستوفاه على خلاف تقدم في البحث عن أحكام بيع الفاسد. هذا مع بقاء المبيع.

وأما مع تلفه فيرجع المالك إلى من تلف بيده فيأخذ منه قيمه يوم تلفه على قول وأعلى القيم من يوم ضمانه إلى يوم تلفه على قول آخر. ولو كانت الزيادة في يد أحد الشخصين الذين جرى يدهما على المبيع، كما إذا نقصت قيمته بعد وقوعه بيد الآخر، فيختص الأول بالرجوع إليه بتلك الزيادة باعتبار عدم اشتغال ذمه الآخر بتلك القيمة في زمان، حيث لم يجر يده على المبيع في زمانها على الفرض.

أقول: لا- يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهره رحمه الله، بل له الرجوع إلى كل من يجرى يده على المبيع وإن تلف في يد غيره، كما هو مقتضى ضمان اليد، ويكون رجوع المالك إليه بإلزامه بأخذ المبيع من الغير ورده عليه. نعم، لا- يبعد أن لا- يكون للمالك الرجوع إليه بأخذ قيمه المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع وتمكن المالك على أخذه ممن يكون بيده، كما أنّ للمالك مع تلفه الرجوع إلى كل من جرت يده على المبيع، غايه الأمر لو رجع إلى من تلف بيده فلا يرجع ذلك إلى القيم من زمان وقع في يده. ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة قيمه عنده، ثمّ نقصت عند الأخير، اختصّ السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعه في الأيدي المتعاقبه. هذا كلّ حكم المالك مع المشتري. وأما حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخرى في ما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان:

الشرح:

غيره. بخلاف ما لو رجع المالك إلى غيره فإن الغير مع دفع قيمه المبيع إلى المالك يرجع إلى من تلف في يده فيأخذ قيمته منه، وذلك لما ذكرنا موضوعه في أحكام بيع الفاسد من أنّ الضامن بدفعه البديل يملك التالف، فإن كان تلف المال بيده فلا موجب لرجوعه إلى غيره؛ لأنه قد تسلم المبيع سابقاً منه.

وأما إذا كان تلفه بيد غيره فإن له الرجوع بما ملكه بدفع البديل إلى كل من جرت يده على المال المزبور بعده إلى أن يستقر الضمان على من تلفت بيده.

ثم إنه قد تقدم سابقاً أنّ المستفاد من صحيحه أبي ولاد(1) أنّ المعيار في الضمان بقيمه يوم حدوث الضمان، وعليه فإن رجوع المالك إلى من تلف المال بيده وأخذ منه قيمه يوم دخوله في ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن إلى غيره، وإن رجع المالك إلى غيره وأخذ قيمه العين منه يوم دخولها في ضمانه يرجع ذلك الغارم إلى من تلف المال بيده بقيمه العين يوم دخولها في ضمان من تلف المال بيده، سواء كانت أقل مما دفعها إلى المالك أو أكثر، كذا الحال بالإضافة إلى منافعها.

ولو كانت العين فاقده لوصف في يد الضامن الأول ثم صار موصوفاً به في يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع إلى الضامن الأول ببديل ذلك الوصف، حيث لم الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقياً أو تالفاً ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا [1] لأن اعترافه مبني على ظاهر يده.

الشرح:

يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامناً بالإضافة إليه. ولا يقاس الوصف بالمنافع، حيث إن المنفعة وهي قابلية العين للانتفاع بها، أمر فعلى مأخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى.

[1] إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع مبنياً على قاعده اليد القاضيه بأن المبيع كان ملكاً له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبينه أو حتى حكم الحاكم ينتفى الاعتراف المزبور، كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الأخذ بظاهر اليد، وإذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع؛ لاعتقاده بأن المبيع للبائع حتى بعد علمه بقيام البينه على أنه للغير لا- للبائع، فلا يجوز له الرجوع إلى البائع بالثمن حتى مع أخذ الغير المبيع من يده بالمرافعه مع البائع أو معه عند الحاكم؛ لأن أخذ الغير باعتقاده ظلم وإضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع. وإذا لم يعلم حال اعتراف المشتري، كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبني على يد البائع للمبيع أو أنه يعلم بأن المبيع له، فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره؛ ليحكم بأن الثمن ملك للبائع وليس للمشتري الرجوع به إليه، أو يقدم ظاهر الحال وأن اعترافه مبني على قاعده اليد؟ لم

ص: ٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث الأول .

يذكر المصنف رحمه الله ترجيح أحد الوجهين على الآخر، وربما يذكر أنّ اعتراف المشتري يحتمل على كونه مبنياً على قاعده اليد لا للأخذ بظاهر الحال، فإنّ الظهور ليس ظهوراً لفظياً ليكون معتبراً. وظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً، بل لأنّ البيّنه القائمه على كون المبيع للغير بالدلاله الالتزاميه تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري، ودليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها في الدلاله المطابقه نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنه لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالتة على الواقع وجهان. وإن كان عالماً بالفضوليه [١]، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفقاً للشرح: كذلك يدل على اعتبارها في الدلاله الالتزاميه.

نعم، لو أحرز أنّ الاعتراف من المشتري كان مطلقاً يكون موجباً لإلغاء تلك الدلاله الالتزاميه باعتبار أنه لا مجال للبيّنه مع الإقرار على نفسه بخلافها، وأنه يقدم الاعتراف عليها.

أقول: الظاهر أنّ الأمر بالعكس، فإنّ ظهور الاعتراف هو الإخبار عن الواقع، ومقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتّى مع البيّنه هو طرح البيّنه في دلالتها الالتزاميه؛ لأنّه لا اعتبار للبيّنه مع الاعتراف، كما هو المقرر في باب القضاء.

نعم، إذا أحرز أنّ الاعتراف مبنى على قاعده اليد التي لا مجال لها مع البيّنه الكاشفه عن الواقع لا يكون في البيّنه اعتراف؛ ليكون موجباً لإلغاء البيّنه.

هذا، مع أنه لا يلزم أنّ يكون حكم الحاكم بأن المبيع للغير بالبيّنه، بل يمكن كونه لليمين المردوده من البائع، ومعه لا يكون في البيّنه تلك الدلاله الالتزاميه.

[١] يقع الكلام فيما إذا كان المشتري عالماً بعدم ملك البائع للمبيع ومع ذلك قد دفع الثمن إليه في جهات:

الأولى: في جواز رجوعه إلى البائع بذلك الثمن مع بقاءه.

الثانيه: في جواز تصرف البائع في ذلك الثمن.

الثالثه: في جواز رجوع المشتري إلى البائع بذلك الثمن مع تلفه. وذكر للعلامه وولده والشّهيدين والمحقّق الثّاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه

شرعاً، ومجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأنّ الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإنّ تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الاجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير فيمتنع تحقّق الاجازة، فتأمل.

الشرح:

المصنف رحمه الله في الجبهه الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقاً للعلامة (١) وولده (٢) والشهيد (٣) والمحقق الثاني (٤)؛ لوجوه ثلاثه:

الأول: أنه ليس في البين ما يكون موجباً لدخول الثمن في ملك البائع المزبور.

الثاني: أنه لو كان مجرد دفع المشتري الثمن إلى البائع المزبور مع علمه بعدم ملكه موجباً لانتقال ذلك الثمن إليه لزم القول بدخول الثمن في ملك البائع في جميع الموارد التي يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع، مع علمه بفساد البيع ولو كان فساده من سائر الجهات غير عدم ملك البائع؛ لأنّ تسليط البائع على الثمن مجاناً مع علمه بعدم ملكه جار في جميعها.

والثالث: أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع المزبور موجباً لملكه لزم عدم كون العقد قابلاً لإجازة المالك؛ لأنّ المفروض عدم بقاء الثمن في ملك المشتري ليكون بإجازة المالك ملكاً له.

أقول: ما ذكر رحمه الله أولاً من أنه ليس في البين ما يوجب انتقال الثمن إلى البائع وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم، لأنه أكل مالٍ بالباطل.

الشرح:

الفضولي صحيح، ولكن لو فرض انتقاله إليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التي يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين، كما هو الفرض.

وما ذكر ثانياً: من أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع الفضولي موجباً لدخوله في ملكه

ص: ٨٣

١- (١) القواعد ١: ١٢٤، والتذكرة ١: ٤٦٣.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ و ٤٢١.

٣- (٣) الدروس ٣: ١٩٣، واللمعة الدمشقية: ١١٠، والروضه البهيه ٣: ٢٣٤ ٢٣٥، والمسالك ٣: ١٦٠ ١٦١.

٤- (٤) جامع المقاصد ٤: ٧٧.

لزم الالتزام بالانتقال في جميع الموارد التي يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع، غير صحيح، فإنه يمكن القول بأن في سائر الموارد التي يكون البائع فيها مالكا للمبيع يكون دفع الثمن بإزاء المبيع بعنوان المعاوضة، وحيث لا تكون المعاوضة ممضاه شرعاً فلا يدخل الثمن في ملك البائع، بخلاف المقام فإن المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البائع حتى في علم المشتري، فيكون دفعه الثمن إليه من تملكه مجاناً لا بعنوان المعاوضة.

وكذا لا يصح ما ذكر رحمه الله ثالثاً، فإن الإجازة من المالك كاشفه عن انتقال الثمن إلى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري في الثمن المزبور، فإن دفعه إلى البائع تسليطاً للبائع على ملك الغير ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك الأمر بالتأمل.

وبتعبير آخر: حيث إن العقد لازم من طرف الأصيل، كما هو مقتضى مذهب الكشف عند المصنف رحمه الله، يكون تملك المشتري الثمن إلى البائع أو للآخر ولو بإنشاء التملك محكوماً بالبطلان؛ فلا يمنع هذا التملك الفاسد المفروض إنشاؤه بالفعل مانعاً عن نفوذ إجازة المالك.

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرنا في الجبهه الأولى الحال في الجبهه الثانيه، وأنه لا يجوز للبائع فضلاً التصرف في الثمن المزبور، فإنه تصرف بلا مجوز؛ لأن المجوز يكون بالملك أو إذن المالك المعبر عنه بالإباحه المالكه أو إذن الشارع المعبر عنه هذا كله إذا كان باقياً وأما لو كان تالفاً [١]، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، ووجهه كما صرح به بعضهم كالحلى والعلامة وغيرهما ويظهر من آخرين أيضاً: أنه سلطه على ماله بلا عوض. توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم «على اليد ما أخذت»، وإما لقاعده الإقدام على الضمان الذي استدلل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

الشرح:

بالإباحه الحكميه. وقد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبائع، كما أن المفروض عدم الإباحه الحكميه وإذن المشتري ورضاه بتصرف البائع بعنوان أن الثمن ملكه بإزاء المبيع، لا الإذن في تصرفه مع بقاءه في ملك المشتري كما لا يخفى.

[١] هذا شروع في الجبهه الثالثه، وهى جواز رجوع المشتري إلى البائع بالثمن مع

تلفه وقد منع المشهور عن ذلك، بل فى المحكى (١) عن العلامة (٢) وولده (٣) والشهيد (٤) والمحقق (٥) الثانيين الإجماع عليه، وقد اختاره المصنف رحمه الله وذكر أنّ عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري البائع على الثمن من غير تضمين.

وبيان ذلك: أنّ ضمان اليد (٦) الجارى فى سائر موارد الضمان لا يجرى فى المقام؛ والأول مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة، أو الانتفاع به كما فى العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

الشرح:

لأنّ لا ضمان فى مورد جعل الغير المالك أميناً بماله لحفظه كما فى الوديعة، أو للانتفاع به كما فى العارية، أو لاستيفاء ما ملكه من منفعة ذلك المال كما فى الإجارة.

والحاصل: أنّ قاعده على اليد قد خصّصت فى موارد الاستيمان، وإذا لم يكن ضمان فى تلك الموارد يكون عدم الضمان فى المقام أولى، فإنه إذا لم يكن للغير ضمان مع عدم إذن المالك فى التصرف فى المال، كما فى الوديعة، يكون عدم الضمان مع الإذن فى إتلافه أولى. وكذا الضمان الثابت فى سائر موارد بقاعده الإقدام، لا يجرى فى مورد الكلام؛ لأنّ البائع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه، بل أقدم على ضمانه بالتمثّن الذى هو ملك الغير حتّى فى علم المشتري.

وبتعبير آخر: لم يجعل المشتري البائع ضامناً على الثمن بأن تكون خساره تلفه عليه فيخرجه من كيسه ليكون هناك تضمين، بل تسليطه البائع على الثمن فى مقابل مال الغير بمنزله تملك ذلك الثمن له مجاناً.

ص: ٨٥

١- (١) لم نعثر على الحاكي بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٩٣ ١٩٤) ما يظهر منه هذا، وراجع الجواهر ٢٢: ٣٠٦ ٣٠٥.

٢- (٢) أنظر التذكرة ١: ٤٦٣، والمختلف ٥: ٥٥ ٥٦.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢١.

٤- (٤) أنظر المسالك ٣: ١٦٠، والروضه البهيه ٣: ٢٣٥.

٥- (٥) أنظر جامع المقاصد ٤: ٧٧ و ٦: ٣٢٦.

٦- (٦) يعنى ما ورد من أنّ «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

لا يقال: دفع المشتري الثمن إلى البائع يكون بعنوان تضمينه، غاية الأمر كما أنّ البائع يعتبر نفسه مالكا للمبيع وبهذا الاعتبار يصحّ له قصد عنوان المعاوضة، كذلك المشتري يعتبره مالكا لذلك المبيع ويقصد عنوان المعاوضة حتى مع علمه بعدم كونه ملكا للبائع شرعا، والتضمين المعاملتي عين قصد المعاوضة لا أنه أمر آخر كما لا يخفى.

وبعبارة أخرى: قصد المعاوضة من المشتري التي هي معنى التضمين حقيقي ودعوى: أنه إنّما سلّطه في مقابل العوض، لا مجانا حتى يشبه الهبة الفاسده التي تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعه: بأنه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقه شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسده والبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره، التي قد حكم الشّهد وغير واحد بعدم الضمان فيها.

الشرح:

إنما يكون بالادعاء والاعتبار في أحد طرفي المعاوضة والتضمين، ولولم يكن في المقام تضمين لم يثبت الضمان للبائع في مورد ظهور المبيع ملكا للغير حتى مع جهل المشتري؛ لأنّ المفروض فيه جعل البائع ضامنا للثمن بذلك المثل الذي كان في الواقع ملك الغير. ومعه لا يخرج شيء من كيس الضامن فلا يكون في الحقيقه تضمين، حيث إنّ التضمين عباره عن جعل عهده الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بما حاصله: أنّ التضمين والتملك بالعوض في موارد علم المشتري ادعائي بالإضافة إلى البائع الفضولي وحقيقي بالإضافة إلى مالك المبيع، والشاهد لذلك انتقال الثمن إلى المالك بإزاء المبيع بمجرد إجازته. وأما ثبوت الضمان في مورد ظهور المبيع ملكا للغير فهو باعتبار أنّ المشتري لا يرضى بتصرف البائع في الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفادا من فحوى عدم الضمان في مثل الوديعة، فيدخل المثال في عموم ضمان اليد.

والحاصل: أنّ الضمان في صوره جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام والتضمين، بل لقاعده اليد، وكذا يثبت ضمان البائع بالثمن في موارد علم المشتري بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهه علمه بعدم كون البائع مالكا للمبيع، حيث إنّ التضمين وهو قصد خروج البدل من كيس البائع في تلك الموارد حقيقي،

غايه الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملى ممضى شرعاً؛ ولذا يثبت فيه التضمين أو ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان وهو الإقدام على الضمان هنا، لأنّ البائع لم يُقدّم على ضمان الثمن إلاّ بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له، ولولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضه كما تقدّم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنّما سلّطه على وجه يضمنه بماله، إلاّ أن كلاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيه البائع للمثمن، وتعاقدا مُعرضين عن ذلك كما هو الشّأن فى المعاوضات الوارده على أموال النّاس بين السّراق والظلمه بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، وتضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى، إلاّ أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائى، فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التّلف اتّفاقاً، مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشىء الذى هو مال الغير، فكما أنّ التّضمين هنا حقيقى، وكون المثمن مالاً له اعتقادى لا يقدر تخلفه فى التّضمين، فكذلك بناء المشتري فى ما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدر فى التّضمين الحقيقى بماله.

الشرح:

ضمان اليد كما لا يخفى.

أقول: قد ذكرنا أنّ التضمين المعاملى عبارته عن قصد المعاوضه وإنشائها، وإذا فرض أنّ المتبايعين، أى البائع الفضولى والمشتري، قد قصدا المعاوضه فبإنشائها يحصل التضمين المعاملى، وأما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم إسقاط ذلك الغير احترام ماله وجعله للأخذ مجاناً. والمفروض فى مورد الكلام أنّ المشتري لم يجعل الثمن للبائع مجاناً، وإلاّ كان الثمن له مجاناً فيجوز له تصرفه فيه، مع أنّ المصنف رحمه الله صرّح فى الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن إلى البائع وأنه لا يجوز قلت: الضمان كون الشىء فى عهد الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك.

وما ذكر: من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون المثمن ملكاً للبائع

الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنما يُصحح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاءً، مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقه بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقي بالنسبة إليهما، ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة.

والحاصل: أنه لا- تضمين حقيقه في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبائعين لمالكيه البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنه إنما ضمّنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون الشرح: التصرف فيه.

وما ذكر رحمه الله من أن دفع المشتري الثمن إلى البائع مع علمه بالحال ليس إلا كدفعه إلى شخص ثالث غير البائع فضولاً مع علمه بالحال في أن هذا الدفع لا- يكون فيه تضمين، لا- يمكن المساعدة عليه، فإن دفعه إلى الثالث المزبور مع الإذن له في التصرف كيف يشاء عبارته عن تمليك المال له مجاناً؛ ولذا يجوز لذلك الثالث التصرف فيه، بخلاف البائع فضولاً، حيث إن دفع الثمن إليه بعنوان الوفاء بالمعاوضة؛ ولذا لا يجوز له التصرف فيه كما مرّ.

والحاصل: أن مقتضى دليل ضمان اليد في سائر المقامات ثبوت ذلك الضمان في المقام أيضاً والإقدام على الضمان المعبر عنه بالتضمين ليس بموجب مستقل للضمان. نعم، مع الإقدام على عدم الضمان لا يتم موضوع ضمان اليد، كما تقدم بيانه سابقاً.

ضمان، وإن كان ما ضمّنه به غير ملك له ولا يتحقق به التضمين، لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له وصورته مباحاً له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأنّ طيب النفس بالتصرف والإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

ومما ذكرنا يظهر أيضاً فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنه ضمّن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمّنه بشيء.

وجه الفساد: أن التضمين الحقيقي حاصل هنا، لأنّ المضمون به مال الضامن، غايه الأمر أن فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع،

لأنّ المفروض فساد، فإذا لم يمض الشّارع الضّمان الخاصّ صار أصل إقدام الشّخص على الضّمان الحقيقي، أو قاعده إثبات اليد على مال من دون تسليط مجّانى أو استئمان عن مالكة، موجّباً لضمانه على الخلاف فى مدرك الضّمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه وشىء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه، وحاصله: أنّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع وتسليطه على إتلافه، فى أنّ ردّ المالك لا يوجب الرّجوع إلى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك [١] كالخمر والخنزير والحزّ قوى أطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال. كما صرّح به شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد.

الشرح:

[١] قد ظهر ممّا ذكرنا ثبوت الضمان حتّى فى مورد عدم قبول العوض الملك شرعاً، وأنّ دفع الثمن إلى بائع الخمر بعنوان المعاوضه على الخمر لا- يكون إسقاطاً لهذا ولكن إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» [١] يقتضى الضّمان فيما نحن فيه وشبهه، نظراً إلى أنّ البيع الصّحيح يقتضى الضّمان بفاسده كذلك، إلّا أن يفسّر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ كلّ عقد يضمن على فرض صحّته يضمن على فرض فساده، ولا ريب أنّ العقد فيما نحن فيه وفى مثل المبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الشرح:

لحرمة الثمن، بأن ينتقل الثمن إلى بائع الخمر مجاناً، بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضه المزبوره؛ ولذا لا يجوز لبائع الخمر التصرف فيه. كيف وقد دل النص على كون ثمن الخمر أو الكلب سحتاً، ولو كان تسليط البائع على الثمن تملكاً مجّاناً لكان التملك من الهبه الصحيحه ولما كان الثمن سحتاً للبائع كما نقول بتلك الهبه فيما إذا قال المالك: «بعتك المتاع بلا ثمن»، مع قصد تملك المتاع، فإنّه يجوز للقابل التصرف فى المتاع المزبور من غير ضمان؛ لصيرورته ملكاً له مجاناً، على ما هو الأظهر من جواز إنشاء المعامله بكل لفظ يدل عليها ولو بالقرينه.

ونظيره ما إذا جعل العوض ما لا يعتبر لأحد فى بناء العقلاء، كما إذا قال: «بعتك

المال بماء البحر»، وقبله المشتري، فإن دفع البائع المال إلى القابل يعتبر من القبض في الهبة، كما في قوله: «بعتك المال بلا ثمن»، فلاحظ وتدبر.

[١] يعنى: إطلاق قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده»، يقتضى ضمان البائع فضولاً الثمن المدفوع إليه ولو مع علم المشتري بالحال. نعم، يحتمل أن لا تقتضى القاعده الضمان، فإنه يحتمل أن يكون المراد بمدخول كلّ في قولهم: كلّ عقد، الفرد الخارجى من العقد، وحيث إنّ الفرد لا يمكن اتصافه بالصحة والفساد معاً فلا بد من حمل الصحة والفساد فيه على التقدير والفرض بأن يكون معنى القاعده: أنّ كلّ فرد من أفراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحته يكون فيه ضمان على تقدير الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً فى توضيح هذه القضية، فإنّ معناه: أنّ كلّ عقد تحقّق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد المفروض تاره صحيحاً وأخرى فاسداً.

الشرح:

فساده أيضاً، وكل فرد لا يكون فيه ضمان على تقدير صحته لا يكون فيه ضمان على تقدير فساده أيضاً، ومن الظاهر أنّ البيع بلا ثمن والثمن المدفوع فى الفرض على تقدير صحته لم يكن فيه ضمان، بأن يخرج بدل المال من كيس الطرف، فعلى تقدير فساده لا يكون أيضاً فيه ضمان.

ولكن هذا المعنى فى أصل القاعده وعكسها ضعيف، فإنّ المراد بمدخول كلّ نوع المعامله أو صنفها، ويكون فى ضمن ذلك النوع أو الصنف فرد صحيح وفرد فاسد، وإذا لم يكن فى الفرد الصحيح منهما ضمان لم يكن فى فاسده أيضاً ضمان، ومقتضى ذلك أن يكون فى البيع بلا- ثمن وفى الثمن فى محل الكلام ضمان؛ لأنه مقتضى ثبوت الضمان فى الفرد الصحيح من البيع، اللهم إلا أن يطبق عدم الضمان فى مسأله البيع بلا ثمن. وفى محل الكلام على تلك القاعده بأن لا يراد من أصلها وعكسها الفرد الخارجى من العقد أو خصوص النوع المتعارف، أى المسمّى باسم خاصّ، بل الأعمّ منه ومن النوع الغير المتعارف الذى لا يكون مسمّى باسم خاصّ ويكون فيه صحيح وفاسد فعلاً، كما فى تملك المال مجاناً فإن هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تملك العين مجاناً بقوله: «وهبتك المال» ونحوه، المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تملك

العين أو المنفعة مجاناً، كما فى قوله: «بعتك المال بلا ثمن أو أجرته بلا أجره»، وما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فصولاً مع العلم بالحال.

أقول: هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان فى مورد الكلام على القاعده المزبوره، نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضييه خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصلح بل يراد مطلق المعامله المائيه التى يوجد لها فردان صحيح وفساد، يقال: إن ما نحن فيه، والبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره، تملك بلا عوض من مال الآخر، والفرد الصحيح من هذه المعامله وهى الهبه الغير المعوضه لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

وبالجملة، فمستند المشهور فى مسألتنا لا يخلو من غموض، ولذا لم يصرح أحد بعدم الضمان فى «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا، وصرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوه التى هى من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه الله وغيره عدم الضمان فى الإجاره بلا أجره.

ويؤيد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً، وإن أمكن الذبّ عنه بأن المراد التشبيه فى التحريم، فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه واسطه [١] فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده، إذ لم يسلطه عليه ولا أذن له الشرح:

فإن العقد فيها يشمل المتعارف أيضاً كالبيع، ويكون مقتضى شمولها له ثبوت الضمان فى مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان فى البيع الصحيح، فيقع التكاذب والتنافى مدلولها كما لا يخفى.

[١] الظاهر أنّ هذا من سهو القلم، فإنّه كيف يثبت ضمان التلف على البائع فصولاً فيما إذا جعله المشتري أميناً بالثمن لإيصاله إلى مالك المبيع على تقدير إجازته.

فى التصرف فيه فضلاً عن إتلافه، ولعلّ كلماتهم ومعاهد اتفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم

المشترى بالفضوليه. وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد والتسليط العقدي مع فساد غير مؤثر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحه تصرف البائع الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحه. وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن [١] لو أخذ العين صاحبها. ولو كان الثمن كلياً فدفعت إليه المشتري بعض أفرادها، فالظاهر عدم الرجوع، لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

المسألة الثانية: أنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن [٢]: فإما أن يكون في الشرح:

[١] الوجه في الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البائع مجاناً على الثمن المزبور، ولكن في صحه الاشتراط تأمل، بل منع.

[٢] ما يغترم المشتري للمالك زائداً على الثمن على أقسام:

الأول: أن يكون ذلك في مقابل العين، كما إذا تلفت العين بيد المشتري وأخذ منه مالها قيمتها وهي عشرون مثلاً، وكان الثمن المسمى عشرة، فالعشره الزائده على الثمن المسمى قد اغترمها المشتري للمالك في مقابل العين.

الثاني: أن تكون الزيادة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجره السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمره . . . إلى غير ذلك مما استوفاه المشتري من العين المبيعه له فضولاً.

الثالث: أن لا يحصل للمشتري بإزاء تلك الزيادة نفع أصلاً، كالتفقه التي صرفها للعين في المده التي كانت بيده، وكقيمه الغرس الذي قلعه المالك بعد أخذه الأرض مقابل العين، كزياده قيمه على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت قيمه المأخوذه منه عشرين والثمن عشره.

وإمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطء الجاريه واللبن والصوف والثمره. وإمّا أن يكون غرامه لم يحصل له في مقابلها نفع، كالتفقه وما صرفه في العماره، وما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر، أو إعطائه قيمه للولد المنعقد حراً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء.

الشرح:

ص: ٩٢

من يد المشتري، وأما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها في يد المشتري فهو من القسم الأول كما لا يخفى.

وذكر المصنف رحمه الله أنه ليس للمشتري الرجوع إلى البائع في شيء من هذه الغرامات الثلاث فيما إذا كان عالماً بالحال، وبأن المبيع ليس لبائعه، وأما إذا كان جاهلاً بالحال فيجوز له الرجوع عليه في القسم الثالث بلا خلاف.

واستدل على عدم جواز رجوعه فيه بأمور:

الأول: قاعده الغرور، والمراد به في المقام إيقاع البائع المشتري في الغرامه المزبوره ببيعه إياه ما ليس له من غير بيان، وهذا بخلاف البيع مع علم المشتري بالحال أو مع بيان البائع، فإن الإيقاع في خطرات الضمان لا يكون فيه من البائع. وقوله: «ومتلف عليه ما يغرمه» إما عطف تفسيري للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البائع وهي قاعده إتلاف مال الغير، حيث دفع البائع المبيع إلى المشتري من غير بيان فضوليته البيع، إتلاف للمال على المشتري المزبور.

والحاصل: أن ضمان البائع في المقام نظير ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود عليه فيما إذا تم الحكم واعترف بعده ببطلان شهادته، وفي صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق ثم المشتري، إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.

وإن كان جاهلاً فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرّياض وعن الكفايه: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد دعوى الإجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع.

الشرح:

فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده وإنما شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الديه، ولم يجر شهادتهما على الآخر^(١). وصحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شهاده الزور

ص: ٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٣٣٢، الباب ١٤ من كتاب الشهادات، الحديث الأول.

قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإلا ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل»(١).

أقول: الحكم في الشاهد ليس للغرور والخدعه، كما هو ظاهر الصحيحه الأولى، فيعم ضمان الشاهد ما إذا كانت شهادته للاشتباه واعتقاد الخلاف.

والحاصل: أنّ ظاهر ما ورد في ضمان شاهد الزور أو رجوع الشاهد كون ضمانه للإتلاف على المشهود عليه، ومن الظاهر أنّ تطبيق قاعده الإتلاف على شهادته تعبد؛ لأن التلّف على المشهود عليه قد حصل بفعل الحاكم والشاهد معاً؛ ولذا لو رجع الشاهد حكم الحاكم لا يغزّم شيئاً.

وبتعبير آخر: لا يمكن استفادة حكم المقام ممّا ورد في ظهور بطلان شهاده الشاهد، أو رجوعه بعد الحكم عن شهادته، كما لا دلالة لذلك على اعتبار قاعده وفي السّرائر: أنّه يرجع قولاً واحداً. وفي كلام المحقّق والشّهيد الثّانين في كتاب الضّمان: نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسأله، للغرور فإنّ البائع مغرّر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضّمان ومتلّف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته ولقاعده نفى الضّرر مضافاً إلى ظاهر روايه جميل أو فحواها: «عن الرّجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثمّ يجيء الشّرح:

الغرور، ولعل هذا الحكم لسد شهاده الزور والتشديد على الناس؛ لئلا يتسامحوا في شهاداتهم، ولو كان الحكم بضمان الشاهد في مسأله رجوعه عن شهادته وفي مسأله شهاده الزور؛ لكون الحاكم متلفاً للمال بغرور الشاهد، أو كون الحاكم نظير من قدم إليه طعام الغير فأكله جهلاً بالحال، لصحّ رجوع المشهود عليه إلى الحاكم أيضاً، غايه الأمر يكون قرار الضمان على الشاهد كما لا يخفى.

ونظير ما ورد في شاهد الزور أو رجوع الشاهد ما ورد في أنّ تدليس ولي المرأه وظهور حالها بعد الدخول بها وأنه موجب لكون المهر المسمّى على وليها المدلّس،

ص: ٩٤

١- (١) المصدر السابق: ٣٢٨، الباب ١١ من كتاب الشهادات، الحديث ٣.

فإنه لا يمكن استفادته حكم غير التدليس في النكاح منه، فراجعه.

نعم، ورد في بعض الموارد ما استظهر منه اعتبار قاعده الغرور، كروايه اسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمه، قال: تردّ الوليده على مواليتها والولد للرجل، وعلى الذى زوّجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل وخدعه»^(١). ولكن مستحقّ الجاربه، قال: يأخذ الجاربه المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد ويرجع على من باعه بثمن الجاربه وقيمه الولد التى أخذت منه» فإنّ حرّيه ولد المشتري إمّا أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ فى توصيف قيمه الولد بأنّها أخذت منه نوع إشعار بعليّه الحكم، فيطرد فى سائر ما أخذت منه.

الشرح:

الروايه ضعيفه سنداً ودلاله؛ أمّا سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه، وأما دلاله فباعتبار أنّ غايه مدلولها أنّ تغير الرجل الزوج وإيقاعه فى ضرر قيمه الولد موجب لكون تلك القيمه على الغار، وأما تغيره فى غير تلك القيمه من الغرامات فضلاً عن التعدى من النكاح إلى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها، ويأتى أنّ ضمان قيمه الولد فى مثل الفرض حكم تعبدى.

الثانى: قاعده نفي الضرر^(٢)، فإنّ عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري ضرر عليه.

وفيه: قاعده نفي الضرر مقتضاها نفي الحكم الشرعى الذى تكون رعايته موجباً لتضرر المكلف، وعدم الضمان ليس من الحكم المجعول، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك فكما أنّ عدم الضمان ضرر على المشتري كذلك الضمان ضرر على البائع، وليس بيع البائع خصوصاً مع غفلته عن الواقع واعتقاده بكون المبيع له، إقداماً منه على الضرر الحاصل من ضمان غرامه المشتري كما لا يخفى.

ص: ٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٢٠، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب والتدليس، الحديث الأول.

٢- (٢) يعنى ما ورد من أنّه «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»، وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

الأمر الثالث: صحيحه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية من وأما السّيّكوت عن رجوع المشتري إلى البائع [١] في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك. كروايه زراه: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه الشرح:

السوق فيولدها ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» (١).

فإنّ الولد الحرام من قبيل النفع الحاصل للمشتري أولاً، وعلى الأول يكون دلالتها على جواز رجوعه في الغرامه التي لم يحصل في مقابلها نفع بالفحوى، وعلى الثاني تكون الغرامه المزبوره من القسم الثالث، بل توصيف القيمة بالتي أخذت منه فيه إشعار بالعليه وأنّ الموجب لرجوع المشتري إلى البائع هو أخذ المال منه.

أقول: هذه الروايه لا- دلالة لها على حكم المقام أصلاً، لا بالفحوى ولا بغيرها، وذلك فإنّ دفع قيمة الولد إلى المالك حكم تعبدى، باعتبار كون الولد في الإنسان تابعاً للأب فيكون الولد في المفروض حراً، وليس لمالك الأم إلا أخذ الأم وأجره المثل لمنافعها التي استوفاهها المشتري أو فانت بيده، وإذا كان دفع القيمة حكماً تعبدياً فمن المحتمل أن يكون رجوع المشتري إلى بائعها بتلك القيمة حكماً تعبدياً آخر. وأما ما ذكر من أنّ توصيف القيمة بالتي أخذت منه إشعار لعله الحكم، ففيه من المحتمل أن يكون قوله عليه السلام: «التي أخذت منه» من قبيل تقييد القيمة لا توصيفها، بأن يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة لا قيمة الولد يوم الرجوع، وقد تقرر في بحث الأصول أنه لا دلالة في التقييد على عله الحكم ولا يستفاد منه المفهوم.

[١] وعن صاحب «الحدائق» (٢) رحمه الله عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع بغير فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاه من يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها.

وروايه زريق، قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنه كان علىّ مالٌ لرجل من بنى عمّار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود،

ص: ٩٤

١- (١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥.

٢- (٢) نقله السيّد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٣: ١٧٨.

فأخذ المال ولم أسترجع عنه الذّكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة بذلك، وذلك لأنّي وثقت به، وقلت له: مزّق الذّكر بالحقّ الذى عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزّقه، وعقيب هذا طالبني بالمال ورّائه وحاكموني وأخرجوا بذلك ذكر الحقّ، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع عليّ قاضى الكوفه معيشه لى وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا أبتلى بشراء معيشتي من القاضى.

الشرح:

الثلث من الغرامات، وعلل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه إليه فى صحيحه زواره وروايه زريق، وفى الأولى: «رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثمّ إنّ أباهما يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاريه، ويعوضه فى قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (١).

وأشار المصنف رحمه الله إلى الجواب عنه، بأنّ روايه زواره وروايه زريق (٢) لا دلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع؛ لأنّ السكوت، أى عدم التعرض، فيهما على جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولى بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين ثمّ إنّ ورثه الميت أقروا أنّ أباهم قد قبض المال، وقد سأله أن يردّ عليّ معيشتي ويعطونه الثمن فى أنجم معلومه، فقال: إنّى أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا. فقال الرّجل يعنى المشتري: كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالكك على الورثه، وتردّ المعيشه إلى صاحبها وتخرج يدك عنها.

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟

قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّه من ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً فى المعيشه يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك، إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمه الزرع، وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، وردّ عليك القيمه وكان الزرع له.

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً؟

قال: له قيمه ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه. قلت: رأيت

ص: ٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٠٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٠، الباب ٣ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يردّ ذلك إلى ما كان أو يغرّم القيمه لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمه كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشه، من قيمه غرسٍ أو بناءٍ أو نفقهٍ في مصلحه المعيشه، ودفع النوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه».

وفيه مع أنّا نمنع ورودها إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك: أنّ الشرح:

في مقام البيان من هذه الجبهه، وأنهما في مقام بيان وظيفه المشتري مع مالك المال. وعلى تقدير دعوى إطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في سائر الروايات، وسائر ما دل على ضمان البائع الفضولي.

السّيّكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنّ روايه زراره ظاهرها عدم التمكن [١] من الرجوع إلى البائع مع أنّ البائع في قضيه زريق هو الفاضى فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً [٢] من جهه حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها. وإن كان قضاؤه باطلاً الشرح:

[١] وذلك فإنّ المفروض فيها شراء الجاربه من سوق المسلمين وظهور المالك بعدما ولدت من المشتري أولاداً، ومن الظاهر أنّ الأمه المبتاعه في السوق في ذلك الزمان نظير بيع الحيوانات في السوق في زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفه، وربما لا يكون البائع في يوم في السوق بائعاً بعد ذلك اليوم فلا يمكن الظفر به، خصوصاً إذا كان ذلك بعد مدّه طويله قد أنجبت فيها الأمه المبتاعه من مشتريها أولاداً.

[٢] أقول: لا يمكن الالتزام بأنّ الحاكم البائع المنصوب من قبل الشارع ليس بغارّ، فإنه لا يعتبر في جريان قاعده الغرور الخديعه، وعلم الغار بأنّ ما يدفعه إلى الغير ليس بماله، بل مال الغير؛ ولذا قالوا في مسأله من قدم طعام للآخر ليأكله: إنّ المالك إذا رجع إلى الأكل فيرجع الأكل إلى مقدمه للغرور، ولم يفصّلوا بين ما كان مقدمه عالماً بالحال أو مشتبهاً بأنّ اعتقد أنّ الطعام له، بل صرح بعضهم بالتعميم (١). وعليه

ص: ٩٨

فالمشتري من القاضى فى روايه زريق مغرور، غايه الأمر ليس على الحاكم غرم بأن يعطى الغرامه من كيسه، بل له الإعطاء من بيت المال؛ لما دل على أنّ خطأ القضاء فى بيت مال المسلمين، وهذا على تقدير القول برجوع المشتري إلى البائع الفضولى فى سائر المقدمات.

كما هو الظاهر فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف [١] وتصرفه فى أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

وأما الثانى: وهو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففى الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع. وفاقاً للمحكى عن المبسوط والمحقق والعلامة فى التجاره والشهيدى والمحقق الثانى وغيرهم. وعن التنقيح أنّ عليه الفتوى لقاعده الغرور المتفق عليها ظاهراً فى من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

ويؤيده: قاعده نفى الضرر [٢] فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شىء من دون عوض مغروراً من آخر بأنّ له ذلك مجاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غره، الشرح:

[١] فيه منع ظاهر، فإنّ ما ذكر فى الروايه (١) من رجوع المشتري إلى مالك المعيشه فيما صرفه فى إصلاحها ودفع النوائب عنها قرينه على جهل المشتري ببطلان البيع، ولو كان عالماً بفساده لكان وضع يده على المعيشه المزبوره غصبا ولم يكن له حق فى الرجوع إلى مالكها بالمال المصروف فى إصلاحها؛ لأنه «ليس لعرق الظالم حق» (٢).

والحاصل: أنّ الصحيح فى الجواب عن «الحدائق» ما تقدم من أنّ غايه الأمر دلالة الروايتين على عدم ضمان البائع بالسكوت، والإطلاق فى مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بما تقدم.

[٢] يعنى: يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاه أيضاً فى ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر.

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٠ ، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥٧ ، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره، الحديث ٣، و ٢٥ : ٣٨٨ ، الباب ٣ من كتاب الغصب، الحديث ١ .

وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغاز به مما لا يخفى، خصوصاً في بعض الموارد.

فما في الرياض: من أنه لا دليل على قاعده الغرور إذا لم ينطبق مع قاعده نفي الضرر المفقود في المقام، لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضرر في قاعده الغرور، بل هي مبنيه على قوه السبب على المباشر، لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصه والإجماع بصوره الضرر.

الشرح:

قاعده نفي الضرر(1)، فإن عدم ضمان البائع غرامه المشتري في تلك المنافع ضرر على المشتري، ومجرد وصول العوض، أي المنافع إلى المشتري لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع. نعم، وصول العوض أي المنافع مع عدم غرور المشتري ينافي صدق الضرر.

وبهذا يظهر ضعف ما ذكر في «الرياض» من أنه لا اعتبار لقاعده الغرور فيما لا ينطبق على موردها قاعده نفي الضرر كما في المقام، فإن مع وصول عوض الغرامه إلى المشتري باستيفائه منفعه العين لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

أقول: قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعده نفي الضرر في المقام فلا نعيد، وعلى تقدير جريانها تكون دليلاً على قرار الضمان على البائع الفضولي فلا وجه لذكرها تأييداً.

وأما قوه السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه وكما في الريح العاصف الموجب للإحراق، والشمس الموجه لإذابه الدهن وإراقته.

والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه، لكون المباشر بمنزله الآله، وأما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالأخره إلى قاعده الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو

ص: ١٠٠

١- (١) يعنى ما ورد من أنه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

الشرح:

ثم إنه رحمه الله ذكر لقرار الضمان على البائع في المقام الإجماع، ويظهر هذا من ملاحظته ما ذكره نظير المقام، وهو رجوع آكل الطعام إلى من قدمه إليه ليأكله، والأخبار الواردة في موارد متفرقة كالواردة في ضمان شاهد الزور (١)، وأمّا قاعده الإلتلاف (٢) فلا يكون مقتضاها قرار الضمان على البائع؛ لأنّ مورد قاعده الإلتلاف ما إذا كان المباشر كآله بحيث يستند الإلتلاف إلى السبب، كما لو أضرّم ناراً قرب متاع الغير بحيث أمالت الريح العاصفه النار على المتاع فأحرقته، وكذا إذا وضع السمن المنجمد في إناء مثقوب في الشمس فأذابته بإصابتها، فإنّ إلتلاف السمن يسند إلى واضعه في الشمس وتحسب إصابتها وسيله لإلتلافه، ومثل ذلك ما إذا أعطى مال الغير بيد المجنون أو الطفل الغير المميز، فإنّ الإلتلاف يستند إلى الدافع. وفيما نحن فيه لا يكون المشتري ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أمّا الأخير فواضح، وأمّا الأول فقد عرفته، وأمّا الإجماع والأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة، إلا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غزّه بدعوى تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً، ورجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً.

الشرح:

كآله في إلتلاف البائع، ولو كان المتلف هو البائع دون المشتري فلا يجوز رجوع المالك إلى المشتري أصلاً، كما هو مفاد قاعده من ألتف، والقول باعتبار قوه السبب على المباشر فيه ما لا يخفى، فإنه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب ممّا ذكر من إسناد الإلتلاف وكون المباشر كآله كما في المكروه بالفتح فإنّ الضمان على المكروه بالكسر فيما لو أكره الآخر على إلتلاف مال الغير.

أقول: قد تقدّم الكلام في دلالة الأخبار، كما تقدم عدم جريان قاعده نفى الضرر

ص: ١٠١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٣٢٧ ، الباب ١١ من كتاب الشهادات، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢ : ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣٢ ، الباب ١٠ و ١١ و ١٤ من كتاب الشهادات، و ١٩ : ١٤١ ، الباب ٢٩ من كتاب الإجاره، و ١٨ : ٣٨٥ و ٣٩٠ ، الباب ٥ و ٧ من كتال الرهن .

فى المقام؁ وأما الإجماع الظاهر فى مسأله من قدم طعام الغير إلى الأكل الجاهل بحال الطعام فهو مسبوق بالسيره العقلانيه التى هى العمده فى ضمان التلف فى اليد والإتلاف؁ ومقتضى تلك السيره الإلتزام بقرار الضمان على البائع فى المقام؁ ولكن بالإضافه إلى المنافع التى قدمها البائع إلى المشتري بأن كان البائع مستوليا على تلك المنافع؁ كسكنى الدار وقابليه الحيوان للركوب؁ سواء استوفاهما المشتري أم لا.

وأما مثل الثمره المتجدده على الشجره ممّا تكون المنافع من الأعيان المتجدده فى العين فلا يجرى فيها السيره المزبوره؁ حيث إن هذه المنافع لم تكن فى يد البائع ليكون دفعه العين إلى المشتري الجاهل بالحال تقديما لتلك المنافع إليه مجّانا؁ بل لا يجوز للمالك الرجوع فى تلك المنافع إلى البائع؛ لعدم إتلاف البائع وعدم وضع يده عليها أصلاً؁ فيتعين للمالك الرجوع فيها إلى المشتري لإتلافه إياها كما فى فرض وقد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه؁ كما فى كلام بعض؁ حيث عدل فى ردّ مستند المشهور عمّياً فى الرّياض من منع الكبرى؁ إلى منع الصغرى؁ فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع فى باب الإتلاف وإن كان غير منقّح؁ إلاّ أنّ المتيقّن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير؁ بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف؁ فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير؁ فيشبه المكره فى عدم القصد[١].

الشّرح:

الاستيفاء أو وضع يده عليها كما فى فرض عدم الاستيفاء.

والحاصل: سيره العقلاء جاريه على قرار الضمان فيما إذا كان الشخص المستولى على مال الغير مقدما ذلك المال إلى آخر أو إلى مالكة؛ لإتلافه مجّانا مع جهل المتلف بالحال؁ وأما فى غير ذلك فلا موجب لقرار الضمان على الغار؁ ومن هنا ذكروا أنه لو دخل دار الغير فأكل فيها طعاما ثم ظهر أنّ الطعام كان ملك الأكل وقد غصبه صاحب الدار فلا ضمان على صاحب الدار؁ بخلاف ما لو دخل داره فقدم إليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامنا.

ثم إنه لا وجه لدعوى أنّ قرار الضمان على البائع فى المقام؁ وعلى من قدم الطعام إلى الجاهل بحاله مختصّ بصوره علم البائع أو المقدم؁ حيث إنّ مقتضى السيره المشار إليها عدم الفرق بين علمهما وجهلها.

ص: ١٠٢

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ المنافع التي كانت في يد البائع يكون قرار الضمان عليه، سواء استوفاه المشتري أم لا، وبلا فرق بين جهل البائع بالحال وعدمه.

[١] لا- يخفى أنّ المكره بالفتح على إتلاف مال الغير قاصد لإتلافه، فإنه لا يمكن الفرق بين المكره على المعاملة والمكره على الفعل الخارجى كالإتلاف، وقد تقدّم من المصنف رحمه الله أنّ المكره على المعاملة قاصد لها فكيف لا يكون المكره على هذا كلّه مضافاً إلى ما قد يقال: من دلاله روايه جميل المتقدمه بناءً على أنّ حرّيه الولد منفعه راجعه إلى المشتري وهو الذى ذكره المحقّق احتمالاً فى الشرائع فى باب الغصب بناءً على تفسير المسالك، وفيه تأمل.

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا فى حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين [١] الشرح:

الفعل الخارجى قاصداً له، بل لا يبعد الالتزام بأنّ الضمان فى مورد الإكراه على إتلاف مال الغير على المكره بالفتح حيث إنّه المتلف للمال، غايه الأمر أنّ جواز ذلك الإتلاف مقتضى الاضطرار ورعايه التراحم. ولا يمكن نفي الضمان عن المكره بالفتح وإثباته للمكره بالكسر بحديث الرفع (١)، فإنّ الحديث المزبور لا يثبت حكماً وإنما يرفع حكماً يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولىه مع الامتنان فى رفعه، ولا امتنان فى نفي الضمان عن المكره بالفتح حيث إنّه مساوق لذهاب مال المالك هدراً.

[١] ذكر رحمه الله أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولى بالزائد على الثمن المسمى؛ لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعده الغرور (٢)، مثلاً إذا كانت قيمه العين التالفه عشرين والثمن المسمى فى عقد الفضولى العشره وقد أخذ المالك العشرين من المشتري، فيرجع المشتري إلى البائع بالعشره الزائده.

لا يقال: لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة؛ لإقدامه على ضمان العين التالفه، غايه الأمر كان إقدام المشتري على ضمانها بالثمن المسمى، وإذا لم يصحّ الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعى، كما هو الحال فى جميع موارد فساد البيع، ومع إقدامه على الضمان لا يكون غرور، وإلا كان قرار ضمان مقدار الثمن

ص: ١٠٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ : ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) كما فى الحديث النبوى الشريف «المغرور يرجع إلى من غرّه»، سنن البيهقى ٥ : ٣٣٨ .

من زياده قيمه على الثمن الحاصله وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشره، فتلف فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشره الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغرّه فى ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع فى دعوى الملكيه لم يزل غرامه المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامه للثمن لم تنشأ عن كذب البائع، وأما العشره الزائده، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع فى دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر فى وجه عدم الرجوع: من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه، ومع الإقدام لا غرور، ولذا لم يقل به فى العشره المقابله للثمن.

الشرح:

المسمى أيضا على البائع.

فإنه يقال: نعم المشتري مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى، وإذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعى، أى قيمتها السوقيه، فيصح للمالك الرجوع إلى المشتري بتلك قيمه، ولكن رجوع المالك إلى المشتري ليس لإقدام المشتري على ضمان العين بالقيمه السوقيه، بل لأن الشارع جعل إقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجبا لضمان العين بها، وبما أن فساد البيع فى المقام ناش عن غرور البائع وكذبه فى دعوى الملكيه يكون غرامه المشتري بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئا عن غرور البائع؛ ولذا لو كان البائع صادقا فى دعواه كان عليه تلف العشره فقط دون الزائد.

وإلى ذلك يشير رحمه الله بقوله: والضمان المسبب عن هذا الإقدام، أى الضمان بالبدل الواقعى المسبب عن إقدام المشتري على الضمان المعاملى، يكون لأجل فساد العقد والعقد مسبب عن غرر البائع، فيكون المترتب على فساد العقد وهو ضمان العشره توضيح الاندفاع: أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعيه، فالمانع من تحقق الغرور وهو الإقدام لم يكن إلا فى مقابل الثمن، والضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغرير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشره الزائده مستقراً على

الغاز، فغرامه العشره الزائده وإن كانت مسيبه عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها.

هذا كله، مع أنّ التحقيق على ما تقدّم سابقاً: أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، وأن ليس الإقدام على الضمان عليه له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان وإن استدّل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع. وكيف كان، الشرح:

الزائده مستقرا على البائع الغاز. أضف إلى ذلك أنه ليس الموجب لضمان المشتري العين التالفه بقيمتها السوقيه في فرض فساد العقد هو إقدامه على ضمانها بالثمن المسمّى ليتوهم عدم اجتماع هذا الإقدام مع الغرر، بل سبب ضمان المشتري العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده على مال الغير من غير ائتمان مالكي أو شرعي، وهذا السبب للضمان لا ينافي الغرر.

أقول: لا- يبتنى الإشكال على كون الموجب لضمان المشتري إقدامه على ضمان العين ليجاب عنه بأنّ الموجب له ليس هو الإقدام، بل وضع يده على مال الغير بلا ائتمان، بل الإشكال هو أنّ الغرر مقتضاه قرار الضمان على البائع وإقدام المشتري مقتضاه عدم هذا القرار، فلا يجتمعان حتّى لو قيل بأنّ الموجب لضمان المشتري هو وضع يده على مال الغير بلا ائتمان.

فجريان قاعده الغرور فيما نحن فيه أولى [١] منه فيما حصل في مقابلته نفع. هذا إذا كانت الزيادة موجوده وقت العقد، ولو تجددت بعده [٢] فالحكم بالرجوع فيه أولى. هذا كله فيما يغرمه المشتري بازاء نفس العين التالفه، وأمّا ما يغرمه بازاء اجزائه التالفه فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع [٣] في أنّه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا- فيما يقابله على ما اخترناه ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه.

الشرح:

[١] أمّا جريان قاعده الغرور فلما مرّ من كون المشتري مغرورا بالإضافة إلى العشره الزائده على الثمن، وأمّا كونه أولى من رجوع المشتري ببذل المنافع المستوفاه فلائّن استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشتري لا يمنع عن رجوعه

إلى البائع، ويجرى ضمان زياده القيمة السوقية في مورد تلف العين ولا- يكون معه أى وصول للعوض إلى المشتري، فيكون رجوعه بغرامه المنافع إلى البائع مقتضيا لرجوعه إليه بغرامه العين بالفحوى.

[٢] يحتمل كون الأولويه باعتبار أنّ إقدام المشتري على ضمان العين بالثمن المسمى فى قوه إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساويا للقيمة السوقية، وأما زياده القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الإقدام بالإضافه إليها كما لا يخفى.

[٣] الظاهر أنّ تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسّط عليه الثمن، كما فى بيع المنّ من الحنطه، وأما ما لا يقسّط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً، ويكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع؛ لأنّ كلاً من البائع والمشتري ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجبا لقراره على البائع من غير أن يكون من المشتري إقدام على وأمّا ما يغرمه: بازاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن [١] كما عدا وصف الصحّ من الأوصاف التى يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع، لأنّه لم يُقدم على ضمان ذلك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهه كون البائع [٢] غير مالك. أمّا لو كان فاسداً الشرح:

ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

[١] مراده أنّ الأوصاف التى لها دخل فى صحّ المبيع فى مقابل كونه معيباً فيقسط عليها الثمن فيثبت لها حكم الأجزاء، وأما الأوصاف التى لا يكون لها دخل فى صحّ المبيع، كوصف الخياطه، فلا يقسط عليها الثمن، ويرجع المشتري فى غرامه تلفها إلى البائع.

أقول: لا- يقسط الثمن حتّى بالإضافه إلى الأوصاف التى لها دخل فى صحّ الشىء؛ ولذا ذكر المصنف رحمه الله كغيره أنّ الأرش فى مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هى غرامه تثبت على البائع بمطالبه المشتري ولا يقسط الثمن بالإضافه إلى

أجزاء المبيع، أى أجزائه الخارجيه بأن يكون بعض الثمن بإزاء يد الحيوان وبعضه بإزاء رجله ورأسه إلى غير ذلك، بل يقسط على أجزائه المشاعه. نعم، لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف، كالمن من الحنطه أو مصراعى الباب، ينحل الثمن بالإضافة إلى أجزائه الخارجيه أيضا كما مر.

[٢] وحاصله أنه لو كان البيع فاسدا من جهه كون بائعه غير مالِك، ومن جهه أخرى أيضا كما إذا كان المبيع عينا غائبه، لم توصف حال العقد بوصف رافع للجها له، وفرض أن المشتري وضع يده عليها بعد البيع وتلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فإن من جهه أخرى فلا رجوع على البائع، لأن الغرامه لم تجى من تغير البائع فى دعوى الملكيه وإتّما جاءت من جهه فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصّيدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع وكذبه.

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوى الثمن من القيمه فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك والوجه فى ذلك حصول التّلف فى يده.

الشرح:

المشتري لا يرجع إلى البائع بشيء من الغرامات؛ لأنها لم تكن مسببه عن غرور البائع. وكذبه فى دعواه مالكيه العين، بل لو فرض صدقه فى دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري، غايه الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، وعلى تقدير كذبه يكون هو المالك فتكون الغرامات المزبوره من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشتري به إلى البائع.

لا يقال: لازم ما ذكر من قاعده الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع، ولو كان فساد البيع من غير جهه كون البائع فضوليا؛ لأنّ البائع مقدم تلك المنافع إلى المشتري مجانا، لوقوع الثمن بإزاء المبيع لا المنافع.

فإنّه يقال: نعم لا يقع الثمن بإزاء المنافع، إلا أنّ المعبر فى قاعده الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، والمفروض علم المشتري ببطلان تقديم المنافع؛ لأنّ

تقديمها بتبع البيع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساد لما كان الجهل بحكم الشرع موجبا للغرر من البائع كما لا يخفى.

فإن قلت: إن كلاً من البائع والمشتري [١] يتساويان في حصول العين في يدهما العاديه التي هي سبب للضمان، وحصول التلف في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أتلف بفعله رجح، لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمه كل من اليدين ببدل التالف وصيرورته في عهده كل منهما، مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمه واحد، وأنّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» شيء واحد، كيف يكون على كل واحد من الأيدي المتعدده؟

فنقول: معنى كون العين المأخوذه على اليد: كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعدده يكون العين الواحد في عهده كل من الأيدي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهده المتعدده معناه: لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفه، وحيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا- أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبه كل منهم بالخروج عن العهده عند تلفه، فهو يملك ما في ذمه كل منهم على البديل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنّ المتدارك لا يتدارك.

الشرح:

[١] الإشكال هو أنّ كلاً من البائع الفضولي والمشتري باعتبار جريان يدهما على العين ضامن للمالك؛ ولذا يجوز له الرجوع إلى أي منهما ويبقى في البين وجه رجوع البائع إلى المشتري فيما إذا رجع المالك إلى البائع، حيث إنّ تلف المال بيد المشتري لا يصلح لكونه موجبا لذلك.

نعم، لو أتلف المشتري العين فيمكن القول برجوع البائع إليه فيما إذا دفع البديل إلى المالك باعتبار أنّ إتلاف المشتري العين، كما أنّه إتلافها على المالك كذلك إتلاف والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا- بدله، فأيتها حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقى شيء له في ذمه واحد لم يكن بعنوان البديل، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدليه، ويستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليه بعد صيروره أحدها بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك.

ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقه الجمهور^[١] حيث إنّ ضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى وضمن عهده العوضين^[٢] لكلّ من البائع والمشتري عندنا الشرح:

للغرامه المزبوره على البائع.

[١] حيث إنّ ضمان الدين على مذهب الخاصّه عباره عن نقل الضامن الدين عن ذمّه المديون إلى ذمته بحيث لا يجوز للدائن بعده مطالبه المديون بذلك الدين، بل يتعيّن عليه الرجوع إلى الضامن، غايه الأمر لو وفى الضامن بالدين يكون له الرجوع إلى المديون، وعلى ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعدّده للمالك الدائن.

وهذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور^(١)، حيث إنّ الضمان عندهم عباره عن ضمّ ذمه إلى ذمه المديون بأن كان المشغول للمالك الدائن ذمه المديون وبالضمان يشتغل له ذمه الضامن أيضا، ولكن تملك الدائن ما على الذمتين على البدل، ويلزم ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك إلى كلّ من المديون والضامن.

[٢] المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبائع بأنه إذا ظهر بطلان البيع يكون الثمن ملك الغير، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري بدل ذلك المبيع، وهذا هو المراد بضمن عهده المبيع للبائع، أو بضمن أحد عن البائع للمشتري بأنه إذا ظهر فساد البيع كما فى الإيضاح وضمن الأعيان المضمونه على ما استقر به فى التذكرة وقوّاه فى الإيضاح وضمن الاثنين لواحد^[١] كما اختاره ابن حمزه.

الشرح:

بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن فى يد البائع عوض ذلك الثمن، وهذا هو المراد بضمن عهده الثمن للمشتري. ويكون فى ضمان عهده المبيع كلّ من المشتري والضامن المزبور ضامنا للبائع، فله مع تلف المبيع بيد المشتري الرجوع إلى كلّ منهما، كما يكون فى صوره ضمان عهده الثمن للمشتري الرجوع إلى البائع والضامن المزبور.

أقول: الضمان فى الأعيان المضمونه هو أن يضمن أحد للمالك تلف العين التى

ص: ١٠٩

يأخذها الآخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التي يأخذها المستعير مع الضمان، كما في عاريه الذهب والفضة، وعلى ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين إلى الضامن أيضا. ولا يخفى أن هذا الضمان وما تقدم من ضمان عهده المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجي لا من قبيل ضمان الدين لينتقل الدين إلى ذمه الضامن، فللمالك الرجوع في الموردين إلى الضامن وإلى من تلف المال بيده؛ أما الرجوع إلى من تلف المال بيده فلضمان اليد، وأما الرجوع إلى الضامن فإنه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان، ولكن ظاهر كلام الأصحاب لا يساعد على رجوع المالك إلى من تلف المال بيده، بل ما دامت باقيه فله الرجوع إلى من بيده العين، ومع تلفها أو عدم إمكان أخذها عن بيده يرجع إلى الضامن.

[١] ينبغي فرض ضمان الاثنين لواحد على سبيل الاستقلال فيما إذا كان كل منهما ضامنا في زمان واحد؛ ليكون شمول ما دل على مشروعيه الضمان بالإضافة إليهما على حد سواء، وإلا فلا بد من الحكم ببطان الثاني لأن مع الضمان أولاً ينتقل المال إلى ذمه الضامن فلا يبقى للدائن مال بذمه المديون ليضمنه الآخر.

والمتحصّل: أن كلاً من المتعدّدين يصحّ أن يضمن للمالك فيجوز له الرجوع إلى وقد حكى فخر الدين والشّهيد عن العلامة رحمه الله في درسه أنه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي، الشرح:

أى منهم، ولكن إذا رجع إلى واحد منهم سقط حقه عن الباقي، حيث إنه ليس له إلا مال واحد، وقد تسلّمه بأخذ بدله فيكون الرجوع إلى الآخرين بلا موجب، وأما تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائي وأنه كما يجب فيه الفعل على كل من المكلفين ما دام لم يحصل طبعي الفعل كذلك ثبوت البديل على عهده كل من المتعدّدين ما دام لم يدفع البديل إلى المالك، فلا يخلو عن المناقشه فإنّ لانه أن يتعيّن البديل بالجميع فيما إذا كان أداء الجميع دفعه واحده. اللهم إلا أن يقال: المملوك للمستحق طبعي البديل المقيّد بالواحد لا طبعي البديل، ومع أخذ البديل من المتعدّدين يكون ملك المستحق بالإضافة إلى الأموال المأخوذة من الكلى في المعين، فيختار فردا واحدا وعليه ردّ الباقي إلى أربابه.

والحاصل: المتصوّر من ضمان الأشخاص المتعدّده أنحاء ثلاثه:

الأول: أن يكون ضمان كل واحد من الأشخاص مشروطاً بعدم أداء الآخرين البديل، نظير ما يذكر في الواجب الكفائي من وجوب طبيعي الفعل على كل واحد من المكلفين ما لم يحصل ذلك الطبيعي في الخارج من الآخرين، ولا يلزم ما أشرنا إليه من استحقاق المالك جميع ما دفع إليه بعنوان البديل فيما إذا كان الدفع من الكل دفعه واحده.

الثاني: أن يكون الضامن من الأول مديوناً بالبديل بأن يثبت البديل بذمته ويكون الثاني ضامناً لأدائه، بمعنى أنه لو لم يؤد الضامن الأول البديل يثبت المال بذمته فعليه أدائه . . . وهكذا، ولازم ذلك عدم تخيير المالك في الرجوع إلى كل واحد منهم، بل له الرجوع إلى الثاني مع عدم تمكنه على الاستيفاء من الأول. أضف إلى ذلك أنّ دليل وفي الأموال: الغاصب من الغاصب. هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي. وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض [١] فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

الشرح:

الضمان في كل من الأشخاص هي قاعده اليد، ولا يمكن أن يختلف مفادها بالإضافة إلى الضامنين.

الثالث: أن يقال: ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعددين، بل يثبت البديل الواحد على الكلى الصالح في انطباقه على كل واحد من المتعددين.

وبتعبير آخر: كما يمكن كون الجامع بين المتعددين مالكا للمال، كما في ملك الزكاه لطبيعي الفقير وسهم السادات لطبيعي الهاشمي الفقير فيصح لكل واحد من الأفراد أخذ ذلك السهم، كذلك يمكن أن يثبت ملك المال للشخص على عهده الجامع بين المتعددين، فيصح لذلك الشخص أخذ ذلك المال من أي من المتعددين.

ولكن مفاد قاعده على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لا ضمان الجامع بينهم، فالأظهر في المقام هو النحو الأول، فتدبر.

[١] ما ذكر قبل ذلك كان حال الأشخاص المتعاقبه أيديهم على العين بالإضافة إلى المالك، في أنه إذا أدى إليه بدل تلك العين أحدهم يسقط البديل عن ذمه الباقيين، أي

لا يكون للمالك حق في الرجوع إليهم، وأما حال بعضهم بالإضافة إلى الآخرين منهم في جواز رجوع مؤدى البدل إلى غيره.

فحاصل الكلام فيه: أنه إذا كان المؤدى تلف العين بيده، فمع عدم كونه مغرورا كما هو الفرض لا يرجع إلى غيره، وإذا لم يكن تلفها بيده فله أن يرجع إلى كل من فنقول: إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلاً، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّه الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيناً،

الشرح:

تسلم العين منه ولو بالواسطة إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين بيده.

وذكر رحمه الله في وجه ذلك أن من وضع يده على العين ابتداءً يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد، فتكون العين بيد السابق موصوفه بوصف وهو كون العين ذات بدل، وإذا تسلم الثاني العين من السابق يكون ضامناً بتلك العين مع أوصافها التي منها الوصف الحادث فيها بيد السابق. ومرجع ضمان العين ووصفها المزبور هو ضمان تلك العين، أى المبدل، والوصف، أى بدلها الثابت بذمه السابق على سبيل البدل والتخيير، حيث لا يمكن أن يكون اللاحق ضامناً للعين فقط دون وصفها، أى البدل الثابت بذمه السابق، وإلا لخرج البدل الذي يثبت بذمه اللاحق عن كونه بدلاً للعين المزبوره، حيث يجب أن يكون الثابت بذمه الآخر بدلاً عن العين وأوصافها.

والمتحصّل: أن ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفه، أى التي استقرّ تداركها بذمه السابق، بخلاف ما يدفعه السابق فإنه تدارك لنفس العين معينا؛ إذا لم يثبت بدلها بذمه أحد قبل أخذه؛ ليكون ضامناً لذلك البدل أيضا بنحو ما ذكر.

ثم إذا أدى اللاحق البدل إلى المالك سقط تدارك السابق؛ لأنّ ضمان اللاحق العين وبدلها الذي كان بذمه السابق تخييرى، بأن كان ضمان العين للمالك وضمان بدلها للسابق، ولا يجوز للسابق مطالبه اللاحق بالبدل قبل أدائه إلى المالك؛ لأنّ ضمان إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له.

ولا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه من باب الغرامه والتدارك، فلا اشتغال للذمّه قبل حصول التّدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمّه الأوّل. فحال الأوّل مع الثّاني كحال الضّامن مع المضمون عنه في أنّه لا يستحقّ الدفع إليه إلاّ بعد الأداء.

الشرح:

اللاحق بذلك البديل السابق من باب الغرامه لا- الدين لذلك السابق. ويكون حال الضامن الأوّل مع الثّاني حال الضامن مع المضمون عنه في عقد الضمان في أنّه كما لا يجوز للضامن قبل أداء المال إلى الدائن مطالبه المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الأوّل في المقام قبل أدائه البديل إلى المالك مطالبه الضامن اللاحق.

أقول: لا- يصلح ما ذكر رحمه الله وجهها لرجوع السابق إلى اللاحق؛ أمّا أولاً: فلأنّ الأوصاف المضمونه هي التي يكون لها دخل في ماليه العين، وثبوت البديل لها بدمه السابق لا يوجب زياده ماليتها أو نقصها.

وثانياً: فلأنّ ضمان الأوصاف باعتبار أنّ وضع اليد على العين وضع لليد على الأوصاف، واللاحق في المقام لا يضع يده على البديل الثابت بدمه السابق ليكون ضامناً له.

وثالثاً: فلأنّه على تقدير وضع يده على البديل المزبور فاللازم أن يكون ضامناً بذلك البديل للمالك للعين والوصف، ولا موجب لضمان اللاحق لأحد شخصين بأحد أمرين.

ورابعاً: فلأنّه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق، فإنّ ضمان العين بمعنى ثبوت البديل على العهده يحصل بتلفها، وقبل التلف لا يثبت البديل لا على ذمه السابق ولا على ذمه اللاحق، ومع تلفها يثبت البديل على عهده كلّ منهما في زمان واحد.

والحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمّته إمّا بتدارك العين، وإمّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبه اشتغال ذمّه أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد.

وربّما يقال [١] في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه: إنّ ذمّه من تلف بيده مشغوله للمالك بالبديل وإنّ جاز له إلزام

الشرح:

اللهم إلا أن يقال: إنَّ زمان ثبوت البدل بالذمه هو زمان الاستيلاء على العين، غايه الأمر يكون استقرار ذلك البدل مشروطا بتلف العين بنحو الشرط المتأخر، وعلى ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البدل بذمته بعد ضمان السابق، ولكن اعتبار التلف بنحو الشرط المتأخر غير ظاهر من أدله الضمان.

[١] القائل صاحب «الجواهر»^(١)، وحاصل ما ذكره رحمه الله أن رجوع من لم يتلف العين بيده إلى من تلفت بيده باعتبار أن البدل ثابت بذمه من تلف العين بيده فقط، غايه الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمه من تلفت العين بيده، وإلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدوانا.

ثم إنَّ السابق بأدائه البدل إلى المالك يملك ما للمالك بذمه اللاحق بالمعاوضه القهريه، أى المعاوضه التى لا تتوقف على الإنشاء والقصد.

وأورد المصنف رحمه الله على هذا الوجه أمور:

الأول: أن موجب الضمان على السابق وهو حديث على اليد^(٢)، ودلالته على الضمان عليهما على حد سواء، فإن كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البدل على غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضه الشرعيه القهريه، قال: وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده، وبين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل ذمته متعدده بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو، انتهى.

الشرح:

عهدته يكون كذلك فى السابق أيضا.

الثانى: أن الفرق بين الخطاب بالأداء والخطاب الذمى غير واضح، فإنَّ ثبوت البدل بالذمه (وهو الحكم الوضعى) يكون بتبع التكليف بالأداء.

الثالث: أن الفرق بين السابق واللاحق بثبوت البدل على اللاحق وعدم ثبوته على السابق خلاف الإجماع، فإنَّ إجراء أحكام الدين على ما بذمه السابق أيضا من تقديمه على الوصايا وضربه مع الغرماء وجواز مصالحه المالك مع السابق على ما بذمته

ص: ١١٤

١- (١) الجواهر ٣٧: ٣٤ .

٢- (٢) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

متسالم عليه عندهم.

الرابع: أنّ تملكك السابق البديل على اللاحق بلا موجب؛ لعدم وقوع المعاوضة الاختياريه مع المالك، ولا دليل على المعاوضه القهريه.

وبتعبير آخر: أداء السابق ما على اللاحق إلى المالك نظير أداء شخص دين الآخر في أنّ المؤدى لا يملك على المديون، غايه الأمر أداء دين الغير في سائر المقامات مستحب، وفي المقام واجب على السابق.

والخامس: أنّ لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد أداء البديل إلا على خصوص من تلفت العين بيده، لا إلى كلّ من تسلمها منه وإن لم تلف بيده، حيث إنّ البديل الذى ملكه السابق بالمعاوضه القهريه ثابت بذمه من تلفت العين بيده دون الآخرين.

أقول: الصحيح فى وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقا وأنت خير بأته لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأنّ خطابه ذمى وخطاب غيره شرعى، مع كون دلالة «على اليد ما أخذت» بالنسبه إليهما على الشواء، والمفروض أنّه لا- خطاب بالنسبه إليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمى. مع أنّه لا يكاد يعرف خلاف من أحد فى كون كلّ من ذوى الأيدى مشغول الذمه بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون فى إجباره على الدّفع

الشرح:

من أنّ دفع الضامن البديل إلى المالك معاوضه قهريه بين ذلك البديل والعين التالفه، حيث إنّ عمدته الدليل على الضمان فى موارد ضمان اليد هى السيره الدارجة بين العقلاء، ومقتضاها حصول المعاوضه المزبوره بالدفع؛ ولذا لا يكون للمالك بعد تسليم البديل طلب بقايا العين. وعليه ففى مورد تعاقب الأيدى على العين وتلفها يجوز لدافع البديل مطالبه ذلك البديل من كلّ من تسلّم العين منه ولو بالواسطه إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين بيده، باعتبار وضع كلّ منهم يده على تلك العين، ولكن لا يجوز له الرجوع إلى سابقه؛ لأنّ السابق قد دفع تلك العين إليه قبل ذلك فلا يكون لضمان السابق موجب.

وربما يقال، كما عن بعض الأجلّاء العظام: إن المبادله القهريه أمر لا أساس له عند

العقلاء وإنما ذكرها بعض المتأخرين، ولعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامه بالبدل، حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكا لصاحبه أو ملك الغارم.

وفيه: أنه قد تقدّم في توضيح الكشف الحكمي في إجازة المالك إمكان كون الشيء في زمان ملكا لواحد وفي ذلك الزمان بعينه ملكا لآخر، مع تعدّد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأول البدل يعتبر التالف ملكا للمالك في زمان طريان التلف عليه، وبعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف في ذلك الآن ملكا للضامن، والمصحح لذلك أو الدّفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضّرب فيه مع الغرماء، ومصالحه المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمّه. مع أنّ تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمّه من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التّدارك. مع أنّ اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في اليد العاديه إلّا إلى من تلف في يده، مع أنّ الظاهر خلافه، فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كلّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورته بقاء العين وأنّه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممّن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة [١] وللمالك استرداده

الشرح:

الاعتبار ترتّب الأثر عليه من ملك الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثاني.

ويشهد لذلك ملاحظه فسخ البائع بالبيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري، فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري وبعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الآن ملك البائع؛ ولذا يرجع إليه ببدله كما لا يخفى.

[١] يعني: إذا لم يمكن انتزاع العين ممّن تكون بيده يغرم من رجع إليه المالك بدل الحيلولة.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّه لا أساس لبدل الحيلولة، بل إن كانت العين بحيث تعدّ

تالفه فللمالك الرجوع إلى الضامن بالبدل، وإلا فعليه الصبر؛ ليمكن الضامن أو هو فيردّ بدل الحيلولة. ولا يرتفع سلطنه المالك على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني. لأنّ عهدها على الأول فيجب عليه تحصيلها، وإن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مؤنه الاسترداد [١] لياشر بنفسه.

الشرح:

على استرداد العين، غايه الأمر يكون له عوض المنافع الفائته كما تقدم، كما أنّه بعد أخذ المالك البدل للعين لا يستحقها فيما إذا اتفق إمكان استردادها مستقبلاً؛ لحصول المبادله قبل ذلك.

[١] لا- يبعد أن يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجره المزبوره زائده على أجره المثل، لا مع زيادتها؛ لأنّ العين له فلا يجوز للأخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور، وعمل المالك محترم فيستحق الأجره عليه. نعم، إذا كانت الأجره زائده على أجره المثل فلا- تتعين تلك الزيادة على الضامن، فإنّه مقتضى حديث نفي الضرر. ولا يعارض بضرر المالك، فإنّ عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع، ولا يكون ضرراً عليه.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا لم يتمكن على الاسترداد غير المالك وطلب من الضامن الزائد على الأجره المتعارفه، فإنّ في الفرض مقتضى حديث نفي الضرر (١) عدم وجوب الاستجابة لتلك الزيادة.

وظهر أيضاً أنه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال وطلب المالك أجره المثل؛ لياشر باستردادها، يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف في مال الغير بلا إذن مالكة واحترام عمل ذلك المالك، والله سبحانه هو العالم.

ثمّ إنّه بقي في المقام أمر: وهو أنه لو أبرأ المالك أحد الأشخاص المتعاقبه أيديهم ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك، وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزله التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجره المتعارفه للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأول؟ وجوه.

ص: ١١٧

هذا كله مع عدم تغيير العين، وأما إذا تغيرت فيجىء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها وإن كان كثير مما ذكرنا أيضاً مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب، إلا أن الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة، اغتناماً للفرصة. وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل، إنه غفار الزلل.

مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه: فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل [١] الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه:

الشرح:

على المال التالف فهل يسقط حق المالك بمطالبه البديل عنه فقط، أو لا يبقى له بعد ذلك حق بأن يطالب البديل عن السائرين؟ الأظهر هو الثاني؛ لأن للمالك بدل واحد، وذلك البديل ثابت على كل من الأشخاص المتعدده بحيث يصح له مطالبه أى منهم بذلك البديل، ولا يبعد أن يكون جواز المطالبه من حقوق المالك بحيث له أن يسقطه عن أحد الأشخاص مع إبقاء البديل بذمته، كما يشهد بذلك جواز تأجيل الدين بالاشتراط. فبالجملة، للمالك أن يسقط حق مطالبته عن أحد الأشخاص مع بقاء المال على عهده، ولكن إذا أسقط المال عن عهده فهو مساوق لاستيفاء ذلك البديل، وقد تقدم أن مع استيفاء البديل من أحدهم يسقط البديل عن عهده الآخرين، وأنه لا يبقى له دين على عهده الآخرين كما لا يخفى.

[١] وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما إذا باع ملكه مع غيره بصفقه واحده وبين ما إذا باع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله بثمن واحد في صفقه واحده.

الصحة لظهور الإجماع [١] بل دعواه عن غير واحد. مضافاً إلى صحيحه الصفار [٢] المتقدمه في أدله بطلان الفضولي من قوله عليه السلام «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء في ما يملك». ولما ذكرنا قال به من قال بطلان الفضولي كالشيخ وابن زهره والحلي وغيرهم. نعم لولا النص والإجماع [٣]

الشرح:

[١] تعليل للحكم بالصحة بالإضافة إلى ما يقبل الملك فيما إذا باعه مع ما لا يقبله.

[٢] يعنى: مضافاً إلى عدم احتمال الفرق بين المسألتين يدل على الحكم في المقام صحيحه الصفار.

فإن قوله عليه السلام فيها: «ووجب الشراء في ما يملك»^(١)، وارد فيما إذا باع مملوكة مع غيره بصفقه واحده كما لا يخفى.

[٣] يعني: لو لم يكن في البين صحيحه الصفار والإجماع على الصحه في المسأله الآتیه مع ملاحظه عدم الفرق بين المسألتين في الحكم لأمكن المناقشه في صحه البيع بالإضافه إلى ملك البائع بما يأتي في المسأله الآتیه، من أن مع إجراء البيع على المجموع بثمن واحد لا يكون تبعيظه، والحكم بصحته بالإضافه إلى ملك البائع مقتضى إطلاق دليل الإمضاء، حيث إن نقل بعض المثلثين لا يكون مقصودا إلا في ضمن نقل مجموع الثمن.

أقول: التبعض والحكم بالصحه بالإضافه إلى ملك البائع أو ما يقبل الملك لا يحتاج إلى الإجماع أو النص، بل انحلال البيع بالإضافه إلى أجزاء المبيع، يعني أجزاء المشاعه على الإطلاق، وأجزائه الخارجيه فيما إذا كان بنظر العرف من بيع

الشرح:

المجموع من الشئین كما ذكرنا سابقا، مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالیه في دليل الإمضاء على الاستقلال، كما في انحلال الموضوع في سائر الخطابات بالإضافه إلى أفراد ذلك الموضوع، وهذا بناءً على عدم تمام بيع الفضولى بإجازة المالك.

وأما بناءً على تمامه بها، فلا ينبغي الرب في صحته بالإضافه إلى ملك الآخر أيضا مع إجازته وبالإضافه إلى ملك البائع مع عدمها، غايه الأمر صحه البيع في بعض ما جرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بأن بعض ما جرى عليه البيع ملك الغير، أو لا يقبل الملك خيار تبعض الصفقه الذي مرجعه إلى خيار تخلف الشرط، على ما يأتي في بحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

ونظير جهل البائع ما لو كان بيعه بدعوى وكالته في المال الآخر وأنكرها مالكة، فإنه يثبت في الفرض للبائع أيضا خيار تبعض الصفقه، وإذا كان البائع أو المشتري عالما بالحال فلا مجال لثبوت الخيار له، ولعل كلام «الغنيه»^(٢) الذي نفى الخيار للبائع يراد به صورته علمه بالحال، وكلام الشيخ رحمه الله في «الخلاف»^(٣) الذي قوى ثبوته له ناظر

ص: ١١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

٢- (٢) الغنيه : ٢٣٠، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٠٧، والجواهر ٢٢ : ٣١٦.

٣- (٣) لم نعثر عليه في الخيار، بل أنكره الشيخ في الخلاف (٣ : ١٤٦، المسأله ٢٣٥)، نعم قواه في المبسوط كما هو المحكى في الجواهر (الجواهر ٢٢ : ٣١٦)، وراجع المبسوط ٢ : ١٤٥.

إلى صورته جهله بالحال.

وأما صحیحته الصفار، فإن كان المراد بالوجوب فيها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار لا للبائع ولا للمشتري، حيث ذكر فيها «وجب الشراء من المالك» وهو غير وجوب الشراء على المالك، ولكن الظاهر ولا أقل من الاحتمال بأن المراد هو ثبوت أمكن الخدشه فيه بما سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك [١].

وأما على القول بصحّته الفضولي فلا- ينبغي الزيب في الصّحّه مع الإجازة، بل وكذا مع الردّ، فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك [٢] غايه الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التّذكرة وسيجيء في أقسام الخيار بل عن الشّرخ في الخلاف تقويه ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنيه الجزم بعدمه ويؤيده صحیحته الصفار.

وربما حمل كلام الشّرخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن وكلام الغنيه على العالم، ثم إن صحّ البيع فيما يملكه مع الردّ مقیده في بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد [٣] من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمه. الشّرخ:

البيع فلا ينافي كونه خياريا.

[١] بالبناء للمفعول، أي بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبل الملك.

[٢] بأن كان البائع معتقدا بأن المبيع بتمامه ملكه ثم ظهر خلاف اعتقاده وأن بعضه مملوك للغير، فإن مع ردّ ذلك الغير البيع في ماله يصحّ البيع بالإضافة إلى ملك البائع.

أقول: لا- يحتمل الفرق بين المقام وظهور بعض المبيع ملك للغير، بل ظهوره ملك للغير من فروض المسأله فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصّحه في المسأله بالصّحه في ذلك الفرض.

[٣] كما إذا باع دينارين ودرهمين بدينار ودرهم، فإنه يكون صحّ هذا البيع وعدم لزوم الربا باعتبار وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فيكون بيع الدينارين بدرهم وبيع الدرهمين بدينار، وهذا مستفاد من بعض الروايات الواردة في الفرار من الربا، وإذا

ظهر في المثال كون الدينار المنضم إلى الدرهم ملك الغير تكون معامله بالإضافه إلى

الشرح:

الدرهم ربويّه، حيث يقع بإزائه أزيد من الدرهم الواحد.

لا يقال: مقتضى وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه لتصحيح معامله صحّه بيع الدينارين بالدرهم وبطلان بيع الدرهمين بالدينار، ولا يلزم من ذلك ربا.

فإنّه يقال: انحلال المبادله إلى مبادلتين كما ذكر لم يكن من قصد المتعاملين، بل بالتعبّد المستفاد من بعض الروايات؛ ولذا تصحّ المبادله فيما إذا قصد مبادله المجموع بالمجموع، وعلى ذلك فلو تم البيع بالإضافه إلى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الروايه وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فلا ربا. وأما مع فساد البيع في بعض العوضين ولو بظهور كونه ملك الغير فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبائعه بإزاء مخالفه، فإنّ الوقوع كذلك إمّا بقصد المتعاقدين أو بالتعبّد، والمفروض انتفاء الأول وورود التعبّد في صورته صحّه البيع في الضميمه.

وربما يقال: إنّ ضمّ مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتّى مع إجازة مالك تلك الضميمه، وكذا في مسأله بيع العبد الآبق، وذلك فإنّ كلّاً من المالكين يكون بائعا بالإضافه إلى ماله فقط، ومكلفا بالوفاء ببيعه فيكون البائع مع كون الضميمه ملك الغير بائعا ماله بجنسه مع الزياده، مثلاً إذا باع دينار غيره مُنضمّا إلى درهمه بخمسه عشر درهما وفرض أنّ الدينار يساوي عشره دراهم، فيكون بيع درهمه بالأزيد من الدرهم كما يكون بيع الآخر ديناره بالأزيد من عشره دراهم.

أقول: قد ذكرنا أنّ ظاهر الروايات الوارده في الفرار من الربا وقوع درهم واحد بإزاء درهمه والباقي وهي أربعه عشر بإزاء الدينار فلا ربا مع التعبّد بالانحلال بهذا النحو، ولم يذكر في تلك الروايات إلّا اعتبار الضميمه لا اعتبار كونها ملك البائع أيضا. وسيجيء الكلام في محلّها. ثمّ إنّ البيع المذكور صحيح بالنسبه إلى المملوك بحصّه من الثمن، وموقوف في غيره بحصّه منه. وطريق معرفه حصّه كلّ منهما من الثمن [١] في غير المثلى: أن يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر: ما إذا كان ثمنهما ثلاثه دنانير وقيل: إن قيمه المملوك قيراط وقيمه غيره قيراطان، فيرجع

الشرح:

نعم، ناقش صاحب «الجواهر»^(١) رحمه الله فى استحقاق مالك الدرهم درهما ومالك الدينار أربعة عشر درهما ولكن لا لاعتبار ملك البائع الضميمة، بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع وأيضا لا وجه لاعتبار ملك الضميمة فى مسألة بيع العبد الآبق فإنه وإن ذكر فى بعض الروايات أن الضميمة باعتبار أنه لولم يظفر المشتري بالآبق يكون قد وصل إليه بإزاء ثمنه تلك الضميمة، إلا أن المراد أن لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض أصلاً، ولا يقتضى ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بائع العبد وتملكها منه.

[١] ذكر رحمه الله فى تعيين حصه البائع من الثمن مع إجازة المالك وعدمها أن يقوم كل من مال البائع والمال الآخر منفرداً، ويجمع قيمتهما ويلاحظ نسبة قيمه كل إلى ذلك المجموع، فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه، مثلاً إذا كانت قيمه لمال البائع أربعة دراهم والقيمه السوقيه للمال الآخر ثمانيه، يصير مجموعهما اثني عشر درهماً، فتكون قيمه مال البائع ثلث المجموع. ولو فرض أن الثمن المسمى سته دراهم فيستحق البائع منه الثلث، يعنى درهمن، ويجرى هذا حتى فيما إذا كان للهيئه الاجتماعيه دخل فى زياده القيمه السوقيه كمصراعى الباب، وإلى هذا النحو من وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به فى الإرشاد حيث قال: ويقسطن المسمى على القيمتين. ولعله أيضا مرجع ما فى الشرايع والقواعد [١] واللمعه: من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما، ولهذا فسّر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارته الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمى على القيمتين... الخ.

الشرح:

التقسيط يشير ما فى «الإرشاد» من أنه يقسطن المسمى على القيمتين^(٢)، أى على القيمه السوقيه لمال البائع والقيمه السوقيه للمال الآخر، فإن تقسيط الثمن المسمى عليهما لا يكون إلا بما ذكر.

[١] ذكر فى «الشرايع»^(٣) و«القواعد»^(٤) و«اللمعه»^(٥) فى تعيين حصه البائع من

١- (١) الجواهر ٢٢ : ٣٠٩ .

٢- (٢) الإرشاد ١ : ٣٦٠ .

٣- (٣) الشرائع ٢ : ١٥ .

الثلث أنه يقوّمان معا، ثم يقوّم أحدهما، ولعل المراد بذلك أيضا ما تقدّم من تقويم كلّ من المالين منفردا، ثم جمع القيمتين وتعيين نسبه أحدهما إلى المجموع والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه.

ويؤيد كون المراد ما ذكر تفسير صاحب «جامع المقاصد» عبارته «الإرشاد» (1) بما في الكتب المزبوره، ولكن للمناقشه في ذلك مجال واسع، فإنّ ظاهرها تقويم المالين معا، ثم تقويم أحدهما منفردا، وتعيين النسبه بين قيمه أحدهما منفردا وقيمه كليهما معا والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه. مثلاً- إذا كان المبيع مصراعى الباب وقوّم المصراعان معا بعشره دراهم وقوّم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبه بين قيمه لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجوده في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارته الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر، إذ لو كان المراد من «تقويمهما معا»: تقويم كلّ منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم: ثمّ يقوّم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته إذ ليس هنا إلاّ- أمران: تقويم كلّ منهما، ونسبه قيمته إلى مجموع القيمتين، فالظاهر إرادته قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظه نسبه قيمه أحدهما إلى قيمه المجموع.

ومن هنا أنكر عليهم جماعه تبعاً لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده قيمه، كما في مصراعى باب وزوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشره وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمس، فإنّه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبه إليه كنسبه الاثنيين إلى العشره استحقّ من البائع واحداً من الخمسه فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّ من الثمن إلاّ مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين ونصفاً.

الشرح:

أحدهما منفردا وقيمه كليهما معا الخمس، ولو فرض الثمن المسمّى خمس دراهم فيرجع المشتري إلى البائع بخمس الثمن، أى بدرهم واحد ويبقى للبائع أربعة دراهم

ص: ١٢٣

بإزاء مصراع واحد. والوجه في ظهور عبارته الكتب في ذلك أنّ المذكور فيها تقويم أحدهما بعد تقويم المالكين، وهذا لا يكون إلا إذا كان تقويم المالكين بتقويمهما معا.

وهذا بخلاف الطريق السابق، فإنّه عليه يكون للبائع نصف المسمى، أى درهمان ونصف، ويرجع المشتري بنصفه الآخر؛ لأنّ النسبه على الطريق المزبور بين قيمه أحدهما ومجموع القيمتين هو النصف.

والحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصّه من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصّه كان يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر.

هذا، ولكنّ الظاهر أنّ كلام الجماعه إمّا محمول على الغالب: من عدم زياده قيمه ولا- نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما تقويم كلّ منهما منفرداً، ويراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظه قيمته مع مجموع القيمتين، وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا- يحتاج إلى التّفصيص بصوره مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها وإن كان ضعيفاً بأخذ النسبه للمشتري بين قيمه أحدهما المنفرد وبين قيمه المجموع، بل ينتقض بصوره مدخلية الاجتماع في نقصان قيمه بحيث يكون قيمه أحدهما منفرداً مثل قيمه المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن كما صرّح به في رهن جامع المقاصد وغيره فإنّ الالتزام هنا بالنسبه المذكوره يوجب الجمع [١] بين الثمن والمثمن، كما لو باع جاريه مع أمها قيمتهما مجتمعين عشره وقيمه كل واحد منهما منفرده عشره بثمانيه؛ فإنّ نسبه الشرح:

[١] ولكن لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض على التّفصيص الذي ذكره رحمه الله، بل بناءً عليه يرجع المشتري بنصف الثمانيه باعتبار أنّ قيمه كلّ من الجاريه وأمها على الانفراد عشره فيصير مجموع قيمتها عشرين، والنسبه بين قيمه إحداهما، أى العشره والمجموع، هو النصف ولكن ينبغي أن يعدّ هذا الفرض على تقدير اتفاهه إشكالاً أيضاً على التّفصيص الذي ذكره رحمه الله واستظهره من عبارته «الإرشاد» غيره (١)، حيث لا وجه

ص: ١٢٤

لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع كون ملكه مساويا لتمام الثمن المسمى.

قيمه إحداهما المنفرده إلى مجموع القيمتين (١) نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع بكل الثمانية. وكأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن.

فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا من ملاحظه قيمه كل منهما منفرداً، ونسبه قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما بذل [١] الثمن في مقابل كل منهما مقتيداً باجتماعه

الشرح:

[١] وحاصله: أن المتعين في طريق تقسيط المسمى هو ما ذكر في «الشرايع» و«القواعد» و«اللمعه» ولكن ينبغي أن يكون المراد بأحدهما في قولهم: (يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما) هو مال البائع، وأنه إذا قوّم المالان ثم قوّم مال البائع منفرداً وعين النسبه بينهما يكون البائع مستحقاً من المسمى بتلك النسبه، كما إذا قوّم الباب بمصراعيه بعشره دراهم وقوّم مال البائع بدرهمين والنسبه بين الدرهمين والعشره هي الخمس، فيستحق البائع درهما في فرض كون المسمى خمسه دراهم. والوجه في تعيين التقسيط بهذا النحو هو جريان البيع على المالين مع الهيئه الاجتماعيه، وما تمّ بيعه هو مال البائع منفرداً.

وعلى ذلك يستحق البائع في مثال الأمه وأمهات تمام الثمانية؛ لأنه لا قيمه للهيئه الاجتماعيه، ولا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض والمعوض هذا.

ولكن ما ذكر غير صحيح، وأن البائع في بيع مصراعي الباب يستحق نصف الثمن المسمى، والوجه في ذلك أن الهيئه الاجتماعيه من قبيل الأوصاف، والأوصاف لا يقع بإزائها الثمن؛ ليقسط عليها كتقسيطه على المالين، وهذا في الضمان المعاضى وأما في ضمان اليد فالأوصاف ومنها الهيئه الاجتماعيه تدخل في الضمان، ويكون تلف مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبايع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءً نسبتبه إليه كنسبه الدرهمين إلى العشره، وهو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشتري، وإن كان ما أوهمه عباره الشرائع وشبهها من أخذ البائع أربعة، والمشتري واحداً أشدّ ظلماً، كما نبه عليه

ص: ١٢٥

١- (١) الأصح في عبارته أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعتين» كما نبه عليه بعض المحشّين، أنظر هدايه الطالب: ٣١٣.

فى بعض حواشى الرّوضه، فاللازم أن يقسّط الثمن على قيمه كلّ من المملّكين منفرداً وعلى الهيئه الاجتماعيه، ويُعطى البائع من الثمن بنسبه قيمه ملكه منفرداً، ويبقى للمشتري بنسبه قيمه ملك الآخر منفرداً وقيمه هيئه الاجتماع.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجهه لزياده قيمه ليس مضموناً فى باب المعاوضات وإن كان مضموناً فى باب العدوان، غايه الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصّيفه. ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعدّدين فى الوجود كعبد وجاريه، أو متّحداً كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنّه لا يوزع الثمن على قيمه المجموع أثلاثاً، لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقلّ رغبه منه، بل يلاحظ قيمه الثلث وقيمه الثلثين ويؤخذ النّسبه منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النّسبه.

الشرح:

الوصف فى يد الغاصب كتلف نفس العين مضموناً عليه.

أقول: بالتأمل فى جميع ما تقدم يظهر أنه يعتبر فى تقسيط الثمن على المالين تقويمهما حال بيعهما اجتماعاً ثم تقويم ملك البائع منفرداً، فى فرض عدم إجازته مالك الآخر البيع فى ماله وأن البائع يستحق من الثمن المسّمى بتلك النّسبه، كما أنه يقوم مال البائع بلحاظ بيعه منضمّاً إلى المال الآخر، فى فرض إجازته مالك المال الآخر، فإنّ عدم ضمان الهيئه الاجتماعيه كسائر الأوصاف بضمن معاوضى ليس مقتضاه تقويم كلّ من المالين منفرداً، مع دخاله الهيئه الاجتماعيه فى زياده الثمن كما لا يخفى.

هذا كلّه فى القيمى. أمّا المبيع المثلى: فإن كانت الحصّه مشاعه قُسيط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتى البائع والأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّه كلّ منهما معيّنه كان الحكم كما فى القيمى: من ملاحظه قيمتى الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

مسأله: لو باع من له نصف الدّار نصف ملك الدّار [١] فإن علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلاّ فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بتكك نصف الدّار» إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمّله على نصفه المملوك له، وحمله على النّصف المشاع بينه وبين الأجنبيّ.

الشرح:

ص: ١٢٦

[١] وحاصله: لو فرض اشتراك اثنين أو أزيد في عين بنحو الإشاعه، كما إذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفه وباع أحدهما نصفها، فإن علم إرادته البائع بيع حصه شريكه أو الإشاعه بين الحصتين فلا كلام، وأما إذا لم يقصد إلا مدلول قوله: «بعت نصف تلك الدار بكذا»، وفرض قبول المشتري ذلك المدلول، فهل ينتقل إلى المشتري تمام حصه البائع من تلك الدار، أو يكون المبيع نصف كل من حصتي البائع وشريكه فيكون المبيع المزبور نافذا بالإضافة إلى نصف حصه البائع، وفضوليا بالإضافة إلى نصف حصه شريكه؟ احتمالان.

ويقتضى الأول ظهور النصف وانصرافه في مقام التصرف إلى ما ينفذ فيه تصرف البائع، ولكن هذا الظهور معارض بظهور النصف في نفسه في الإشاعه بين الحصتين، كما أنه معارض بظهور بيع البائع في كونه بالأصالة.

وبالجملة: أن البيع بالإضافة إلى نصف حصه البائع محرز، وأما بالإضافة إلى نصفها الآخر أو نصف حصه شريكه فمقتضى المعارضه المزبوره عدم إحراز شيء منهما.

ومنشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف أعنى الحصه المشاعه في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعه كما سيجيء أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من تبه الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بناءه على تملكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب والكلّ خلاف المفروض هنا.

وممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، وبين قول البائع: «بعت غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبده غيره، حيث ادّعى فخر الدين قدس سره الإجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما إجمال لفظ المبيع.

الشرح:

وبهذا يفترق المقام من قول البائع: «بعت غانماً»، حيث إن الغانم بمعنى العبد من الكلى الطبيعي الصادق على كل من عبد البائع وعبد غيره، ويحمل على عبد

البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف وظهور الهيئه في قوله: «بعت غانما»، في الأصله من غير ظهور معارض، وهذا بخلاف ما إذا قال: «بعت نصف الدار»، المفروض كونها مشتركه بين الاثنين بنحو الإشاعه، فإن ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصه البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكيلاً عن شريكه أو ولياً عليه فهل يكون الحكم كما في صورته كونه أجنبياً أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين في الصوره السابقه هو ظهور النصف بقريته مقام التصرف في النصف المختص للبائع كما هو الأظهر فلا معارضه في صورتى الوكاله والولاية، بل يؤخذ ثم إنه لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو ولياً عن مالكه، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبتنان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصله. الأقوى هو الأول، لأن ظهور التملك في الأصله من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق.

الشرح:

بظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين؛ لأن الموجب لظهور النصف في خصوص حصه البائع عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصه، ومع الوكاله أو الولاية يكون تصرفه نافذاً في حصته وحصه شريكه على السواء.

وعلى ذلك فمع عدم تعيين إحدى الحصتين بخصوصها كما هو المفروض يحمل المبيع على الإشاعه بينهما.

وأما ظهور البيع في كونه بالأصله، فهذا لا يعارض ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين، بل ظهور النصف يكون حاكماً على ظهور البيع في الأصله، فإن ظهور البيع في الأصله من قبيل الظهور الإطلاقي للفعل وبمقدمات الحكمه؛ ولذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور في الأصله. وظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين أيضاً ظهور إطلاقي ولا يكون له ظهور في الإشاعه بينهما فيما إذا قيد ذلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، إلا أن الظهور المتعلق ولو كان إطلاقياً يكون حاكماً على ظهور الفعل، حيث إن المتعلق بالإضافه إلى الفعل من قبيل المقيد بالإضافه

إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن في الصورة الأولى ظهور النصف وانصرافه إلى حصه البائع بقريته مقام التصرف لكان ظهور البيع في الأصل محكوماً بظهور النصف في وما ذكره الشهيد الثاني: من عدم قصد الفضولي [١] إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهورٍ واردٍ على ظهور المقيّد، إلاّ أنّه مختصّ بالفضولي، لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل والوليّ، فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع تحكيماً لظاهر النصف، إلاّ أن يمنع ظهور «النصف» إلاّ في النصف المشاع [٢] في

الشرح:

الإشاعة بين الحصتين.

والحاصل: أنّ مع عدم وكالة البائع أو ولايته لا يحمل النصف على الإشاعة الحصتين، بل يكون إنشاء البيع مجملاً بالإضافة إلى بعض المبيع، بخلاف صورتى الوكالة والولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعة، وإليه يشير قوله رحمه الله: «فالأقوى فيهما الاشتراك».

[١] وحاصله: أنه بناءً على كلام الشهيد الثاني (١) من عدم قصد الفضولي مدلول اللفظ يكون النصف محمولاً على خصوص حصه البائع فيما إذا كان أجنبياً، ويحمل على الإشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلًا أو ولياً على شريكه. وذلك فإن أصله القصد في كلّ متكلم ومتصرف ومنه البائع تكون معينه للمراد من النصف في قوله: «بعت نصف الدار»، وأن المبيع خصوص حصته. بخلاف صورة الوكالة أو الولاية فإن الأخذ فيهما بظاهر النصف، يعنى الإشاعة بين الحصتين لا ينافى أصله القصد، حيث إن البائع لكونه وكيلًا أو ولياً يقصد البيع لا محاله.

[٢] وحاصله أنه يمكن منع ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين بأن يقال: غايه ظهوره الإشاعة في مجموع العين لا في كلّ من الحصتين، فيكون مقتضى قوله: «بعت نصف الدار بكذا» حتّى في صورته وكالته أو ولايته هو بيع خصوص حصته، المجموع، وأمّا ملاحظه حتّى المالكين وإرادته الإشاعة في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومه، بل معلوم العدم بالفرض.

ص: ١٢٩

ومن المعلوم: أنّ النّصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلاّ مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه، لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

الشرح:

وكما كان في قوله: «بعت غانماً» مقتضى الأصاله بيع عبده كذلك في قوله: «بعت نصف الدار».

ولذا ذكروا (1) في مسأله ما إذا وهبت الزوجه نصف مهرها لزوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، أنه يستحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، ولو كان النصف ظاهراً في الإشاعه بين الحصتين لكان للزوج بعد الطلاق نصف النصف الباقي وقيمه نصف الموهوب.

لا- يقال: لا- شهاده في الفرع على كون النصف المضاف إلى العين ظاهراً في الإشاعه في مجموع تلك العين لا في الإشاعه بين الحصتين، وذلك فإن استحقاق الزوج النصف الباقي من المهر باعتبار أن حقه الأول هو نصف الباقي وقيمه النصف الموهوب، ولكن يجوز في القيميات مع التمكن على المثل دفعه. وحيث إن النصف الباقي على ملك الزوجه مثل النصف الموهوب فلا تعتبر قيمه الموهوب، نظير ما ولعله لما ذكرنا ذكر جماعه كالفاضلين والشهيدين وغيرهم: أنه لو أصدق المرأه عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا- نصف الباقي وقيمه نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً وليس إلاّ من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لما كان الربع الباقي للمرأه من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلاّ بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار قيمه، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضه مع كونها قيمه.

ص: ١٣٠

١- (١) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسأله العاشره، وانظر القواعد ٢: ٤٣، واللمعه دمشقيه: ١٩٧، والروضه البهيه: ٣٦٧، والمسالك ٨: ٢٥٥، والإيضاح ٣: ٢٣٣، والكفايه: ١٨٢، والرياض ٢: ١٤٦.

ذكروا في باب القرض أنه لو أقرض قيميا فللمقترض دفع العين التي اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

فإنه يقال: نعم، يمكن أن يكون ما ذكر وجهها لاستحقاق الزوج تمام المهر في الفرض المزبور، إلا أن ظاهر كلماتهم فيه لا يساعد على هذا الوجه، بل ظاهرهم استحقاق الزوج تمام المهر باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقي وأنه لا فرق بين النصف المضاف إلى العين وبين سائر الكلى الطبيعي المحمول على الفرد المملوك.

وعلى ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه منافيا لما يذكر في المقام من ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين، ولكنه يحمل على خصوص حصه البائع بقربنه مقام التصرف.

وأیضا ینافی ما یدکر فی المقام ما ذکره (١) فی باب الصلح من أنه لو كانت العين لکن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام. ونظيره في ظهور المنافاه لما هنا: ما ذكره في باب الصلح: من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركه كالإرث فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكره هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن وقع مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس سرهم اختصاصه بالمقر له [١].

بید أحد وادعاها اثنان بسبب موجب للشركه بين المدعين، كما إذا قالوا: إنهما ورثاها من أبيهما، وفرض إقرار ذي اليد لأحدهما بنصفها ولم يعترف للآخر بنصفها الآخر، ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر في النصف الذي اعترف له بألف دينار، فإنهم ذكروا صحه الصلح ونفوذه في ربع الدار. وأما في ربعها الآخر، فتمام الصلح موقوف على

ووجه المنافاه: أنّ النصف الذى وقع مورد الصلح بألف دينار يصدق على كلّ من نصفها الذى يدعيه المصالح وعلى النصف الذى يدعيه الآخر، وعلى النصف من الحصتين، ومقتضى وقوعه فى مقام المصالحة والتملك حمله على النصف الذى ملكه باعتراف ذى اليد؛ ولذا لو صالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذى اليد نفذ الصلح فى نصفه المختص.

[١] يعنى: حيث إن ما ذكره فى مسأله المصالحة من نفوذها فى ربع المال ينافى ظاهرهم من حمل النصف فى مقام التصرف على خصوص حصه المتصرف، اختار وفضّل فى المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذى اليد، فاختار مذهب المشهور فى الثالث، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعه وحكم بالاختصاص فى الأولين، لاختصاص النصف وضماً فى الأول وانصرافاً فى الثانى إلى النصف المختص. واعترضه فى مجمع الفائده: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به، وتام الكلام فى محلّه.

الشرح:

بحر العلوم (١) رحمه الله أنّ النصف فى مسأله المصالحة أيضا يحمل على خصوص حصه المقر له، فتكون المصالحة نافذه فى تمام حصه المقر له وهى نصف العين.

وأىضا فضّل فى «المسالك» (٢) وقال: لو أُجريت المصالحة على نصف المقر له أو على نصف العين فتحمل على الحصه الواقعيه للمقر له؛ لأنّ مقتضى الإضافه فى الأول، ومقتضى الظهور فى مقام التصرف فى الثانى، هو الحمل على حصه المتصرف. وأما إذا أُجريت على النصف المعترف به فتحمّل على الإشاعه بين الحصتين، فيكون نفوذهما معا بتمامهما محتاجا إلى إجازه صاحبه. ولكن يرد (٣) على «المسالك» أنّ ما ذكر ليس تفصيلاً فى مسأله المصالحة، بل اختيار لقول مشهور القائلين بالحمل على الإشاعه بين الحصتين؛ لأنّ المفروض فى كلماتهم إجراء المصالحة على النصف

ص: ١٣٢

١- (١) المناهل : ٣٥٨ .

٢- (٢) المسالك ٤ : ٢٧٢ .

٣- (٣) راجع مجمع الفائده ٩ : ٣٤٩ .

المعترف به، فراجع.

ص: ١٣٣

وعلى كل حال، فلا إشكال في أن لفظ [١] «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حال أو مقال يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، ولهذا أفتوا ظاهراً على أنه لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان،

الشرح:

[١] يعنى: يحمل النصف المضاف إلى العين في مقام الإقرار على الإشاعه بين الحصتين بلا خلاف. نعم، مع القرينه على إرادته المقر حصته أو حصه غيره فلا كلام؛ ولهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد اثنين وكانت يد كل منهما عليها بالمناصفه، واعترف أحدهما لثالث بثلتها وأنكره صاحبه بأن ما بيد المعترف من نصف العين يكون بينه وبين الثالث المزبور على حد سواء، كما أنّ ما بيد الآخر من نصف الدار يكون الزائد على حصته وهو سدس العين محسوبا على المعترف والثالث على حد سواء.

لا يقال: هذه الفتوى غير مناسبة لحمل الاعتراف لثالث على الإشاعه بين الحصتين، فإن مقتضى حمله عليها أن يكون ثلث ما بيد المعترف الذى هو سدس العين وثلث ما بيد الآخر وهو سدسها أيضاً لذلك الثالث، وحيث إن صاحب المعترف ينكر الاعتراف فقد تلف سدس العين على ذلك الثالث ويبقى له السدس الذى بيد المعترف.

فإنه يقال: ما بيد المنكر من نصف العين ليس عين ماله، بل مقدار حصته بزعم المقر وزائد على ذلك المقدار بثلث، ولو كان مال المنكر متعيناً بما بيده، كما إذا كانت داران إحداهما بيد زيد والأخرى بيد عمرو واعترف زيد لثالث بنصف كل من الدارين، ففي هذه الصورة باعتبار تعيين مال عمرو بما بيده يكون النصف الآخر ممّا بيده تالفاً على الثالث فقط للإنكار.

والحاصل: ما بيد المعترف في المثال المتقدم مقدار حصته مع زياده لا أنها حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذب الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده، لأنّ المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرفه في النصف، لأنّه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبه إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء، فإنّه قدر تالف من العين المشتركه، فيوزع على الاستحقاق.

ودعوى: أن مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما فى يد كلّ منهما، فىكون فى يد المقرّ سدس، وفى يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، وقال: «إنّ له فى يد كلّ منهما سدساً» وإقراره بالنسبه إلى ما فى يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما فى يده، وهو السدس المقرّ به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

الشرح:

حصته، بل حصه ذلك الثالث والمعترف مقداراً بلا تعيين خارجى لهما، وعلى ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبتته إليه وإلى الثالث على حد سواء، كما أنّ ما بيد المنكر زائدا على حصته وهو سدس العين، نسبتته أيضا إلى المعترف والثالث على حد سواء، ونتيجته ذلك هو الحكم بالمناصفه فى التالف وما بيد المعترف حتّى مع حمل الاعتراف على الإشاعه بين الحصتين.

نعم، لو قيل بإمكان تعلق الغصب بالمشاع ويجواز تقسيم أحد الشريكين مع الغاصب فى إفراز حصته لأمكن القول بأن سدس العين المفروض كونها بيد المنكر يحسب تالفا على الثالث فقط، بدعوى أنّ وضع كلّ منهما يده على نصف العين بمنزله تعيين كل منهما حصته بما بيده، فلا مال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفا عليه وعلى الثالث معا، ولكن تعلق الغصب بالمشاع وإن كان ممكنا إلا أنه لا يصحّ الإفراز مع الغاصب، بل لابد من كونه برضاء الشركاء.

مدفوعه: بأنّ ما فى يد الغير ليس عين ماله، فىكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره ودار غيره، بل هو مقدار حصّيته المشاعه، كحصّيه المقرّ وحصّيه المقرّ له بزعم المقرّ، إلاّ أنّه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلاّ على احتمالٍ ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحّه تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغضوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف فى محلّه وإن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للخرج أو السيره.

نعم يمكن أن يقال: بأنّ التالف فى هذا المقام [١] حاصل بإذن الشارع للمنكر

الشرح:

ويتفرّع على ذلك أى على تعلق الغاصب بالمشاع وعدم صحّه الإفراز مع الغاصب أنه لو كانت الدار لاثنين على الإشاعه وكانا ساكنين فيها وأخرج الظالم أحدهما وسكن مكانه فيلزم على الشريك الساكن نصف أجره المثل فى نصف الدار لصاحبه الذى أخرج الظالم؛ لأنّ حصه الشريك الساكن لا تتعيّن فى النصف الذى يسكن باعتبار عدم صحّه الإفراز مع الغاصب. نعم، يكون ما على الظالم أيضا من أجره المثل له ولشريكه بالمناصفه.

[١] يعنى: يمكن أن يقال: عدم جواز الإفراز مع الغاصب لا- يلزم عدم الإفراز فى المقام، بل فى المقام يكون الزائد فى يد المنكر محسوبا على المقر له، وذلك لأنّ إنكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزائد على حصته بزعم المقر، حسابا لذلك الزائد على المقر له.

ونظير المقام مسأله الإقرار بالنسب، فإن مقتضى إنكار الوارث الآخر أن يضع يده على الزائد على حصته حسابا على من لم يقر بنسبه، فلا يكون ما بيد المقر مشتركا بينه الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، والشّارع إنّما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشّارع إنّما حسب السّيدس فى يد المنكر على المقرّ له، فلا- يحسب منه على المقرّ شىء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشّارع حتّى يحسب على كلا الشّريكين.

الشّرح:

وبين المقر له على حد سواء.

ولكن لا- يخفى أنّ مقتضى نفوذ الإقرار على المقرّ أن يترتب على ما بيده من المال أثر الواقع، والمفروض أنّ ما بيده بحسب إقراره ملك له وللمقر على حد سواء، كما الموجود بيد المنكر يكون الزائد منه على حصته مشتركا بينه وبين المقر له كذلك.

أقول: لا ينبغى الريب فى أنّ النصف أو نحوه عند إضافته إلى عين لا يكون ظاهرا فى الإشاعه بين الحصتين، كما تقدم فى تقرير مسأله الطلاق، وإذا ملك زيد وعمرو دارا بالمناصفه فأى جزء يفرض من الدار فهو، وإن كان مشتركا بينهما بالمناصفه، إلا أنّ حصه كلّ منهما لا- تنتصف بينهما بالمناصفه؛ ولذا لا يكون عند ما يقال: نصف تلك الدار، فى مقام البيع والإقرار ظاهرا فى الإشاعه بين الحصتين، بل النصف أو نحوه بالإضافه إلى الحصتين من قبيل الكلى فى المعين. والمراد بالإشاعه فيه عدم تعيين

النصف فى جهه العين بكونها طرفها الشرقى أو الغربى، بل أى جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف، وأما حساب ذلك المقدار على أى من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينه عليه، ومقتضى القرينه فى مقام التصرف حملة على حصه المتصرف فقط، حيث إن مقتضى الإطلاق، أى مقدمات الحكمه فى ذلك المقام، وقوع التصرف لنفسه لاعن الآخر بالولاية أو فضولاً، فإن الوقوع عن الآخر كذلك يحتاج إلى التقييد والقصد فيما إذا كان المال الذى يتصرف فيه كلياً فى الذمه أو كلياً فى المعين، والمفروض فى المسأله أن البائع لم يقصد من قوله: «بعت نصف الدار بكذا»، إلا ما والحاصل: أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، ولعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه فى الإيضاح إلى الأصحاب فى مسأله الإقرار بالنسب: أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما فى يده، نظراً إلى أنه أقر بتساويهما فى مال المورث، فكل ما حصل كان لهما، وكل ما توى كان كذلك.

الشرح:

يكون ظاهراً منه عند تمام الإطلاق.

ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك فى مسأله استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول وبعد هبه الزوجه نصف مهرها له، حيث إن مقتضى خروج النصف من ملك الزوجه إلى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

وما تقدم من المصنف رحمه الله من أن ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل، بمعنى أنه لا- تتم مقدمات الإطلاق فى ناحيه الفعل المقتضى لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق فى الإشاعه بين الحصتين، ففيه:

أولاً: أن المتعلق كما ذكرنا لا ظهور له فى الإشاعه بين الحصتين.

وثانياً: لا- يكون ظهور المتعلق بياناً فى كل مقام، بل ربما يكون ظهور الفعل بياناً لإطلاق المتعلق، نظير قوله: «لا تضرب أحداً»، فإن النهى عن الضرب الظاهر فى المؤلم قرينه على تقييد المتعلق بالأحياء، وقد ذكر رحمه الله فى بحث الاستصحاب أن النهى عن النقص قرينه على اختصاص المراد من اليقين والشك بموارد الشك فى الرفع.

هذا كله فى مقام التصرف ونحوه، وأما فى مقام الإقرار فليس فى البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصه المقر، بل الإخبار عن حصه من العين بأنها للغير

مقتضاه الحصة المزبوره تخرج عن تمام العين، فينفذ من الإقرار بمقدار الإقرار على النفس ولا ينفذ ما يكون إقرارا على الغير.

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، من جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معامله المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذى أقرّ به، ومن المعلوم: أنّ مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقرّ هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمنصفه، وأمّا المنكر عالمًا، فيكون ما فى يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلا ما قابل حقه ممّا فى يدهما، والزائد حقّ لهما عليه.

وأمّا مسألة الإقرار بالنسب [١] فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، وحكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلاّ أنّه صرح جماعه ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعده حتّى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعه، وتبعه سبطه وسيد الرياض فى شرحى النافع.

الشرح:

[١] ومما ذكرنا فى مسأله اعتراف أحد الشريكين بثلث العين للآخر يظهر حال إقرار أحد الوارث بالنسب للثالث فى أنّ ما يكون بيد الوارث لمنكر لا يحسب تالفا على ذلك الثالث فقط، بل يكون ما بيد المقرّ لهما وما بيد المنكر تالفا عليهما على حد سواء.

نعم، فى البين روايات (١)، وربما يستظهر منها أنّ التالف بالإنكار لا يحسب على المقرّ بالنسب للثالث، ولكنها لضعفها غير قابله للاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى؛ لأنّ نقل أصحاب الحديث تلك الروايات فى كتبهم لا يدل على عملهم بها، كما يمكن أن يكون عمل البعض من غيرهم؛ لاعتقادهم موافقه مضمونها للقاعده، حيث تقدم دعوى أنّ مقتضاها حساب التالف بالإنكار على المقرّ له فقط.

والظاهر: أنّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفه المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل والكليني، بل وغيرهما. فروى الصدوق مرسلًا والشيخ مسنداً عن أبى البخترى وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى

ص: ١٣٨

أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات وترك ورثه فأقر أحد الورثة بدين على أبيه : أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتيهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته». وبالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام : من أقر لأخيه فهو شريك في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم». وعن قرب الإسناد رواه الخبرين عن السندی بن محمد، وتمام الكلام في محله من كتاب الإقرار أو الميراث إن شاء الله.

مسأله: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفة بثمن واحد، صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً، كما عن الغنيه، ويدل عليه: إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمه. ودعوى: انصرافه إلى صورته [١] كون

الشرح:

[١] حاصل الدعوى أن المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام : «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (١) بعض القرية المفروضه في السؤال، والبعض المزبور كان يبعه من بيع مال الغير.

المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر

وبتعبير آخر: لا- يتصور في قسم الأراضي ما لا يكون قابلاً للملك شرعاً أن الأراضي الموقوفه أو المفتوحه عنوه أو الميته كلها مملوكه حتى مع عدم جواز بيعها. بعض القرية المذكوره فيها مال الغير، ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعده الصحه بل اللزوم في العقود. عدا ما يقال: من أن التراضي والتعاقد، إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلا- في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجاره عن تراض، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. وقد تبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط وذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسراً، وتمام الكلام في باب الشروط، ويكفي هنا الفرق بالنص والإجماع.

الشرح:

ص: ١٣٩

١- (١) و (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٩ ، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول .

وقوله عليه السلام : «ووجب الشراء من البائع فيما يملك»^(١) ناظر إلى حكم مورد السؤال الذى فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبائع، بل مملوك للآخرين، فالتعدى إلى حكم المقام يحتاج إلى عدم احتمال الفرق فى الحكم بين المسألتين، ولا مجال لمنع المصنف رحمه الله والتزامه بإطلاق الصحيحه وشمولها للمقام كما لا يخفى.

نعم، خطاب حل البيع وصحته يعم المقام، حيث إن البيع بالإضافه إلى ما يقبل الملك داخل فى ذلك الخطاب، ولكن ربما يناقش فى صحته البيع بالإضافه إلى ما يقبل الملك أيضا بوجهين:

أحدهما: أن ما قصد بيعه هو المجموع بإزاء مجموع الثمن، وبيع ما يقبل الملك بإزاء بعض الثمن غير مقصود مستقلاً وإنما المقصود بيعه فى ضمن بيع المجموع.

وهذه المناقشه ضعيفه جدا؛ لما ذكرنا سابقا من أن البيع الواقع على المجموع فى أمثال المقام ينحلّ بالإضافه إلى أجزاء الصفقه، غايه الأمر يكون تمام البيع بالإضافه إلى كل من جزئى الصفقه شرطا فى بيع جزئها الآخر؛ ولذا ثبت فى صوره الجهل بالحال خيار تبعض الصفقه.

وبهذا يظهر أن قياس بطلان البيع بالإضافه إلى مجموع الصفقه ببطلان الشرط نعم، ربّما يقيد الحكم بصوره جهل المشتري. لما ذكره فى المسالك وفاقاً للمحكى فى التذكرة عن الشافعى : من جهه إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع، قال فى التذكرة بعد ذلك: وليس عندى بعيداً من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرّيه الآخر أو كونه ممّا لا ينقل إليه، انتهى.

الشرح:

بلا- وجه، فإن فساد الشرط أيضا، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى محله، لا يوجب فساد البيع، وأن البيع لا ينحلّ بالإضافه إلى شرطه، بخلاف أجزاء المبيع كما ذكرنا.

وثانيهما: أنه وإن كان البيع المتعلق بالمجموع ينحلّ إلى بيع أجزائه، إلاّ أن دليل حل البيع ولزومه لا يمكن أن يعمّ ما يقبل الملك؛ لأنّ بيع ذلك الجزء بإزاء بعض الثمن غررى، حيث لا يعلم حال البيع مقدار الثمن الواقع بإزائه.

والحاصل: لو أمكن التعدى من صحيحه الصفار^(٢) بدعوى عدم احتمال الفرق

ص: ١٤٠

١- (١) مرّ آنفاً .

بين المسألتين فهو، وإلا لزام الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك أيضا.

والجواب: أنه لا- يعتبر العلم بمقدار الثمن في البيوع الانحلاليه، بل يكفي في خروج البيع عن كونه غرريا معلوميه مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع، بلا- فرق بين صورته بطلان البيع بالإضافة إلى بعض البيوع الانحلاليه وعدمه، وبلا- فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما بطلان بعض تلك البيوع وعدمه؛ لأنّ العلم بالبطلان وعدم الإمضاء شرعا لا- يمنع من قصد مبادله المجموع بالمجموع. ولو كانت المعلوميه في البيوع الانحلاليه معتبره لزم الحكم بطلان البيع في غالب موارد الانحلال؛ لجهل المشتري، بل البائع غالبا بمقدار الثمن في كلّ واحد من تلك البيوع الانحلاليه حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع في مقابل المجموع.

ويمكن دفعه بأنّ اللّازم هو العلم بثمان المجموع الذى قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشّارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النّقل [البيع] حقيقه فيبيع الغرر المتعلّق لنهى الشّارع وحكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النّظر عمّا يحكم عليه من الشّارع مع أنّه لو تمّ ما ذكر [١] لاقتضى الشّرح:

وقد يقال: إنه لا- يكون الغرر حال البيع موجبا لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم، وفي المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك وما لا يقبله وملاحظه النسبه بينهما.

وفيه: أنه لا- يمكن الالتزام بذلك، فإن ظاهر النهى عن بيع الغرر أنّ البيع فيما إذا كان في إنشائه متّصفاً بكونه غرراً فهو محكوم بالفساد؛ ولذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبره مجهوله المقدار ثم تكال قبل تسليمها إلى المشتري.

وما يقال: من أنّ الغرر غير الجهل بالمقدار والمقام ليس من بيع الغرر، بل مقدار الثمن مجهول، والدليل على كون الجهاله في الثمن أو في المثلثن موجبه لبطلان البيع هو الإجماع، ومن الظاهر أنه ليس في المسأله إجماع؛ لذهاب جُلّ الأصحاب إلى صحّه البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك.

وفيه: إن كان المراد بعدم الغرر في البيع معلوميه مجموع الثمن بإزاء الصفقه

الجاريه عليها البيع فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه كما أنّ الغرر منتفٍ كذلك الجهاله في ذلك الثمن أيضاً منتفيه، وأما الجهاله في البيوع المتعدده المنحله والغرر فيها لا يضر بالبيع لا في المقام ولا في غيره، فلا وجه لدعوى أنّ الغرر غير الجهاله كما لا يخفى.

[١] يعني: لو تم أنّ المشتري مع علمه بالحال لا يمكن أن يقصد شراء تمام الصفقه بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بأن قصده في الحقيقه تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن؛ لأنّ مع إقدامه على ضمان الصفقه بإزاء تمام الثمن مع علمه بأن صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان، لأنّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبه إليه، حيث قال: إنّ هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك، ضروره أنّ القصد إلى الممتنع كلا قصد، انتهى.

لكن ما ذكره قدس سره مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه مجاناً، فإنّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إمّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي وإمّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك إلا أنّك قد عرفت أنّ الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثمّ إنّ طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف ممّا تقدّم في بيع ماله مع مال الغير: من أنّ العبره بتقويم كلّ منهما منفرداً، ونسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكن الكلام هنا في طريق معرفه قيمه غير المملوك، وقد ذكروا: أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتهم عند من يراهما مالاً ويعرف تلك القيمه بشهاده عدلين مطلعين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

الشرح:

بعض الصفقه لا تدخل في هذا الضمان في الحقيقه إقدام على ضمان ما يدخل في هذا الضمان بإزائه، كما صرح بذلك الشهيد رحمه الله في حواشي «القواعد» (١).

ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتيهما إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاه. والخمر بعنوان أنها خلّ فيان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ والشاه كالحزّ [١]

مسأله: يجوز للأب والجدّ أن يتصرّفا [٢] في مال الطفل بالبيع والشراء. ويدلّ الشرح:

وما ذكر رحمه الله في تلك الحواشى يناسب ما ذكرنا (١) في بيع مال الغير من العالم بالحال، من أنه لا يرجع بالثمن؛ لأنه سلّط البائع على ذلك الثمن مجاناً، فإنه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطاً للبائع على تمام الثمن، إما في مقابل المملوك فقط، أو بعضه في مقابل ما يقبل الملك وبعضه مجاناً.

[١] وهذا هو الصحيح، فإنه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه، كما إذا بيع الخمر بعنوانه، فلا بد في تقويمه من تقويمه خمرًا، وأما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخلّ مثلاً فلا بد من تقويمه خلًّا، وهذا مقتضى بذل الثمن وجعله في المبادله بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعاً مالاً عرفياً، وأما إذا لم يكن مالاً عرفياً، كما إذا باع الشاه مع الوزغ صفقة بثمان، فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاه والوزغ؛ لعدم قيمه للوزغ عرفياً. والأمر يدور بين أن يكون تمام الثمن بإزاء الشاه، فهذا خلاف مقصود المتعاقدين، وبين أن يكون البيع فاسداً حتّى بالإضافه إلى الشاه، وهذا هو المتعين باعتبار عدم إمكان معرفه الثمن، بل لكون أصل البيع غررياً؛ لأنّ عنوان البيع لا يحصل بالإضافه إلى الوزغ حتّى بنظر العرف وبالإضافه إلى الشاه غررى.

[٢] يجوز للأب والجد، يعنى أب الأب، التصرف في مال الطفل بالبيع والشراء عليه قبل الاجماع : الأخبار المستفيضه المصرّحه في موارد كثيره، وفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح.

والمشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، والاطلاقات، وفحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج. خلافاً للمحكى عن الوسيله والإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلاً في الأخير: بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه

ص: ١٤٣

ولا يصرف عن ماله ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى.

الشرح:

وغيرهما من التصرفات، وولايتهما على الطفل بالإضافة إلى ماله ونكاحه في الجملة ممّا لا إشكال فيه، ويشهد لذلك الروايات الواردة في موارد متفرقة، مثل ما ورد في وصيه الأب بالمضاربه بمال الطفل، كحسنة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به، من أجل أنّ أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي» (١). فإن ظاهر التعليل ثبوت الولاية للأب بالإضافة إلى مال الطفل، وقريب منها غيرها.

وما ورد من أنّ الوالد يجوز له الرجوع فيما وهبه لولده، إلّا إذا كان الولد صغيراً، كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «سألته عن الصدقة إذا لم تقبض، هل تجوز لصاحبها؟ قال: إذا كان الأب تصدق بها على ولد صغير فإنها جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض» (٢)، حيث إن ظاهرها ولاية الأب على مال الطفل الصغير. وما ورد (٣) في ولاية

الشرح:

الأب والجد على نكاح الصغير والصغيره، حيث إن ثبوت الولاية لهما في النكاح ولكونه من الفروج أولى بالاحتياط، يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات الماليه التي أمرها أهون من النكاح، اللهم إلّا أن يقال: مجرد ثبوت الولاية لهما في النكاح لا يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات الماليه لاحتمال الخصوصيه في النكاح؛ ولذا ثبت في النكاح الولاية لهما على نكاح الباكره الرشيديه ولا يمكن الالتزام بولايتهما في التصرفات في أموالها.

ويظهر من المصنّف رحمه الله الاستدلال على ولاية الأب والجد بمال الطفل بما ورد

ص: ١٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٤٢٧، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٧٥ و ٢٨٩، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد .

فى جواز أخذ الوالد من مال ولده(١)، ولكن لا يخفى أنّ جواز أخذه مال ابنه للإئناق على نفسه ودفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولاية له بالإضافة إلى مال ولده. كيف ومورد الكثير من الروايات المشار إليها الأخذ من مال الولد الكبير مع أنه ليس للوالد ولاية على ولده الكبير، كما يظهر من صحيحه على بن جعفر المتقدمه وغيرها، مع أنّ عدم الولاية مقتضى الأصل.

وبهذا يظهر الحال فيما ورد فى جواز تقديم الأب جاريه الابن والبنت على نفسه ووطئها بالملك، كصحيحه الحسن بن محبوب قال: «كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام: إني كنت وهبت لابنه لى جاريه، حيث زوجتها فلم تزل عندها وفى بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت إلىّ هى والجاريه، أفحلّ لى أن أطأ الجاريه؟ قال: قومها قيمه عادله وأشهد على ذلك، ثم إن شئت فطأها»(٢)، فإنّ ظاهرها جواز تملك جاريه البنت البالغه، وهذا غير الولاية بالتصرفات فى مال الصغير.

....

الشرح:

وكيف كان، فلا- ينبغى الريب والكلام فى أصل ثبوت الولاية للأب والجد على الطفل فى ماله، وإنما الكلام يقع فى جهات: الأولى: فى اعتبار العدالة فى ولايتهما. الثانية: اشتراط تصرفهما بالصلاح للطفل، أو باشتراط عدم المفسده عليه أو عدم اعتبار شىء. الثالثة: أنّ الأب مع الجد فى مرتبه واحده فى الولاية، وأن مع فقد الأب يكون الجد القريب مع أبيه فى مرتبه واحده أيضا، أو أنه لا ولاية للجد البعيد مع وجود القريب.

أما الجبهه الأولى: فالمنسوب إلى المشهور عدم اعتبار العدالة، والمحكى عن «الوسيله»(٣) و«الإيضاح»(٤) اعتبارها، وذكر المصنف رحمه الله فى وجه عدم الاعتبار، الأصل والإطلاقات وفحوى الإجماع المذكور فى «التذكره»(٥) على ولاية الأب الفاسق فى

ص: ١٤٥

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٦٧، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
- ٣- (٣) أنظر الوسيله : ٢٧٩ و ٣٧٣، حيث اشترط فى تصرف الولي كونه ثقة وفى الوصي أن يكون عادلاً.
- ٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨.
- ٥- (٥) التذكره ٢ : ٥٩٩، وحكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥ : ٢٥٧.

النكاح، حيث إنّ مع ثبوت الولاية فيه للفاسق يكون ثبوتها له في التصرفات الماليه أولى.

أقول: أما الأصل، فإن وصلت النوبه إليه فمقتضاه الاعتبار؛ لما ذكرنا سابقا من أنه إذا كان الحكم المجعول انحلاليا يكون ثبوت الحكم لواجد القيد متيقنا و ثبوت فرد آخر من الحكم لفاقده مشكوكا، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم الآخر وعدم ثبوته، سواء كان الحكم من قبيل التكليف، كما إذا علم بتحريم اللعب بآلات القمار ودار الأمر بين أن يكون متعلق التحريم اللعب بها مع الرهن أو اللعب بها، سواء كان في البين رهن أم لا، فإن مقتضى الاستصحاب عدم جعل الحرمة للمشكوك. ولا مجال في

الشرح:

مثل المقام لاستصحاب عدم أخذ خصوصيه العوض في متعلق الحرمة، فإن استصحاب عدم أخذها فيه لا يثبت أنّ المتعلق هو اللعب بها مطلقا، أو كان من قبيل الوضع، كما في المقام، فإنه قد علم أنّ الشارع قد جعل الولاية للأب والجد بنحو الانحلال، واستصحاب عدم أخذ خصوصيه العدالة في الموضوع لا يثبت أنّ الموضوع مطلق ويكون جعل الولاية للعدل متيقنا وبالإضافه إلى الفاسق مشكوكا، فالأصل عدم جعل الولاية للثاني.

أما الأخذ بالإطلاق فهو صحيح، فإنه لم يقيد ما دلّ على ولاية الأب والجد في النكاح بصوره عدالتهما، كما أنه لم يقيد الحكم في صحيحه محمد بن مسلم وصحيحه علي بن جعفر المتقدمين بما إذا كان الأب عادلاً.

وأما دعوى الإجماع في «التذكرة» أو غيرها على عدم اعتبار عداله الأب والجد في النكاح، فلا يعتبر عدالتهما في غيره بالفحوى، فقد ذكرنا ثبوت الإطلاق في الروايات الداله على ولايتهما في النكاح ومعه يكون الإجماع مدركيا، حيث إن مدرك اتفاقهم هو الإطلاق المزبور. ولولم يكن هذا قطعيا فلا أقل من احتمال، ومع الاحتمال لا يحرز الإجماع التعبدى، فضلاً عن التعدى إلى غير النكاح بالفحوى، مع أننا ذكرنا ما في الفحوى المزبور فلا نعيد.

وقيل (1) في وجه اعتبار العدالة: إن الولاية في مورد الكلام هي على القاصر من

ص: ١٤٦

١- (١) لقله السيد الخوئي قدس سره عن الوسيله والإيضاح في مصباح الفقاهه ٣: ٢٥٠ ٢٥١، وانظر الإيضاح ٢: ٦٢٨.

الطفل أو المجنون المتصل جنونه بحال صغره، والقاصر لا يتمكن على دفع الضرر عن نفسه وصرف التلف والفساد عن ماله، ويستحيل في حكمه الصانع ولطفه أن يجعل

الشرح:

الولاية بنفسه وماله للفاسق، فإن جعل الولاية له عبارته عن اتخاذه أميناً على أمواله، بحيث يكون إقراراته وإخباراته نافذة على المولى عليه. مع أن الشارع لم يجعل الأمانة للفاسق، كما يدل عليه قوله سبحانه: «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَيَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» (١).

أقول: لو تم هذا الوجه لكان مقيداً للإطلاق المتقدم، ولكن أورد المصنف رحمه الله عليه تبعا لجامع المقاصد (٢) أن في دلاله الآيه على حكم المقام تأملاً وأنه لا محذور في أن يجعل الشارع الولاية للأب الفاسق أو الجد الفاسق، فإنه متى ظهر عند الحاكم بقرائن الأحوال، نظير ضعف جسم الطفل ونحافته، أو يرى جده مثلاً يصرف على نفسه مسرفاً مع عدم تملكه المال فهو خيانه أب الطفل أو جده، عزله الحاكم عن الولاية ومنعه عن التصرف في أموال الطفل ووضع يده عليها، وما لم يظهر الخيانه فولايته ثابتة.

وإن لم يعلم كيف يتعامل مع الطفل وأمواله اجتهد بتتبع القرائن وشواهد الأحوال، ولعل وجه التأمل عنده قدس سره في دلاله الآيه على حكم المقام هو أن المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه وجعل الظالم ولياً على نفسه، حيث إن هذا في نفسه أمر محرّم، كما يفصح عن قوله سبحانه في ذيل الآيه: «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ». والقرينه على كون المراد من الركون ما ذكر قوله سبحانه بعد ذلك: «وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ»، ولذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربه أو المستعير أو الودعي ونحو ذلك، مع أن في جميع ذلك ركون من الموكّل والمضارب والمالك إلى الوكيل والعامل والمستعير والودعي.

.

ص: ١٤٧

١- (١) سورة هود: الآيه ١١٣ .

٢- (٢) جامع المقاصد ١١ : ٢٧٦ .

الشرح:

وقد يورد على الاستدلال بالآيه بوجه آخر، وهو أنّ الكلام فى المقام فى الولاية الشرعيه للأب والجد الفاسقين بالإضافه إلى مال الطفل، وهذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل فى المنهى عنه فى الآيه.

لا يقال: إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحا وذا مفسده يكون من الشارع أيضا كذلك، خصوصا بملاحظه قوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (١).

فإنه يقال: لا منافاه بين قبح فعل من العباد وعدم قبحه من الله سبحانه، ألا ترى قتل العباد وإتلاف أموالهم أمر قبيح ومحرم، مع أنّ الله سبحانه يتوفى الأنفس حين موتها، وينزل البلاء من الزلازل والظوفان على قوم ويدمرهم على بكره أبيهم... إلى غير ذلك. وقوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» خطاب موجه إلى العباد ولا يعم الله سبحانه.

وبتعبير آخر: أنه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقا أو بخصوص الحكيم، كالظلم وإغراء الناس بالجهل ومثله لا يصدر عن الله سبحانه، وقد لا يستقل، كما فى بعض الأفعال التى منع الشرع العباد عنها، وفى مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسده فيما إذا صدر عن الشارع.

وقد يقال: إن نظر صاحب «الإيضاح» بنص القرآن إلى آيه النبأ (٢) الرادعه عن الاعتماد على خبر الفاسق، فإن الولاية للأب والجد لازما قبول إقرارتهما وإخبارهما بالتصرفات فى مال الطفل، فىكون ما دل على ثبوت الولاية لهما بإطلاقه مقتضيا لقبول... .

الشرح:

إخبار الأب والجد الفاسقين، وآيه النبأ بإطلاقها تمنع عن قبول إخبارهما فيقدم إطلاق الآيه؛ لعدم اعتبار الخبر مع معارضته للكتاب العزيز، ولا أقل من تساقط الإطلاقين فلا تثبت الولاية لهما مع كونهما فاسقين.

وقد يجاب عن ذلك بعدم الإطلاق فى آيه النبأ بالإضافه إلى مثل المقام، حيث إن

ص: ١٤٨

١- (١) سورة الصف: الآيه ٢.

٢- (٢) سورة الحجرات: الآيه ٦.

ظاهرها ولو بملاحظته التعليل الوارد فيها عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمّة التي يكون العمل فيها بالخبر مع عدم مطابقته للواقع موجبا لفساد مهم وندامه عامه، كالأخبار بارتداد قوم بنى المصطلق (١).

ولكن لا يخفى أنّ مورد نزولها كانت واقعه مهمه، وإلاّ - فالآية حكم انحلالى كسائر الإطلاقات وتعليل لزوم التبين بإصابه القوم لرعايه مورد النزول، وإلاّ - فالمعيار الندامه على مخالفه الواقع وفوته، والصحيح فى الجواب أنّ قبول إخبار ذى اليد والولى بالتصرفات فيما بيده أو بولايته ممّا جرت السيره العقلائيه من دون نظر إلى كونهما عادلين. والردع عما جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهى عنه بخصوصه، ولا يصح بالعموم فضلاً عن الإطلاق، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بحث عدم كون الآيات الناهيه عن اتباع غير العلم رادعه عن العمل بإخبار الثقات.

بقى فى المقام أمر، وهو ما عن النائينى (٢) والإيروانى (٣) من أنّ اعتبار العداله فى الولى بناءً على القول به ليس من قبيل اعتبارها فى الشاهد والقاضى وإمام الجماعه ومرجع التقليد، بل اعتبارها طريقى لإحراز وقوع التصرف الصحيح فى مال الطفل. ولعلّه أراد بنصّ القرآن آيه الركون إلى الظالم التى أشار إليها فى جامع المقاصد، وفى دلالة الآيه نظر. وأضعف منها ما ذكره فى الإيضاح من الاستحاله؛ اذ المحذور يندفع كما فى جامع المقاصد: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله ومنعه من التصرف فى ماله [١] وإثبات اليد عليه، وإن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم حاله بالإجتهد وتتبع سلوكه وشواهد أحواله، انتهى.

وهل يشترط فى تصرفه المصلحه [٢]، أو يكفى عدم المفسده، أم لا يعتبر الشرح:

ولو تصرف الأب الفاسق أو الجد كذلك فى مال الطفل مع المصلحه فيحكم بصحته.

أقول: لا مجال للالتزام باعتبارها طريقاً مع الاستناد فى اعتبارها إلى النهى عن الركون إلى الظالم أو أنّ الفاسق كالكافر لا يصلح لإعطاء الولايه. نعم، لو استند فى

ص: ١٤٩

١- (١) أمالى الصدوق: ٢٣٧، المجلس ٣٢، الحديث ٨.

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب: ٢٢٩.

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٣٦٣.

اعتبارها إلى آية النبا لكان الالتزام باعتبارها طريقا وجيها.

[١] لا يخفى أنّ الولايه الثابته للأب والجد ولايه من الشارع، ولا دليل على نفوذ إلغاء الحاكم وعزله. نعم، بما أنّ التحفظ على مال الطفل والدفع عن نفسه، مع عدم الولي أو خيانتة داخل في الأمور الحسبيه، فعلى الحاكم منع ولي الطفل عن التصرف في ماله فيما أحرز خيانتة حفظا عن فسادة وتلفه.

وبتعبير آخر: لا ولايه للأب أو الجد في مال الطفل بالإضافه إلى التصرف الفسادي.

ثم إنه لا ملزم لاستعلامه الحال مع عدم علمه بالإفساد بعد كون تصرفات الولي محموله شرعا على الصحه تكليفا ووضعها.

[٢] هذه هي الجبهه الثانيه، وقد يستظهر من الروايات الوارده في جواز أخذ الأب من مال ولده وجواز تقويم جاريته، عدم اعتبار الصلاح للطفل، بل وعدم اعتبار عدم شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما في روايه سعد بن يسار، وأنه وماله لأبيه، كما في النبوي المشهور، وصحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء»، وما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه: من أنّ علّه تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ» (١). ويؤيده أخبار جواز تقويم جاريه الابن على نفسه.

الشرح:

الفساد أيضا، وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه، قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف، وقال: في كتاب علي عليه السلام: أنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئا إلا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن قد وقع عليها. وذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك» (٢). وفي موثقه سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجح الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم، قلت: يجح حجه الإسلام وينفق منه، قال: نعم بالمعروف. ثم قال: يجح منه وينفق منه، إن مال الولد للوالد وليس للولد أن يأخذ من

ص: ١٥٠

١- (١) سورة الشورى: الآيه ٤٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبوا بما يكتسب به، الحديث الأول.

مال والده إلا بإذنه(١). وفي روايه محمد بن سنان: «وعله تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد؛ لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل: «يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ»(٢) وكأن التعليل مقتضاه أن يكون مال الطفل موهوباً لوالده، بحيث يحسب ماله مالاً لوالده، وحيث إن المالك مسلط على ماله ويجوز له التصرف لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجه الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام في روايه الحسين بن أبي العلاء، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرَّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذى أتاه فقَدَمَ أباه، فقال له: أنت ومالك لأبيك؟ فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله هذا أبى وقد ظلمنى ميراثى من أمى، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه، فقال صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك. ولم يكن عند الرجل شىء، أفكان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب للابن؟!». ونحوها صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام : قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل: أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه ممَّا لا بد منه؛ «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»(٣).

الشرح:

فيه ما لم يكن فيه سرف وتبذير يكون الوالد بالإضافه إلى مال ولده كذلك.

وربما يقال: إن آيه «وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا»(٤) لا تقتضى اعتبار العداله فى الأب والجد باعتبار أن ولايتهما لا تكون من قبيل ركون الشارع أو غيره إلى الظالم، بل ولايتهما باعتبار كون المال لهما، كما يقال باستظهار ولايتهما كذلك من قوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»(٥) ولو بمعونه روايه عبيد بن زراره عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إنى لذات يوم عند زياد بن عبدالله؛ إذ جاء رجل يستعدى على أبيه فقال: أصلح الله الأمير، إن أبى زوج ابنتى بغير إذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل على فقال: ما تقول يا أبا عبدالله؟ فلما سألتنى

ص: ١٥١

١- (١) المصدر السابق: ٢٦٤، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٦٦، الحديث ٩.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٠٥ .

٤- (٤) سورة هود : الآيه ١١٣ .

٥- (٥) مرّ آنفاً، وكذا فى الروايه الآتيه .

أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أن فإنَّ الاستشهاد بالآية يدلُّ على إرادته الحرمة من عدم الحبِّ دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسده للطفل. هذا كله، مضافاً إلى عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» فَإِنَّ إِطْلَاقَهُ يَشْمَلُ الْجَدَّ، وَيَتَمَّ فِي الْأَبِ بَعْدَ الْفَصْلِ.

ومضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسده، بل في مفتاح الكرامه استظهر الإجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد على إناطه جواز تصرف الولي بالمصلحه، وليس ببعيد؛ فقد صرَّح به في محكى المبسوط، حيث قال: ومن يلي أمر الصغير والمجنون خمسه: الأب، والجد، ووصى الأب والجد، والحاكم، ومن يأمره، ثم قال: وكلَّ هؤلاء الخمسه لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط والحظ للصغير؛ لأنهم إنما نُصِبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظَّ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له، انتهى.

الشرح:

رجلاً. جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولي» (١).

أقول: ظاهر الروايات المتقدمه وغيرها ممَّا يوافقها كون مال الولد لوالده، ولازم ذلك يكون المال الواحد لمالكين مستقلين، وحمل كون مال الولد لوالده على ولاية الوالد مع كونه بلا قرينه لازمه ولاية الوالد على ولده الكبير أيضاً، كما هو مورد بعض تلك الروايات، ولا أظن الالتزام كذلك من أحد، خصوصاً بملاحظه التفصيل الوارد في روايه صدقه الوالد لولده. وهذه قرينه جليه على أنَّ المراد بالمال في مثل قوله صلى الله عليه وآله: وقال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب، انتهى.

الشرح:

ص: ١٥٢

«أنت ومالك لأبيك» ليس الملك الاعتباري، فإن الولد لا يكون مملوكاً لوالده بهذا المعنى بلا خلاف وريب، بل المراد الملكيه التكوينية، بمعنى كون الأب منشأً لوجود الولد وماله بحسب نظام الخلقه، وهذا ليس من الحكم الشرعي، بل يناسب أن يكون ملاكاً للحكم الشرعي وهو جواز أخذ الوالد من مال ولده بلا استيذان منه ولو كان الولد كبيراً.

وجواز الأخذ مقيد بصورة حاجه الأب وعدم إنفاق الولد بشهاده صحيحه عبدالله بن سنان قال: «سألته يعني أبا عبدالله عليه السلام ماذا يحل للوالد من مال ولده؟ قال: أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقه فليس له أن يأخذ من مال ولده شيئاً، وإن كان لوالده جاريه للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلا أن يقومها قيمه تصير لولده قيمتها عليه»^(١)، الحديث. وفي حسنه الحسين بن أبي العلاء قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: أنت ومالك لأبيك، فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله، هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه، وقال: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء. أو كان رسول الله يحبس الأب للابن»^(٢). فإن الاستفادة منهما تقييد جواز الأخذ بصورة حاجه

الشرح:

الأب وعدم إنفاق الولد، فيرفع بهما اليد عن بعض الإطلاقات المتقدمه بحمل ما شاء في صحيحه محمد بن مسلم على عدم كونه زائداً على نفقته المعروفه.

وفي صحيحه أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك، قال أبو جعفر عليه السلام: ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بد منه، إن الله لا يحب الفساد»^(٣)، ويحمل ما في صحيحه سعيد بن يسار^(٤) من حج الوالد والإنفاق فيه من مال ولده على صورته تساوى نفقه حجه مع نفقه حضره،

ص: ١٥٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٦٣ ، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٦٥ ، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨ .
- ٣- (٣) المصدر السابق: ٢٦٣ ، الحديث ٢ .
- ٤- (٤) المصدر السابق : ٢٦٤ ، الحديث ٤ .

كما يتفق ذلك كثيرا ممن يكون منزله قريبا من مكة. نعم، يجوز للأب تقويم جاريه الابن والبنت؛ للروايات المتقدمه.

والمتحصّل: أنه لا يستفاد بملاحظه مجموع روايات الباب غير الحكم للأب بجواز أخذ مقدار نفقته من مال الولد من غير حاجه إلى مراجعه الحاكم أو والى المسلمين، وجواز تقويمه جاريه الولد ونفوذ نكاح الجد حتّى مع عدم رضى ابنه. وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجد أحق بالجاريه؛ لأنها وأباها للجد» (١).

وأما روايه عبيد بن زراره فلا دلالة لها على أن قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» ناظر إلى ولاية الجد، وذلك فإن ولاية الجد على نكاح البنت ثابتة في الشرع، وإنما استدلل الإمام عليه السلام على ولايته بالقول المزبور إلزاما على الحاضرين؛ ولذا لم يذكر وقد صرح بذلك أيضاً المحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، بل في شرح الروضه للفاضل الهندي: أن المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحه [١] من غير استثناء. واستظهر في مفتاح الكرامه من عبارته التذكرة في باب الحجر نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين. وقد حكى عن الشهيد في حواشى القواعد [٢] أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله: أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل، لم لا يُنزّل منزله الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله وهو يستلزم جواز إتلافه، قال: وتوقف زاعماً أنه لا يقدر على مخالفه الأصحاب.

الشرح:

قوله صلى الله عليه وآله في سائر روايات الولاية. نعم، ذكر في صحيحه على بن جعفر المتقدمه، لأنها وأباها للجد، وقد ذكرنا أن ذلك ملاك الحكم بتقديم ولاية الجد على ولاية الأب، أضف إلى ذلك ضعف الروايه سنداً وعدم صلاحها للاعتماد عليها. [١] يعنى (٢) أن المتقدمين ذكروا أن الولي يجوز له كل تصرف يكون صلاحاً للطفل من غير استثناء حتّى تصرفات الأب والجد.

ص: ١٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٩١، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٨.

٢- (٢) أى ما ذكره الفاضل الهندي كما فى المتن، المناهج السويّه (مخطوط): ٦ فى ذيل قول الشارح: وكذا لو اتجر الولي أو مأذونه للطفل .

[٢] يعنى: حكى (١) عن الشهيد رحمه الله أنه قال فى حواشيه على «القواعد» عن قطب الدين عن العلامة: أنه لو باع الولى بدون ثمن المثل يكون باطلاً، وأما إذا اقترض الولى ماله صح، مع أن الاقتراض إتلاف لعين مال الطفل، وربما لا يتمكن على أداء بدله.

وبتعبير آخر: قد يكون اقتراض مال الطفل فساداً، فما وجه الفرق بين البيع بدون ثمن المثل والاقتراض؟ وتوقف رحمه الله فى نفى البأس بالبيع المزبور؛ لأنه لا يتمكن على مخالفه الأصحاب، حيث إن ظاهرهم عدم جوازه.

....

الشرح:

أقول: لا- يجوز الاقتراض أيضاً فيما إذا لم يكن الولى مليئاً بحيث يحتمل عدم تمكنه على ردّه، فإن مثل صحيحه منصور بن حازم (٢) وإن كان مقتضى إطلاقها جواز اقتراض الولى ولو مع احتمال عدم التمكن على أداء بدله، إلا- أنه لا- يمكن الأخذ بالإطلاق المزبور فى مقابل الآيه (٣) الناهية عن التقرب بمال اليتيم والمانعه عن الاقتراض المزبور، ولو بإطلاقها.

نعم، يرفع اليد عن منع الاقتراض بالإضافه إلى جاريه الولد، فإن اقتراضها جائز ولو مع عدم كون الأب مليئاً، وآيه النهى لا تعم الأب وعلى تقدير شمولها، كما إذا فرض يتم الطفل من ناحيه أمه، فيرفع اليد عن عمومها أو إطلاقها؛ لما تقرر فى محله من أن إطلاق الخاص أو المقيد يقدم على عموم العام أو إطلاق المطلق.

لا يقال: كيف لا يجوز للولى اقتراض مال الطفل مع عدم كونه مليئاً، وفى روايه أحمد بن أبى نصر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام، فيحتاج إليه فيمد يده ويأخذه وينوى أن يردّه، فقال: لا ينبغي أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيته أن لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (٤)» (٥).

ص: ١٥٥

١- (١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٨ ، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ .

٣- (٣) سورة الأنعام : الآيه ١٥٢ ، سورة الإسراء : الآيه ٣٤ .

٤- (٤) سورة النساء : الآيه ١٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٩ ، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ .

فإنه يقال: جواز الاقتراض حتى مع احتمال عدم تمكنه على الرد مقتضى إطلاقها هذا، ولكن الأقوى كفايه عدم المفسده [١]. وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم؛ لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلاله المطلقات المتقدّمه الظاهره فى سلطنه الوالد على الولد وماله.

الشرح:

فيمنعه إطلاق الآيه الناهيه المتوجّهه إلى الأولياء، هذا مع ضعف الروايه سندا بسهل ابن زياد.

[١] استدل على كفايه عدم المفسده مضافا إلى الإطلاق فى الروايات الوارده فى موارد متفرقه بما ورد فى نكاح الجد ونفوذه فيما أراد الجد نكاح البنت من أحد وهوى أبوها نكاحها من آخر، معللاً بأن البنت وأباها للجد، فإن مقتضى ذلك نفوذ تصرفات الجد ما لم تكن منافيه للولايه، كما إذا كانت مفسده للطفل، ويرفع بذلك اليد عن إطلاق الآيه أو عمومها لو فرض شمولها للجد. وكذا يدل على اعتبار عدم الفساد قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» على ما تقدم من استشهاد الإمام عليه السلام به؛ لنفوذ نكاح الجد وتقديم نكاحه على نكاح الأب، فإن فى الاستشهاد المزبور دلاله على ولايه الجد بمال الطفل.

أقول: قد تقدّم عدم دلاله شىء ممّا ذكر على المدعى فلا- نعيد. نعم، لا ينبغى الريب فى عدم جواز التصرف فيما إذا كان التصرف المزبور فسادا لمال الطفل؛ لمنافاته لمقتضى الولايه المجعوله للولى، ويمكن أن يقال: عدم اعتبار كونه صلاحا لمثل موثقه عبيد بن زراره قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «الجاريه يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد» (١).

وأما الآيه الشريفه فلو سلّم دلالتها فهى مخصّصه بما دلّ على ولايه الجدّ وسلطنته، الظاهره فى أنّ له أن يتصرف فى مال طفله بما ليس فيه مفسده له؛ فإنّ ما دلّ على ولايه الجد فى النكاح معللاً بأنّ البنت وأباها للجدّ، وقوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضى نكاح الجد بدون إذن

ص: ١٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٨٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٢.

الاب؛ ردّاً على من أنكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامّة في مجلس بعض الأمراء وغير ذلك يدلّ على ذلك. مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه في حكم الجدد، دون الأب. ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعه؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر.

ثمّ لا خلاف ظاهراً كما ادّعى في أنّ الجدد وإنّ علا يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه.

ولو فقد الأب وبقى الجد فهل أبوه أو جدّه [١] يقوم مقامه في المشاركة أو الشرح:

ولكن في التعدي عنها إلى التصرف المالي تأمل، مع ملاحظه الآية (١) الناهية عن التقرب بمال اليتيم إلاّ بالتى هي أحسن.

[١] يعنى إذا فقد الأب فهل أب الأب يقوم مقام الأب ويشترك الجدد البعيد في الولاية على الطفل أو تختص الولاية بالجد القريب، أى أب الأب؟ مقتضى ما ورد من أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، ومن أنّ البنت ووالدها للجد هي المشاركة، فإن الولاية لو لم تختص بالجد الأعلى فلا أقل من تساويه الجدد الأدنى، نظير ما تقدم يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه، وهو المحكى عن ظاهر جماعه، ومن أنّ مقتضى قوله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، خرج منه الجدد مع الأب، وبقى الباقي. وليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر من فلان» ونحوه، وهذا محكى عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

الشرح:

في ولاية الأب مع الجد ومقتضى آية: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (٢) هو الاختصاص؛ لكون الجد الأدنى أولى بالميت من الأعلى، والأولوية في الآية ليست

ص: ١٥٧

١- (١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢، سورة الإسراء: الآية ٣٤.

٢- (٢) سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة الأحزاب: الآية ٦.

بمعنى التفضيل ليكون القريب والبعيد مشتركين فى الولايه، بل بمعنى المجرّد، كما فى قول القائل: «فلان أحق بهذا الأمر من غيره».

والحاصل: المستفاد من الآيه المباركه اختصاص الولايه بالجد الأدنى، ويرفع اليد عن ذلك فى مورد اجتماع الأب والجد فإن اشتراكهما، بل واشتراك الجد البعيد أيضا فى فرض حياه الأب مقتضى الروايات التى تقدم بعضها.

أقول: لو تم ما ذكر من دلاله قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» وأن الولد ووالده للجد على الولايه لكان شموله للجد الأعلى والأدنى معا موجبا لرفع اليد عن إطلاق الآيه.

وبتعبير آخر: لا مجال للأخذ بإطلاق الآيه مع تمام الوجه الأول المقتضى لاشتراك الجد الأعلى والأدنى فى الولايه على الطفل، بل الصحيح أنّ الآيه لا دلالة لها على الولايه وإرثها، بل هى ناظره إلى إرث المال؛ ولذا لم يلتزم أحد بثبوت الولايه على مسأله: من جملة أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرّف فى ماله: الحاكم، والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه، امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكره، فنقول مستعينا بالله: للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثه:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى فى عمله ومورده المسائل الفرعيه الشرح:

الطفل بحسب طبقات الإرث. والعمده فى ولايه الجد مع الأب ما ورد فى نفوذ نكاحهما، كما أنّ الإطلاق فى بعض ما ورد فى نكاحهما يعم الجد الأعلى ولكن فى صورته حياه الأب. ولا يبعد أن يقال: إنه لا يحتمل ثبوت الولايه للجد الأعلى مع حياه الأب وعدم ثبوتها مع وفاته، خصوصا بملاحظه تعليل الحكم بأن الجد أولى بالجاريه؛ لكونها وأباها للجد.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ فى استفاده الولايه بمال الطفل للجد ممّا ورد فى ولايه الجد والأب فى نكاح البنت إشكال، فإن هذه الولايه ثابتة لهما فى النكاح حتّى بالإضافة إلى البنت البالغه الباكره على الأصح، مع أنه لا يمكن التعدى إلى مال الباكره البالغه، وعليه فيحتمل اختصاص هذا الحكم بالنكاح ولا يكون للجد مع الأب ولايه فى مال الطفل. ويمكن دفعه بالتشبيث بإطلاق الأب والوالد وشمولهما للجد أيضا،

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «فى الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلى أمره»^(١)، فتدبر.

والموضوعات الاستنباطية^[١] من حيث ترتب حكم فرعى عليها. ولا إشكال ولا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقهاء، إلاّ ممن لا يرى جواز التقليد للعامى. وتفصيل الكلام فى هذا المقام موكول إلى مباحث الإجتهد والتقليد.

الشرح:

[١] المسائل الفرعية، وهى القضايا المتكفله بالأحكام التكليفية التى تتعلق بأفعال المكلفين، أو الوضعيه المجعوله لموضوعاتها، يرجع فى معرفتها إلى الفقيه. وكذا فى الموضوعات المستنبطه الشرعيه كالعبادات، بل العرفيه، حيث يرجع فيها أيضا إلى الفقيه فى جهه سعتها وضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها، فيرجع مثلاً فى أن حرمة الغناء فيها سعه تعم الكلام الحق أو تختص بما إذا كان الكلام فيه باطل.

والحاصل: أنّ للفقيه مناصب ثلاثه:

الأول: جواز الإفتاء فى المسائل الفرعيه.

الثانى: جواز القضاء بين الناس، ومورد القضاء المرافعات، بل وغيرها فى الجملة، وفى معتبره سالم بن مكرم قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»^(٢)، فإنها وإن تكون ناظره إلى المرافعات إلاّ أن التعليل مقتضاه الرجوع إليه فى جميع شؤون القاضى كالحكم بثبوت رؤيه الهلال. وأما إثبات نفوذ الحكم الابتدائى عن الفقيه مطلقاً فلا يستفاد منها. نعم، ربما يستفاد ذلك من مقبولة عمر بن حنظله، حيث ورد فيها: «والراد علينا الراد على الله»^(٣)، إلاّ أنها للمناقشه فى سندها لا تصلح للاعتماد، وقد تكلمنا فيها فى بحث القضاء مفصلاً.

الثانى: الحكومه، فله الحكم بما يراه حقاً فى المرافعات وغيرها فى الجملة.

ص: ١٥٩

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٨، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث واحد.

وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوىً ونصاً. وتفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم والمحكوم به والمحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا، فنقول: الولاية تتصور على وجهين: [١]

الشرح:

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس على ما يأتي.

وينبغي أن يعلم أنّ البحث في ولاية الفقيه، بمعنى نفوذ تصرفه في مال الغير أو في وجوب اتباع حكمه بحث فقهي، حيث إن الأول كالبحث في ولاية الأب والجد أو عدول المؤمنين. الثاني كالبحث في وجوب طاعة الوالدين، وكل من النفوذ ووجوب الطاعة في المقام، بمعنى كون أمر الفقيه بفعل أو نهيه عنه، يكون من العناوين الثانويه للأفعال كأمر الوالد ونهيه، أم لا حكم شرعي فرعي.

وولاية النبي صلى الله عليه وآله بالتصرف في أموال الناس ووجوب طاعته فيما إذا كان أمره أو نهيه بعنوان الولاية على الرعيه أيضاً حكم شرعي عملي، ولكن بما أنّ معرفه النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون مطلوب نفسى أيضاً فيكون البحث في وجوب معرفتهما والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون من مسائل الكلام. كيف ومعرفه الأول والاعتقاد به مقوم للإسلام، ومعرفه الثاني والاعتقاد به مقوم للإيمان، أي المذهب، ومع ذلك شرط لصحة الأعمال ولا أقل من كونه شرطاً لقبولها.

وهذا الوجوب النفسى للمعرفه والاعتقاد لا يجرى في غير النبي صلى الله عليه وآله والإمام المعصوم عليه السلام كما لا يخفى.

[١] الوجه الأول من الولاية: أن يجوز للحاكم الشرعي التصدي لها سواء جاز لغيره ذلك التصرف بإذنه أم لا. والثاني: ما لا يكون للحاكم التصدي لذلك التصرف الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، وكون تصرف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره. وبين موارد الوجهين عموم من وجه. ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير: إما أن يكون على وجه الاستنباه، كوكيل الحاكم. وإما أن يكون على وجه التفويض والتولية،

كمتولّى الأوقاف من قبل الحاكم. وإما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاه على ميت لا ولي له.

الشرح:

مستقلاً، إلا أنه يجوز للغير القيام به بإذن الحاكم فيكون إذنه شرطاً فى جواز ذلك التصرف للغير أو وجوبه عليه، أو شرطاً للواجب، وبين الوجهين من حيث المورد عموم من وجه. فإنه ربما يجوز للحاكم التصدى كما يجوز لغيره القيام به بإذنه، كما فى التصرف فى أموال القصر والقيام بتجهيز ميت من تركته ولاولئى له، وهذا مورد الاجتماع.

وربما يجوز للحاكم التصدى ولا يجوز للغير القيام به، كنصب القيم والمتولى ونحوهما، بناءً على اعتبار المباشرة فى جعل هذه المناصب.

وربما يجوز للغير العمل بإذن الحاكم ولكن لا يجوز للحاكم المباشرة استقلالاً كما فى إيصال السهم المبارك، بل سهم الساده إلى مصارفهما، فإنه لا يجوز للحاكم على قول الاستقلال فى الإيصال بقهره على المالك وأخذ المال من يده، ويجوز للمالك الإيصال مع الاستئذان، وهذا بالإضافة إلى غير المالك الممتنع، وأما الممتنع فيجوز للحاكم القهر عليه، والتفصيل فى بحث الخمس إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد [١] بشىء من الوجوه المذكوره، خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبى والأئمه صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ»، الشرح:

[١] الأصل عدم ثبوت الولاية بالإضافة إلى أموال الناس وأنفسهم لأحد، حيث إن هذه الولاية أمر جعلى اعتبارى مسبوق بالعدم، والقائل بثبوتها للفقهاء يمكن أن يتشبه بأن هذه الولاية كانت للنبى والأئمه عليهم السلام وقد أعطيت للفقهاء من قبلهم.

فينبغى لنا التكلم فى مقامات ثلاثه:

الأول: الولاية التى كانت للنبى صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام ما هى من حيث سعتها وضيقتها بحسب ما بأيدينا من الأدله.

الثانى: هل أعطيت تلك الولاية بتمامها للفقهاء من قبل النبى صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أم لا؟

الثالث: إذا لم تثبت تلك الولاية للفقهاء فهل له ولايته بعض التصرفات فى الأموال والأنفس؟ وما هى حدود ذلك البعض من حيث السعه والضيق؟

أما الكلام فى المقام الأول، فقد أشرنا أنّ الولاية المفروض فيها أمر اعتبارى فى مقابل الولاية التكوينية التى عبارته عن تأثير مشيه النبى صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام فى أمر كونه بمجرد ما فعل ما يكون التأثير به من قبيل خرق العاده، كإحياء عيسى (على نبينا وآله وعليه الصلاه والسلام)، وتفجير موسى عليه السلام العيون بضرب عصاه... إلى غير ذلك.

ودعوى أنّ هذه الأمور تحصل بمشيه الله ولم يكن صدورها عنهم كصدور سائر أفعالهم، يكذبها ظاهر الكتاب المجيد، قال الله سبحانه حكايه عن قول عيسى: «قَدْ وَوَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ»، «فَلْيَخِذْ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»، و«أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»، و«إِنَّمَا وَوَيْكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ...»، الآية إلى غير ذلك.

الشرح:

جئكم بآية من ربكم أنى أخلق لكم من الطين كهيئة الطير (١) الآية. وذكر كون هذه الأفعال بإذن ربه لا ينافى صدورها عنه عليه السلام، حيث إن الإذن المزبور تكوينى وعباره عن إعطاء الله جلّ وعلا القدره عليها، نظير قوله سبحانه: «مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنِهِ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ» (٢).

وثبت هذه الولاية التكوينية للأئمة عليهم السلام يظهر من الروايات المختلفه الوارده فى الحوادث المتفرقه والشواهد التاريخيه بحيث يحصل للمتبع الجزم بها.

وربما يستدل فى ثبوتها لهم عليهم السلام بكونهم أفضل من أنبياء السلف، وأن عليا عليه السلام كنفس النبى صلى الله عليه وآله فكيف لا- يثبت لهم عليهم السلام ما كان ثابتا للأنبياء ولكن الاستدلال مخدوش، فإن كونهم (سلام الله عليهم) أفضل ثبوت أكملية أنفسهم وشده تقربهم إليه سبحانه وسعه علمهم لا ثبوت المعجزه بأيديهم، حيث إن وجه الحاجه إلى المعجزه يختص بالنبى صلى الله عليه وآله ولا- يجرى فى الخليفه والوصى، حيث يكون ذلك بتعيين النبى صلى الله عليه وآله ونصبه كما لا يخفى.

ص: ١٦٢

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٤٩.

٢- (٢) سورة الحشر: الآية ٥.

وأما الاستدلال على ولايتهم التشريعية بآيات، منها قوله سبحانه: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ»^(١)، حيث يقال: إن الاستفادة من الآية المباركة أن كل تصرف اعتباري يكون للمؤمن فيه ولايه بحيث يكون التصرف المزبور منه نافذاً، كبيع ماله وقال النبي صلى الله عليه وآله كما في روايه أيوب بن عطيه: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»، وقال في يوم غدير خم: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه».

الشرح:

وطلاق زوجته، يكون للنبي صلى الله عليه وآله ولايه عليه، فيصح ما إذا باع على المالك أو أوقع طلاق زوجته أو وهب ماله . . إلى غير ذلك.

كما يقال: إن النبي صلى الله عليه وآله بمنزله نفس المؤمن، بل أولى منه، فيجوز للنبي صلى الله عليه وآله ما يجوز للمؤمن من التصرفات، سواء كانت تلك التصرفات اعتباريه أو كانت متعلقه بمال المؤمن أو نفسه أو غيرها.

وقد يقال: إن مفاد الآية المباركة لزوم طاعة النبي، وأن على المؤمن أن يترك مشيئته نفسه في مقابل مشيئته النبي وأمره. وبعبارة أخرى: الأفعال التي ثبتت في الشرع كون زمامها بيد المؤمن وأنه لا إلزام عليه فيها من الشرع بحيث يكون فيها داعي المؤمن إلى الفعل أو الترك نفسه يلزم عليه الأخذ بإرادته النبي وأمره، ويترك دعوه نفسه.

والحاصل: أن أمر النبي ونهيه بما هو شارع ومخير عن الله سبحانه غير أمره بما هو ولي أمر المؤمنين، ومقتضى الآية وجوب طاعته بالإضافة إلى القسم الثاني أيضاً من أمره.

أقول: أما دعوى كون النبي صلى الله عليه وآله بمنزله نفس المؤمن، بل هو أولى منه فيجوز له ما يجوز للمؤمن من الأفعال، فهذا ممّا لا يمكن الالتزام به، فإن من الأفعال ما يجوز للمؤمن باعتباره كونه داخلاً في العنوان الذي حكم الشرع بجوازه لمن ينطبق عليه ذلك العنوان، كجواز الاستمتاع من الزوجه، فيجوز الفعل للنبي أيضاً فيما إذا دخل في ذلك العنوان، وهذا من حكم الشرع يشترك فيه النبي وأمته. وأما إذا لم يدخل في ذلك العنوان فلا يجوز له كما لا يجوز لغيره، والأحكام المختصة بالنبي صلى الله عليه وآله في الشرع

ص: ١٦٣

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك (منها) مقبوله عمر بن حنظله، ومشهوره أبي خديجه، والتوقيع الآتي، حيث علل فيها حكمه الفقيه وتسلمه على الناس: بأنني قد جعلته كذلك، وأنه حجتي عليكم.

الشرح:

معدوده ومعروفه.

وما قيل: من أنه يجوز كل تصرف للنبي صلى الله عليه وآله في نفس الغير وماله ولكن من جهة الأسباب الشرعيه المقرره لجواز تلك الأفعال، مثلاً يجوز له الاستمتاع بزوجه الغير بعد طلاقها ونكاحها بعد انقضاء عدتها، فمرجه إلى ولايته على التصرفات الاعتباريه فقط كما لا يخفى. وكذا دعوى كونه صلى الله عليه وآله أولى بالتصرفات الاعتباريه التي يجوز للمؤمن أو الحقوق الثابته له من حق القصاص وحق أخذ الدية والمطالبه بالدين، فإنه لا أظن لأحد الالتزام بأن للنبي القصاص إذا تركه ولي الميت ولم يطالب به أو أبرأ المديون عن دينه مع مطالبه الدائن.

وقد ورد في معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا حضر سلطان من سلطان الله جنازه فهو أحق بالصلاه عليها إن قدمه ولي الميت، وإلا فهو غاصب» (1). نعم، التصرفات العامه أو الخاصه المعبر عنهما بالأمر الحسيه والتي يرجع فيها كل قوم إلى رؤسائهم على ما يأتي تكون بيد النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام؛ لكون النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام من بعده ولي الأمر. وهذه الأمور من شؤون ولي الأمر، كما يستفاد ذلك ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات وغيرهما، ويقتضيه أيضا ما يأتي في بيان الأمور الحسيه.

وأما الإجماع فغير خفي.

وأما العقل القطعي [1]، فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنهم أولياء النعم، والغير المستقل حكمه بأن الأبوه إذا اقتضت وجوب طاعه الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه بطريق أولى لأن الحق هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

ص: ١٦٤

١- (١) وسائل الشيعه ٣: ١١٤، الباب ٢٣ من أبواب صلاه الجنازه، الحديث ٤.

الشرح:

وأما الاستدلال على ولايته صلى الله عليه وآله على التصرف على أموال الناس بقوله صلى الله عليه وآله في قضيه سمره بن جندب للأنصاري: «أذهب فاقلعها، وارم بها إليه»^(١)، فلا يمكن المساعدة عليه، حيث لا دلالة في الحديث على عدم ضمان الأنصاري النخلة التي قلعها وإنما تدل على جواز قلعها. ويمكن أن يكون الوجه في جوازه أنّ حرمه إتلاف مال الغير مع وجوب التحفظ على العرض في الفرض كانا متزاحمين، وبما أنّ وجوب التحفظ على العرض لولم يكن أهم من حرمه الإتلاف بالقلع فلا ريب في عدم كون حرمه الإتلاف أهم، فيجوز في مقام التزاحم رعايه التحفظ على العرض.

والحاصل: أنّ ما ذكر صلى الله عليه وآله لسمره لا يخرج عن بيان الحكم الشرعي؛ ولذا عنون في «الوسائل» الباب بأنّ من كان له نخلة في حائط الغير وفيه عياله فأبى صاحبه أن يستأذن أو أن يبيعها جاز قلعها ودفعها إليه، ولو كان الحكم للولاية في المال لكان الأنسب تمليك النخلة من الأنصاري تحفظاً على ضياع المال، والتعليل بنفي الضرر راجع إلى المنع عن الدخول بلا استئذان كما لا يخفى.

[١] والمستقل ما يستقل به العقل مع قطع النظر عن حكم الشرع، بخلاف العقل غير المستقل فإنه يكون بتبع حكم الشرع.

والمقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعه الإمام مختص بالأوامر الشرعية وأنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال والأنفس.

الشرح:

وتقرير الأول في المقام: أنّ الإمام عليه السلام منعم، أي وليّ النعمة، فإنه ببركه وجوده تنزل السماء مطرها وتسكن الأرض لسكانها وتجرى الشمس والقمر بحسبانها وإن كان كل ذلك بمشيئته العلى التقدير إجلالاً لهم صلوات الله عليهم، وإذا كان الإمام منعماً فيجب معرفته وطاعته؛ لأنّ في مخالفته وترك معرفته احتمال الضرر، كما ذكر ذلك في معرفه الله ورسوله ووجوب طاعتها.

وأما غير المستقل، فإنه وجب في الشرع إطاعه الوالدين، وإذا اقتضت الأبوة

ص: ١٦٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٢٨، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٣.

وجوب طاعه الأب على ابنه فى الجملة، أى فى غير الموارد التى تكون طاعته فيها معصيه لله سبحانه، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه باعتبار أنّ حقها أعظم من حق الأبوه.

ولكن لا- يخفى أنّ الوجهين من حكم العقل على تقدير عدم المناقشه فى الثانى بأنه من القياس الظنى وفى الأول بأن احتمال الضرر فى ترك معرفه الإمام وطاعته كاف لا- حاجه إلى إثبات كونه وليّ النعم، كما ذكر مقتضاهما وجوب طاعه الإمام على الرعيه لا نفوذ تصرفاته فى أموال الناس، كما لم تكن هذه الولايه للوالد على مال ابنه على ما تقدم.

ولا- يخفى أيضا أنّ وجوب طاعه الوالد على الولد غير ثابت، بل الثابت حرمة عقوق الوالدين فقط، فلا بأس بتركها فيها إذا لم يكن ترك طاعه الوالد إيذاءه وتألمه، كما إذا ترك طاعته فى مورد لا يعلم الوالد بذلك.

والمتحصل إلى هنا: أنّ الواجب على الرعيه إطاعه الرسول والأئمه عليهم السلام فى وبالجملة، فالمستفاد من الأدله الأربعة بعد التسبّع والتأمل: أنّ للإمام عليه السلام سلطنه مطلقه على الرعيه من قبل الله تعالى، وأنّ تصرفهم نافذ على الرعيه ماضٍ مطلقاً. هذا كلّه فى ولايتهم بالمعنى الأول. وأمّا بالمعنى الثانى أعنى اشتراط الشرح:

أوامرهم ونواهيهم، سواء كان الأمر والنهى من قبيل الحكم الشخصى أو الحكم العام بالإضافة إلى عامه المسلمين أو طائفه منهم، وحتى الأمر والنهى من المنصوب من قبلهم عليهم السلام كالوالى والحاكم فيما إذا لم يكن الأمر والنهى من الوالى أو الحاكم مخالفا لموازن الأحكام الثابته فى الشرع، حيث لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق. والمنصوب من قبلهم عليهم السلام داخل فى عنوان «أولو الأمر» فى الآيه المباركه (1)، وما ورد فى تفسيرها من المراد منهم هم الأئمه عليهم السلام لا ينافى ذلك، فإن طاعه المنصوب من الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام طاعه للنبي والإمام.

ثم إن ترك طاعه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام إن كان بعنوان الخروج عليهم فذلك موجب لسقوط احترام نفس الخارج، سواء كان الخروج للعناد والنصب للإمام عليه السلام أو

ص: ١٦٦

١- (١) وهى الآيه «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» فى سوره النساء: الآيه ٥٩.

غير ذلك من الدواعي، كما يظهر ذلك بملاحظه الحوادث الواقعه فى زمان النبى صلى الله عليه وآله وخلافه على عليه السلام ، غايه الأمر إذا كان الخروج للنصب والعداوه فهو موجب للكفر أيضا، وإذا كان بداع آخر غير النصب فكونه موجبا للكفر غير ثابت.

نعم، إذا قتل فى الحرب مع الإمام أو المنسوب من قبله لا يجب تجهيزه، كما يشهد لذلك ملاحظه الغزوات والحوادث الواقعه فى زمان خلافه على عليه السلام ، والتمسك فى إثبات كفرهم بعموم ما دل على تجهيز كل ميت مسلم بدعوى أن أصله عمومه بضميمه العلم بعدم وجوبه فى قتلى الخوارج وغيرهم يكشف عن كفرهم لا- يمكن تصرّف الغير بإذنتهم فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصه بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبه إلى المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه [١] على شخص معين من الرعيه، كالحدود والتعزيرات، والتصرّف فى أموال القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك. ويكفى فى ذلك ما دلّ على أنهم أولو الأمر وولاته، فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامه التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص. وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثه إلى رواه الحديث معللاً ب «أنهم حجّتى عليكم وأنا حجه الله»؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصلى.

الشرح:

المساعده عليه؛ لما تقرر فى محله من أنه لا اعتبار بالعموم فيما إذا أحرز خروج الشىء عن حكم العام ودار العام بين أن يكون الخروج بنحو التخصص أو التخصيص.

وأما إذا كان ترك الطاعه كترك طاعه الله ولمجرد الاحتراز عن كلفه التكليف يكون ذلك من مجرد المعصيه، نظير المعصيه فى تكاليف الشرع.

[١] المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه على شخص معين، المعبر عنها بالأمر الحسيه هى التى علم من الشرع العمل بها وعدم جواز تركها وأن التكليف بها لم يتوجه إلى شخص معين، ولا تكون من الواجب الكفائى؛ لتكون مطلوبه على كل أحد كالتصرف فى أموال القصر من الذين ليس لهم أولياء والموقوفات العامه التى لم يعين المتولى لها من قبل الواقفين. أو قام الدليل على كونها بيد ولى أمر المسلمين والحاكمين كإقامه الحدود والتعزيرات والتصدى لجميع الحقوق الشرعيه وصرّفها

لمواردها، والتصدى لتنظيم أمر جوامع المسلمين وبلادهم.

ولو فرض الشك في اعتبار الرجوع فلا بد من الاحتياط والرجوع إلى إذن وما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجه الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: «ومنها: أنا لا نجد فرقه من الفرق، ولا مله من الملل عاشوا وبقوا إلا بقيم ورئيس؛ لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمه الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به».

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وأنها لإمام المسلمين، وفي الصلاه على الجنائز من: أن سلطان الله أحق بها من كل أحد، وغير ذلك مما يعثر عليه المتتبع.

وكيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامه بدون إذنه ورضاهم، لكن لا عموم يقتضى أصاله توقف كل تصرف على الإذن. نعم، الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الأطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر وولايته والمرجع الأصلي في الحوادث الواقعه، والمرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدله تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، وإلا فإلى الأصول العمليه، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص مع التمكّن منه لم يجز إجراء الأ-صول؛ لأنها لا- تنفع مع التمكّن من الرجوع إلى الحجّه، وإنما تنفع مع عدم التمكّن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

الشرح:

الإمام عليه السلام، ولا يمكن التمسك بإطلاق دليل ذلك التصرف، سواء كان على الجواز أو المنع، كما لا يمكن الرجوع إلى أصاله البراهه عن الاعتبار، لأن المفروض تمكن المكلف على الرجوع إليه عليه السلام. ومع إمكان الفحص عن المخصص أو المقيد لا- يمكن التمسك بالإطلاق أو العموم، فضلاً عن الأصل العملي، وما ربما يظهر من عبارته المصنف رحمه الله من اختصاص عدم الجواز بالأصول العمليه فيه ما لا يخفى.

وبالجملة، فلا يهمنّا التعرض لذلك، إنما المهّم التعرض لحكم ولايه الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين، فنقول:

أمّا الولايه على الوجه الأول [١] أعنى استقلاله في التصرف فلم يثبت

بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار وارده في شأن العلماء مثل: «أن العلماء ورثة الأنبياء، و[ذاك] أن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظّ وافر». و«أن العلماء أمناء الرّسل».

الشرح:

[١] يقع الكلام في المقام في أنّ الولاية الثابتة للنبي والأئمة عليهم السلام تثبت للفقهاء العادل في زمان الغيبة أم لا، فقد يقال: نعم، ويستدل عليها بروايات وارده في شأن العلماء.

منها: عن الصدوق رحمه الله في «عيون الأخبار» عن الرضا من آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات، فقيل له: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون عنى أحاديثي وسنتي، فيعلمونها الناس من بعدى» (١). ورواه في «معاني الأخبار» عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن يعقوبى، عن عيسى بن عبدالله العلوى عن أبيه عن جده عن علي مثله (٢).

وفى «المستدرک» عن صحيفه الرضا بإسناده عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات قيل: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون أحاديثي وسنتي، ويعلمونها للناس من بعدى» (٣).

....

الشرح:

وعن قطب الراوندى فى كتاب «لب اللباب» عن النبى صلى الله عليه وآله قال: «رحمه الله على خلفائي، قالوا: ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يحيون سنتى ويعلمونها عباد الله، ومن يحضره الموت وهو يطلب العلم ليحيى به الإسلام فينه وبين الأنبياء درجه» (٤).

وعن السيد هبه الله نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى، عن أمير المؤمنين عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله قال: «أدلكم على الخلفاء من أمتى، وأصحابى، ومن الأنبياء قبلى، هم حملة القرآن والأحاديث عنى وعنهم، فى الله ولله عز وجل، ومن خرج يوماً فى طلب

ص: ١٦٩

١- (١) عيون الأخبار ٢ : ٣٧ / ٩٤.

٢- (٢) معاني الأخبار ١ : ٣٧٤.

٣- (٣) المستدرک ١٧ : ٢٨٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٠ .

٤- (٤) المستدرک ١٧ : ٣٠٠، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٤٨، عن كتاب «لب اللباب».

العلم فله أجر سبعين نبيا»(١).

أقول: هذه الرواية وإن كانت على نقل «العيون» و«معاني الأخبار» مسنده، إلا أنّ في سندها ضعف؛ لأنّ سند العيون هو إسناد إسباغ الوضوء وسند «معاني الأخبار» فيه عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه، مع أنه لم يعلم أنّ يعقوبى هو داود بن علي الهاشمي والمنقولات في المستند مراسلات.

ودعوى أنّ هذه الرواية لكثرة طرقها لا- تخرج عن بعض المراسيل التي يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن أبي عمير، لا يمكن المساعدة عليها أولاً، فإن المراسيل لا يعمل بها حتّى مراسيل ابن أبي عمير، وثانياً على تقدير العمل بمراسيل ابن أبي عمير فهو لشهادته الشيخ وغيره بأنه لا يرسل إلاّ عن ثقة، ومع الغمض عن أمر السند فدلالته على الولاية للعلماء بالمعنى المتقدّم ممنوعه. فإن النبي صلى الله عليه وآله وإن كان له منصب الزعامه الدينيه، بمعنى بيان أحكام الشرع، ومنصب الزعامه الدنيويه، بمعنى كونه زعيماً.

الشرح:

للمسلمين بالمعنى المتقدّم، إلاّ- أنّ هذه الرواية وأمثالها ناظره إلى الخلافه، أى مرتبه من الزعامه الدينيه، بمعنى نشر الأحكام وإبلاغها للناس، ويشهد لذلك ما فى ذيلها من قوله: «يروون أحاديثي وستى ويعلمونها للناس من بعدى»(٢)، وأجر التعليم.

ودعوى كون ذلك من باب المعرف للوليّ، حيث إن المعروف والمتيقن من معنى الخلافه هي الزعامه الدنيويه لا- يمكن المساعدة عليها، فإنه قد عطف فى بعض النقل على الأمة أصحابه، ومن الظاهر أنه لم يكن لأصحابه ولاية على المؤمنين بالمعنى المزبور؛ ليكون العلماء من غيرهم خلفاء بالمعنى المزبور.

ومنها: روايه على بن أبي حمزه قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام موسى بن جعفر يقول: إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكه وبقاع الأرض التي يعبد الله عليها، وأبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم فى الإسلام ثلمة لا يسدّها شيء؛ لأنّ المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها»(٣). وهذه الروايه ضعيفه

ص: ١٧٠

١- (١) المستدرک ١٧ : ٣٠١، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥٢، والمجموع الرائق للسيد هبه الله نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى : ١٧٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٩٢، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٥٣.

٣- (٣) أصول الكافى ١ : ٣٨، باب فقد العلماء من كتاب فضل العلم، الحديث ٣.

فى سندها ودالاتها.

أما سندها، فإن على بن حمزه كذاب متهم، كما عن ابن فضال، ومعه لا عبره بوقوعه فى سند «كامل الزيارات» أو «تفسير على بن إبراهيم» حيث إن وقوعه فى سندهما لا يزيد عن التصريح بتوثيقه الذى يسقط عن الاعتبار بالمعارضه، وكذا الحال فى توثيق الشيخ رحمه الله فى كتاب «العهده»، وقال: «لأجل ذلك عمل الطائفة بأخباره»^(١) فإنه مع معارضته ما عن ابن فضال وغيره لا يمكن الاعتماد عليه، مع أنّ المتبع فى كلمات

الشرح:

الأصحاب لا يجد موارد العمل بروايته فيما إذا انفرد.

وما عن ابن الغضائرى فى ترجمه ابنه الحسن من أنّ أباه أوثق منه^(٢). لا يوجب توثيقه، الكتاب المزبور لم يثبت أنه لحسين بن عبيدالله الغضائرى أو ابنه؛ لأنّ النجاشى لم يذكر أنّ لشيخه كتاب الرجال، مع أنه أعرف بحاله وكتابه موضوع لذكر كتب مشايخه وغيرهم، كما أنه لم يذكر ذلك الشيخ أو غيره من أصحاب الرجال. ومن المحتمل يكون الكتاب المزبور وضعه بعض المخالفين، ونسبه إلى ابن الغضائرى، هذا أولاً.

وثانياً: أنه ذكر فى الكتاب المزبور فى ابنه الحسن أنه ضعيف وأبوه أوثق منه، فيكون ظاهر الكلام المزبور أنّ ابنه الحسن أضعف من أبيه.

وأما ضعف الدلاله، فإنّ كون الفقهاء حصوناً للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف والتأويل فى أحكام الشرع، فإن الإسلام فى نفسه عبارته عن الأحكام والقوانين المجعوله من الشرع، والرياسه العامه وثبوت الولاية له كولاية الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى.

ومنها: معتبره السيكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا، قيل: يا رسول الله، وما دخولهم فى الدنيا؟ قال: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم»^(٣)، فإنه قد يقال: إنه يستفاد منها

ص: ١٧١

١- (١) اختيار معرفه الرجال (رجال الكشى) ٢ : ٧٠٥ / ٧٥٥ .

٢- (٢) حكاة العلامه فى خلاصه الأقوال : ٣٣٤ ، الرقم ٧ .

٣- (٣) أصول الكافى ١ : ٤٦ ، باب المستأكل بعلمه والمباهى به من كتاب فضل العلم، الحديث ٥ .

العلماء أمناء الرسل في جميع الشؤون المتعلقة بهم صلى الله عليهم أجمعين، وأوضحها الزعامه على الأمة وليس شأن رسول الله ذكر الأحكام فقط؛ ليكون الفقيه

الشرح:

أميناً فيه فقط.

وفيه: أن الأمين يطلق على حافظ الشيء ليرده على صاحبه أو من يأمر صاحبه برده إليه، وهذا بالإضافة إلى الأحكام الشرعيه ظاهر، فإن حفظ الأحكام للعالمين بها كلاً أو بعضاً وإبلاغها وتعليم الجاهلين بها والمستفسرين من وظيفه العلماء.

وأما الزعامه العامه فعلى تقدير ثبوتها لجميع الرسل فليس حفظها من وظيفه العلماء فقط، بل كل المسلمين مكلفين بالحفظ لها وعدم وصولها إلى أيدي الخونه والجائرين، وإقرارها لمن قرر الشارع لخلفائه من بعده، وكذا الحال بالإضافة إلى بسط العدالة الاجتماعيه.

وبعبارة أخرى: الحديث ناظر إلى كون العلماء حفاظاً للشرع من التلف وعدم وصولها إلى عامه الناس والمستفسرين عنها، كما يشهد بذلك ما في ذيله: «فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم».

ومنها: التوقيع المروى عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً، قد سألت عن مسائل أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف): «أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك إلى أن قال: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجّتي عليكم، وأنا حجّج الله، وأما محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه وعن أبيه من قبل، فإنه ثقتي، وكتابه كتابي»(١).

وهذا التوقيع ضعيف من جهة سنده بإسحاق بن يعقوب حيث إنه مجهول، وفي

الشرح:

جهه دلالاته حيث إن المراد بالحوادث غير ظاهر، فإنها وردت في الكلام المنقول عن

ص: ١٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٤٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٩.

الإمام عليه السلام مسبقاً بالسؤال الذى لم يصل إلينا، فلعل كان فى السؤال قرينه على إرادته الاستفسار عن الوقائع التى يحتاج فيها إلى الحاكم لرفع الخصومه وفصل النزاع، فيكون التوقيع مساوقاً لما دل على وجوب إرجاع المنازعات إلى رواه الأصحاب. ولا ينافى ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله من القرائن على عدم إرادته وجوب تعلم الأحكام، وهى أن الأمر بالرجوع فى نفس الحوادث لا فى أحكامها، وأن تعليقه عليه السلام وجوب الرجوع إليهم بأنه حجته عليهم وأنه عليه السلام حجه الله مقتضاه التولية وإعطاء الولايه للرواه، ولو كان المراد تعلم الأحكام الشرعيه لكان التعليل بأنهم حجج الله عليكم أنسب، وأن تعلم الأحكام الشرعيه من الرواه من ضروريات الإسلام من السلف إلى الخلف، فلا- مورد لسؤال مثل إسحاق بن يعقوب عنه وجعله من المسائل المشكله عليه.

هذا، مع أنه كما ذكرنا لم يظهر حال إسحاق بن يعقوب ليقال: إنه يبعد سؤاله عن طريق تعلم الأحكام الشرعيه وجعله من المسائل المشكله عليه، كيف وقد وقع السؤال عن طريق تعلمها وممن يؤخذ فى غير واحد من الروايات. أضف إلى ذلك تعليل الإرجاع إلى رواه الحديث بأن الرواه حجته عليه السلام عليهم والإمام عليه السلام حجه الله لا يقتضى أن يكون الحديث ناظراً إلى الولايه العامه، بل يمكن أن يكون ناظراً إلى القضاء وتعلم الأحكام، فإن الحجه ما يحتج به، فالإمام عليه السلام يحتج بما ذكر للرواه والرواه بما ذكروا لعامه الناس، والتفرقه الوارده فى الروايه يمكن أن تكون بهذا الاعتبار، وإلا- فكل من الولايه والاعتبار على تقديرهما ثابت بأصل الشرع.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال على ولايه الفقيه بما ذكر فى مقبوله

الشرح:

عمر بن حنظله من قوله عليه السلام: «فإني قد جعلته عليكم حاكماً» (١) فإنه لا- يستفاد منه إلا ثبوت منصب القضاء والحكم للفقيه، وقد يستدل على ثبوت الولايه العامه للفقيه بروايه إسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح! قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي» (٢).

ص: ١٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦ ١٣٧، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

ووجه الاستدلال أنّ منصب القضاء ثابت للفقهاء، وإذا لم يكن الفقيه شقياً ونبياً يكون وصياً لا محاله، ومقتضى كونه وصياً ثبوت الولاية له، ولكن لا يمكن مساعدته على الاستدلال المزبور؛ لما تقرر في الأصول أنه إذا علم عدم ثبوت حكم العام لفرد وشك في كونه بنحو التخصيص أو التخصص فلا- اعتبار بأصله العموم أو الإطلاق. والحصر المزبور في الرواية مقتضاه عدم جواز القضاء لغير النبي والوصي، وقد علم بجواز القضاء للفقهاء العادل، ويدور الأمر بين كونه بنحو تخصيص المفهوم أو التخصص، فلا يمكن إثبات كونه بنحو ودخول الفقيه في عنوان الوصي.

أضف إلى ذلك: أنه لا- طريق لنا إلى إثبات أنّ كلّ الأنبياء كان لهم الولاية العامة فضلاً عن وصيهم، والرواية المزبورة وإن كانت ضعيفة سنداً، إلا أنه بمضمونها صحيحه كرواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتقوا الحكومه، فإنّ الحكومه إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبىّ أو وصيّ نبىّ»^(١). ولكن في نسخه «كنبىّ» وعلى تلك النسخه فلا دلالة فيها على الحصر.

والمتحصّل: لو كانت للرواية المزبورة أو الصحيحه دلالة فهو عدم جواز القضاء... .

الشرح:

والحكم لغير النبي أو الوصي والفقهاء العادل كما لا يخفى.

ومنها: ما عن «تحف العقول»: «مجارى الأمور والأحكام على أيدي العلماء»^(٢) حيث ظاهره التشريع، أى فلتكن مجارى الأمور والأحكام بيد العلماء.

وبتعبير آخر: الأحكام غير الأمور، وكون الثانى عطفاً تفسيريّاً للأول خلاف الظاهر، فيكون مقتضى الحديث أنّ الولاية وحق التصدى للأمور والأحكام بيد العلماء.

أقول: لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث الأمور والأحكام بيد العلماء؛ إذ لا حاجة إلى إضافه المجارى؛ ليجتاز في معناها إلى التكلف، بل ظاهر الحديث بملاحظه ما قبله وبعده بأن أمور الله ومناصبه التى وقعت بأيدي غير أهلها

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٧، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٣.

مجاريتها بيد العلماء. بمعنى أنهم لو أظهروا الحق ولم يفرقوا عنه ولم يختلفوا في السنه بعد البينه لكانت جاريه في مجراها، وكان المتصدى لها أهلها المقرر لها في السنه.

هذا، مع ضعف الروايه سندا.

ومنها: مرسله «التحرير» عن رسول الله صلى الله عليه وآله : «علماء أمتي كأنبيا بني إسرائيل»^(١). وفيه: أن الكلام المزبور بيان فضيله العلماء ومقامهم عند الله لا تشريع الولايه الثابته للأنبياء والعلماء، مع أن ثبوت الولايه كما تقدم لكل واحد من أنبياء بني إسرائيل غير ظاهر، وأن إرساله ولو مع تمام ظهوره يمنع عن الاعتماد عليه.

ومنها: قوله عليه السلام في «نهج البلاغه»: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به ثم».

الشرح:

تلا عليه السلام: «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ» الآية^(٢).

أقول: الظاهر أن المراد بأولى الناس أقربهم منزله إلى الأنبياء، كما هو المراد من قوله سبحانه: «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ» الآية. ولو كان المراد التصدى بمناصب الأنبياء لكان مقتضاه ثبوت الولايه للأئمه عليهم السلام، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الناس بحسب العصور وبما جاء به الأنبياء، وفي ذيل الكلام المزبور: «إِنَّ وَلِيَّ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنْ أَطَاعَ اللَّهَ وَإِنْ بَعَدَتْ لِحْمَتُهُ، وَإِنْ عَدُوٌّ مُحَمَّدٍ مِنْ عَصَى اللَّهَ وَإِنْ قَرِبَتْ قَرَابَتُهُ»^(٣).

ومنها: صحيحه القداح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وأنه يستغفر لطالب العلم من في السماء ومن في الأرض حتى الحوت في البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليله البدر، وإن العلماء ورثه الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا- درهما ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر»^(٤). ووجه الاستدلال أن كون العلماء ورثه الأنبياء مقتضاه

ص: ١٧٥

١- (١) المستدرک ١٧ : ٣٢٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٠، تحرير الأحكام ١ : ٣.

٢- (٢) نهج البلاغه : ٥١٤، باب المختار من حکم أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمة ٩٦، والآيه ٦٨ من سوره آل عمران.

٣- (٣) المصدر السابق .

٤- (٤) أصول الكافي ١ : ٣٤، باب ثواب العالم والمتعلم من كتاب فضل العلم، الحديث الأول.

وقوع ما ترك الأنبياء بيدهم، سواء كان علما وأحاديث أو الولايه على الأمه.

لا يقال: ظاهر الروايه انحصار تركه الأنبياء بالعلم والحديث، بمعنى أنّ شأن النبيّ أن تكون تركته علما لا مالاّ.

فإنّه يقال: لا دلالة للروايه على الانحصار والتصريح بالعلم فى الروايه باعتبار

الشرح:

كونها وارده فى مقام الترغيب إليه.

لا يقال: لم يعلم أنّ الولايه على الأمه ممّا تركها الأنبياء حتّى يرثها العلماء.

فإنه يقال: يشهد لكون الولايه ممّا تركها قوله عليه السلام: «أرى تراثى نهبا»^(١).

أقول: لو سلم أنّ الولايه داخله فيما تركه الأنبياء فلا يستفاد من الروايه كيفيه إرثها وأنها تنتقل إلى كلّ من العلماء أو أنها تختص بأعلمهم، كاختصاص إرث الحبوّه بالولد الأكبر.

وبتعبير آخر: ظاهر الروايه أنّ كلاً من العلماء يرث النبيّ صلى الله عليه وآله ، وأما مقدار إرثه وكيفيه إرثه فلا يستفاد منها، فمن المحتمل اختصاص الولايه بأعلمهم، كما ذكرنا ذلك فى بيان قوله عليه السلام: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به»، فتكون الولايه منتقله إلى الأئمه الأطهار، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الرعيه فى كلّ عصر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى روايه أبى البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إنّ العلماء ورثه الأنبياء، وذلك أنّ الأنبياء لم يورثوا درهما ولا ديناراً، وإنّما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشىء منها فقد أخذ حظاً وافراً»^(٢). والتقريب ما تقدم من انحصار تركتهم بالأحاديث إضافى، والجواب أيضاً ما ذكر.

أضف إليه ضعف هذه الروايه سنداً، فتحصل أنّه لا دلالة فى هذه الأخبار على ثبوت الولايه الثابته للنبيّ والأئمه عليهم السلام للفقيه، لا فى زمان حضورهم ولا فى زمن الغيبه.

إن قلت: كيف يصح القول بأن النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام لم يتعرضوا للزعامة فى

ص: ١٧٦

١- (١) نهج البلاغه : ٢٤ ٢٥ ، الخطبه ٣ (وهى المعروفة بالشَّقْشَقِيَّه).

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٧٨ ، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى ، الحديث ٢.

....

الشرح:

زمان الغيبه وأن يتركوا المؤمنين حيارى، مع أنّ الدين الإسلامي متكفل لأحكام غير العبادات والمعاملات من السياسات التي يكون الغرض منها تنظيم الأمور الاجتماعيه للمسلمين، وبسط العدالة الإسلاميه فى بقاع الأرض؟

فإنه يقال: عدم استفاده الولاية العامه للفقهاء من الروايات المتقدمه لا يوجب ذلك، حيث يمكن أن يكون عدم التعرض للوظيفه فى ذلك الزمان لعدم حاجه الناس فى عصرهم عليهم السلام إلى بيانه، وأنه كان أنسب لرعايه التقيه التي كانوا يعيشون حالها وإيكال الأمر وتشخيص الوظيفه إلى فقهاء زمان الغيبه، حيث يتمكنون ببركه القواعد الشرعيه والخطابات العامه على كيفيه تنظيم الأمور الاجتماعيه وتعيين الوظيفه فيها.

وعلى ذلك فينبغى الكلام فى موضعين:

الأول: ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلاً له، كما فى غالب بلاد المسلمين فى عصرنا الحاضر.

الثانى: ما إذا أراد التصدى لأمر المسلمين من يكون صالحاً للتصدي لتنظيم أمورهم ورعايه مصالحهم.

أما الموضع الأول، فما لا ينبغى الريب فيه أنّ الشارع لا يرضى بتصدي الظالم الفاسق لأمر المسلمين، لا سيما إذا كان ذلك الظالم آله بيد الكفار فى تضعيف الإسلام وأهل الإيمان، وترويج الفسق والفجور ليلحق المسلمين ولو تدريجاً بركب الكفار فى رسومهم وعاداتهم، وهدم ما أتعب النبى صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام والصالحين والشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين وتطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

والحاصل: نهى الشارع عن الركون إلى الظالم والأمر بالاعتصام بحبل الله والأمر بالكفر على الطاغوت وأولياء الشيطان والأخذ بولاية الله سبحانه ورسوله وتمكينه....

الشرح:

الناس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك، شاهد صدق بأن على المسلمين قطع أيدي الظلمه عن المؤمنين وبلادهم مع التمكن عليه، حيث إنه لو أمكن ذلك بالمقدمات الغير المحرمه فى نفسها فهو. وأما إذا توقف ذلك على ارتكاب محرم

فى نفسه فلا بد من ملاحظه الأهميه بين المتراحمين، ولا ريب فى أن الظالم المزبور إذا كان بصدد هدم الحوزه الإسلاميه وإذلال المؤمنين وترويح الكفر وتسليط الكفار على المسلمين وبلادهم، يكون على المسلمين أخذ القدره من يده وإيكالها إلى الصالح، فإنه أهم ولو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الأولى، حتى القتال مع العلم بالظفر والاطمينان بأخذ القدره من يده، كل ذلك تحفظا على الحوزه الإسلاميه ودفاعا عن المسلمين وأعراضهم وبلادهم من دنس الكفر والضلال والفساد. هذا كله بحسب الكبرى، وأما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم وأنه بصدد إذلال المسلمين وتسليط الكفار عليهم وعلى بلادهم والصدمه على أعراضهم وأموالهم وحكم بحكم على طبق إحرازه، فننوذ حكمه وإن كان مبنا على نفوذ الحكم الابتدائى للقيه العادل، إلا أنه إذا اعتقد الناس به وحصل لهم الجزم بصدده إحرازه ولو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

ولا يخفى أن ما ورد فى بعض الأخبار من الأمر بإلزام البيت والصبر إلى خروج السفينانى وغيره من العلامات لخروج القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) لا ينافى ما ذكرنا، فإن المراد من تلك الروايات أمر الناس بعدم الاستجابه لمن يدعو من أهل بيت النبى صلى الله عليه وآله والخلافه لنفسه، وأن الأئمه عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافه والوصايه للنبى صلى الله عليه وآله إلى ذلك الزمان، ومن يدعو الناس إلى الخروج إنما يريد الخروج لنفسه لا للإمام عليه السلام، وأن لخروجه وقتا محدودا لا بد من انتظاره. وأما قضيه الدفاع عن الحوزه.

الشرح:

الإسلاميه فى زمان الغيبه والتصدى للأمر العامه للمسلمين تحفظا على أعراضهم وأموالهم، وتمكين الناس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإسقاط الفسقه والفجره عن القدره وإيكالها على من هو صالح للتصدى لها حسبه من غير أن يدعى المتصدى الوصايه والخلافه لنفسه، فليس فيها نظر إلى ذلك، فلاحظها.

ويزيد وضوحا كون تلك الروايات غير ناظره إلى صورته الهجوم على الحوزه الإسلاميه معتبره يونس عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك بلغه أن رجلاً يعطى سيفاً وقوساً فى سبيل الله فأتاه فأخذهما منه، ثم لقيه أصحابه فأخبروه أن السبيل مع هؤلاء لا يجوز وأمره بردهما؟ فقال: فليفعل. قال:

ص: ١٧٨

قد طلب الرجل فلم يجده وقيل له: قد قضى الرجل، قال فليربط ولا يقاتل، قلت: مثل قزوين والديلم وعسقلان وما أشبه هذه الثغور، فقال: نعم. قال: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام. قال له: يجاهد؟ قال: لا، إلا أن يخاف على دار المسلمين. فقال: أرايتك لو أن الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم، قال: يربط ولا يقاتل، وإن خاف على بيضه الإسلام والمسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه وليس للسلطان. قال: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام لا عن هؤلاء؛ لأن فى دروس الإسلام دروس دين محمد صلى الله عليه وآله «(١)» وظاهرها كما ترى عدم البأس بالقتال مع من يكون استيلاؤه على المسلمين وبلادهم موجبا لضعف الإسلام وانهدام معالمه، بلا فرق بين زمان الحضور والغيبه كما لا يخفى.

....

الشرح:

الموضع الثانى: فنقول: لا- ينبغى الريب فى أن تهيئه الأمن من المؤمنين بحيث تكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار والكفار من أهم مصالحهم، والمعلوم وجوب المحافظه عليها وأن ذلك مطلوب للشارع، فإن تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضى الشارع بتصديه، كما إذا كان فقيها عادلاً بصيراً أو شخصاً صالحاً كذلك مأذوناً من الفقيه العادل، فلا يجوز للغير تضعيفه والتصدى لإسقاطه عن قدره، حيث إن تضعيفه إضراراً للمؤمنين ونقض للغرض المطلوب للشارع، بل يجب على الآخرين مساعدته وتمكينه فى تحصيل مهمته، ومن المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهد له لحفظ الثغور والدخول فى القوى التى أوكل إليهم حفظ الأمن الداخلى المأخوذ على عاتق الناس حسبه. ويشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على مال الوقف الذى لا- متولّى له، فإنه لا يجوز للغير ممانعته وتهيئه المقدمه لوضع يده عليها، غايه الأمر أن وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلك الأموال وفى الأول؛ لكونه تضعيفاً لحوزه المسلمين، وإخلاقاً لأمر انتظام بلادهم وأمنهم كما لا يخفى.

ص: ١٧٩

١- (١) فروع الكافى ٥ : ٢١. وسائل الشيعه ١٥ : ٣٠، الباب ٦ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

ثم إنه إذا توقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة، حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن ونظام البلاد، وجب إيصالها إليه مع احتياجه ومطالبته بها، بل لو طالب المال تبرعا في صورته احتياجه وجب على الناس الاستجابة، كل ذلك تمكينا للمتصدى من المال اللازم لتهيئته أمن البلاد وتأمين الحوائج العامة التي تصدى لتأمينها، كما أنّ للمتصدى تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضي المباحة ووضع اليد على الغابات ونحوها. وتكون كل هذه الأموال ملكا للحكومة الاسلاميه، نظير ملك المال للعناوين ولا تدخل في ملك شخص المتصدى، غايه الأمر يكون

الشرح:

للمتصدى الولايه في التصرف في تلك الأموال؛ ليصرفها في الموارد التي يتوقف عليها نظام البلاد وتأمين حوائج أهلها.

ولا يبعد أيضا أن يقال بوجوب إطاعه المتصدى المزبور في الأمور الراجعة إلى الجهات التي أشرنا إليها، أخذا بقوله سبحانه: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (١) وما ورد في تفسيره من أنّ المراد بأولى الأمر الأئمة عليهم السلام لا ينافي ذلك، حيث إن ذلك لنفى ولايه ولاه الجور، وأنهم عليهم السلام هم أولو الأمر لا المشار إليهم.

ولا يخفى أنّ كلّ تصرف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام والمسلمين نافذ للمتصدى لأمر المسلمين، فيما إذا كان مقتضى الأدله الأوليه جوازه، كهيئه مراكز الثقافه لنشر العلوم وبسط الرفاه الاجتماعى، وأنّ كلّ تصرف يكون مقتضى الأدله عدم جوازه، كالتصرف فى بعض أموال آحاد الناس وأخذة قهرا عليهم وأمثال ذلك، فلا يدخل فى ولايه المتصدى حتّى فيما إذا اعتقد المتصدى أو وكلاؤه جوازه لبعض الوجوه، إلاّ- فيما أشرنا إليه سابقا، كما يجوز لسائر الفقهاء المتصدى لبعض الأمور الحسينيه، فيما إذا لم يكن التصدى لها مزاحمة وتضعيفا لمركز المتصدى للزعامة، كنصب القيم لليتيم والتصدى لتجهيز ميت لاولى له ونحو ذلك، والله سبحانه هو العالم.

ثمّ إنّ من الأمور التي يقوم بها الفقيه كما أشرنا سابقا إجراء الحدود

ص: ١٨٠

والتعزيرات، فإنه كما ذكرنا سابقاً أنه لا يجوز لكل أحد إقامتها على ما يستفاد من بعض الروايات، بل يظهر منها أنّ ذلك للإمام كحسنه الحسين بن أبي العلاء^(١)، والمراد

الشرح:

من الإمام من إليه الحكم، سواء كان المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص أو الفقيه الذى يصح له الحكم كما يدل عليه معتبره حفص بن غياث قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: من يقيم الحدود، السلطان؟ أو القاضى؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم»^(٢).

ويؤيده مثل روايه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن يهودى أو نصرانى أو مجوسى أخذ زانيا أو شارب خمر، ما عليه؟ فقال: يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلك فى مصر من أمصار المسلمين، أو فى غير أمصار المسلمين إذا رفعوا إلى حكام المسلمين»^(٣).

وأما الالتزام بعدم التصدى لإجراء الحدود والتعزيرات لغير الإمام عليه السلام بما فى «دعائم الإسلام» و«الأشعثيات» عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن على عليه السلام: «لا يصلح الحكم ولا الحدود ولا الجمعه إلا بإمام»^(٤) فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه أولاً: لم يظهر المراد من الإمام أنه المعصوم عليه السلام فقط، بل المراد منه يعم الفقيه العادل بقريته نفوذ حكمه. وثانياً: أنّ روايه «دعائم الإسلام» لإرساله لا يمكن الاعتماد عليه.

وأما «الأشعثيات» التى بأيدينا وأخذ الروايه منها لم يعلم أنه كتاب محمد بن محمد بن الأشعث الذى وثقه الشيخ النجاشى وقال: «له كتاب الحج المذكور فيه ما روته العامه عن جعفر بن محمد عليهما السلام فى الحج»^(٥)؛ إذ ما بأيدينا مشتمل على أكثر أبواب الفقه.

وقوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأمانة على حلاله وحرامه».

وقوله صلى الله عليه وآله: علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل».

ص: ١٨١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨: ٣٩، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود، ذيل الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٩، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٠، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

٤- (٤) الأشعثيات: ٤٢، والجعفریات: ٢٢، دعائم الإسلام ١: ١٨٢.

٥- (٥) رجال النجاشى: ٣٧٩.

وفي المرسله المرويّه في الفقه الرضوي: «إنّ منزله الفقيه في هذا الوقت كمنزله الأنبياء في بني إسرائيل».

وقوله عليه السلام في نهج البلاغه: «أولى الناس بالأنبياء: أعلمهم بما جاؤوا به «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ» (١) الآية».

وقوله صلى الله عليه وآله ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي. قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، ويروون حديثي وسنتي».

وقوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظله: «قد جعلته عليكم حاكماً».

وفي مشهوره أبي خديجه: «جعلته عليكم قاضياً».

وقوله عجل الله فرجه: «هم حجّتي عليكم وأنا حجه الله». إلى غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع.

لكن الإنصاف بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنّها الشرح:

وكذلك لم يعلم أنّ ما بأيدينا ما ذكر الشيخ النجاشي والشيخ الطوسي في ترجمه اسماعيل بن موسى بن جعفر عليهم السلام: أنّ له كتباً يرويها عن أبيه عن آبائه، منها كتاب الطهاره... إلى آخر ما ذكره (٢)، حيث لم يظهر أنّ ما بأيدينا هي تلك الكتب، مع أنّ الموجود بأيدينا يختلف عن تلك الكتب، ومن المحتمل أنّ تلك الكتب لم تصل حتّى إلى الشيخ الطوسي رحمه الله؛ ولذا لم يذكر في كتابه عنه روايه.

في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيّه، لا- كونهم كالنبي والأئمه صلوات الله عليهم في كونهم أولى بالناس في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاه والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّه أدائهما [١] بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبه، وأفتى بذلك الفقيه، وجب أتباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، وجب حملها على إرادته الجبه المعهوده المتعارفه من وظيفته، من حيث كونه رسولاً مبلغاً، وإلاّ لزم

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٦٨.

٢- (٢) رجال النجاشي: ٢٦، و فهرست الشيخ: ٤٦.

تخصيص أكثر أفراد العام؛ لعدم سلطنه الفقيه على أموال الناس وأنفسهم إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته.

وبالجملة، إقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد!

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعنى توقّف تصرف الغير على إذنه، فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام وحيث إن موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوطة فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

الشرح:

[١] بأن يستنبط الفقيه المطالب بالزكاه أو الخمس من الأدله الشرعيه اعتبار دفعهما إلى الفقيه، وأنّه لا يصح دفعهما بدون ذلك مطلقاً أو بعد مطالبه الفقيه، فإنّ العامى إذا أحرز من يقلده ابتداءً كما إذا كان أعلم من الآخرين، أو تخيراً كما إذا كان في رتبه الآخرين، يجب إيصالهما إليه مطلقاً أو بعد اختياره. وهذا في غير مورد الكلام، فإنّ مورد ولايه الفقيه، وأن أمر الفقيه وحكمه نافذ كحكم الإمام عليه السلام مع قطع النظر عن إفتائه.

كلّ معروف علم من الشارع إرادته وجوده في الخارج، إن علم كونه وظيفه شخص خاصّ، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنّف خاصّ، كالإفتاء والقضاء، أو كلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يُعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثمّ إن علم الفقيه من الأدله جواز تولّيه؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ، تولّاه مباشرة أو استتابةً إن كان ممّن يرى الاستتابة فيه، وإلا عطّله، فإنّ كونه معروفاً لا ينافى إناطته بنظر الإمام عليه السلام والحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التي حرمتها بفقده عجل الله فرجه . ومرجع هذا إلى الشكّ في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاصّ.

أمّا وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكوره، فيدلّ عليه مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما في مقبوله ابن حنظله، الظاهره في كونه كسائر الحكّام المنصوبه في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابه في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكوره إليه، والانتهاه فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب

الرجوع في الأمور العامّة المطلوبه للسلطان إليه، وإلى ما تقدّم من قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله وحرامه»: التوقيع المروى في إكمال الدين وكتاب الغيبه واحتجاج الطبرسى الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب، التي ذكر أنّي سألت العمري رحمه الله أن يوصل لى إلى الصاحب عجل الله فرجه كتاباً فيه تلك المسائل التي قد أشكلت على، فوردَ الجواب بخطّه عليه آلاف الصلاه والسلام في أجوبتها، وفيها: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا؛ فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّج الله». فإنّ المراد بـ «الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النّظر في أموال القاصرين لغيبه أو موتٍ أو صغرٍ أو سفّه.

وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّه، فبعيد من وجوه:

منها: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثه إليه لياشر أمرها مباشرة أو استنباه، لا الرجوع في حكمها إليه.

ومنها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم وأنا حجّج الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولأه الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام، وإلاّ كان المناسب أن يقول: «إنّهم حجّج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر بـ «أنّهم أمانة الله على الحلال والحرام».

ومنها: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعيه إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السّلف إلى الخلف ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامّة إلى رأى أحدٍ ونظره، فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكلّه فى غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته فى ذلك الزّمان.

والحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتهب حكمه ولا بالمنازعات.

ثمّ إنّ التّسببه بين مثل هذا التّوقيع وبين العمومات [١]

الشرح:

[١] يعنى: مقتضى التّوقيع وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثه والعمل فيها إلى

الرواه، سواء كانت الواقعة من الأمور الحسبيه أو غيرها من موارد القضاء ونحوها، كما أن ما ورد من أن «كل معروف صدقه» (١) مقتضاه مشروعيه العمل بالمعروف وجواز الظاهره في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد، مثل قوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»، وقوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» وأمثال ذلك وإن كانت عموماً من وجه، إلا أن الظاهر حكومه هذا التوقيع عليها وكونها بمنزله المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامه التي يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، وتحت عنوان «الأمر» في قوله: «أولى الأئمير».

وعلى تسليم التنزل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصاله عدم مشروعيه ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولي الأمر. هذا، لكن المسأله لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً.

الشرح:

استقلال كل أحد به، سواء كان من الأمور الحسبيه أو من المستحبات والواجبات الكفائيه وبعد سقوط إطلاقهما في مورد اجتماعهما وهى الأمور الحسبيه ونحوها يرجع إلى أصاله عدم مشروعيه ذلك المعروف، بل لا يبعد حكومه مثل التوقيع على مثل العموم المزبور، فإنه لا يكون الاستقلال مع إيجاب الرجوع فيها إلى الرواه من المعروف؛ ليعمه كل معروف صدقه، وكذا لا يكون الاستقلال عوناً للضعيف، بل عونه هو الرجوع في أمره إلى الحاكم.

أقول: العامى الذى يحتمل فى الواقعه اعتبار الرجوع فيها إلى الفقيه لا يجوز له الاستقلال بمباشرة بها، حيث يجب عليه فى الشبهه الحكميه الاحتياط أو التقليد ممن يتعين عليه الرجوع إليه فى الوقائع، وإذا رجع إلى الفقيه احتياطاً أو تقليداً فعلى الفقيه ملاحظه الأدله فى تلك الواقعه، فإن كان مقتضاها عدم جواز العمل أو عدم ثبوت الولاية لا له ولا لغيره يعمل على مقتضى تلك الأدله، كما إذا رأى أنه ليس له ولا لغيره الولاية على تزويج الصغير أو الصغيره. وإن كان مقتضى الأدله جواز المباشرة أو جواز التوكيل، كالتصرف فى مال اليتيم، يعمل على ما ظهر له حتى لو ظهر منها جواز تصدى وعلى أى تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ما دلّ عليه هذه الأدله هو ثبوت

ص: ١٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ : ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

الولاية للفقهاء في الأمور التي يكون مشروعها إيجاباً في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأما ما يشك في مشروعيتها كالحدود لغير الإمام، وتزويج الصغير لغير الأب والجد، وولاية المعامله على مال الغائب بالعقد عليه وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصه به، مثل آية «أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (١).

الشرح:

العامى للواقع فله الإفتاء بذلك.

ثم الأمور الحسينية التي يكون مقتضى الأدلة فيها عدم الجواز، كالتصرف في مال الغائب أو القاصر، يكون مباشره الفقيه أو توكيله هو المقدم المتيقن من الجواز فيؤخذ في غير ذلك بإطلاق النهي أو عمومه. ومقتضاه عدم كون التصرف المزبور معروفاً أو عونا للضعيف، بل يكون ظلماً وتعدياً عليه كما لا يخفى.

وأما الأمور التي يكون مقتضى الأدلة جواز التصدي لكل أحد للفقهاء الإفتاء بذلك، فيجوز للعامى التصدي به استقلالاً، كما في تغسيل ميت لا ولي له.

ودعوى اعتبار الرجوع في مثل ذلك أيضاً إلى الفقيه أخذاً بإطلاق التوقيع فيها ما لا يخفى؛ لضعف التوقيع سنداً ودلالة، كما تقدم سابقاً.

وقد تقدم: أن إثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرق القتاد.

وبالجملة، فها هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورأيه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب أن يقع خصوصياته من تعيين الغاسل والمغسل وتعيين شيء من تركته للكفن وتعيين المدفن عن رأى الفقيه.

ص: ١٨٦

الثانى: مشروعيتّه تصرّفٍ خاصّ في نفس أو مال أو عرض. والثابت بالتوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثانى، وإن كان الإفتاء فى المقام الثانى بالمشروعيتّه وعدمها أيضاً من وظيفته، إلا أنّ المقصود عدم دلاله الأدلّه السابقه على المشروعيتّه. نعم، لو ثبتت أدلّه النيابة عمومًا تمّ ما ذكر.

ثمّ إنّه قد اشتهر فى الألسن وتداول فى بعض الكتب [١] روايه أنّ «السلطان الشرح:

[١] وحاصله: أنّ المراد بالسلطان هو السلطان بحقّ، كما هو فرض الشّارع السّلطنه لشخص، فينحصر مدلول الروايه (١) بولاية الإمام عليه السلام، واستفاده ولاية الفقيه يحتاج إلى عموم أدلّه النيابة، وقد تقدّم أنّه لا عموم فيها وأنّه لم تثبت ولايته فى غير الإفتاء والقضاء، من غير الأمور المعبر عنها بالأمور الحسينيه التى منها، بل وأهمها أمر تنظيم أمر بلاد المسلمين وتحصيل الأمن لها. كما اعترف بعدم العموم جمال المحققين فى باب الخمس، بعد الاعتراف بأن المعروف عند الأصحاب كون الفقهاء نواب وليّ من لا وليّ له». وهذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو مضموناً يحتاج إلى أدلّه عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه، وأنّه لا يخلو عن وهن فى دلالتّه، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام، ويظهر من الشرح:

الإمام عليه السلام (٢)، ويظهر التأمل فى نيابته كذلك من المحقق الثانى أيضاً فى رسالته الموسومه ب «قاطع اللجاج» (٣).

ثمّ إنّ المراد ب «من لا وليّ له» ليس مطلق الإنسان الذى لم يكن له وليّ، بل الذى ينبغى أن يكون له وليّ كالصغير والمجنون والمغمى عليه والغائب عن أمواله والموقوف عليهم والميت الذى لا- وليّ له وقاطبه المسلمين بالإضافة إلى ملكهم، كالأراضى المفتوحه عنوه ونحو ذلك، فينحصر مدلول الروايه بالأمور الحسينيه

ص: ١٨٧

١- (١) يعنى الروايه التى فى المتن، أنظر المسالك ٧ : ١٤٧ ، وعوائد الأيام : ٥٦٣، والجواهر ٢٩ : ١٨٨، وكنز العمال ١٦ : ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

٢- (٢) حاشيه الروضه : ٣٢٠ ، ذيل عبارته «أو إلى نوابه وهم الفقهاء».

٣- (٣) قاطعه الحجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقق الكركى) ١ : ٢٥٧ .

لا الاولويه على الرعيه قاطبه على حد ولايه النبي صلى الله عليه و آله .

نعم، يستفاد مما يذكر نفوذ التصرف من السلطان فيما يكون ذلك التصرف صلاحاً للمولى عليه حتى ما إذا شك في مشروعيته بحسب سائر الأدلة، كما إذا أراد تزويج الصغير مع كونه صلاحاً له، فإنه لم يمكن إثبات ذلك بالتوقيع؛ لما تقدم من أن مدلوله ولايه الرواه في كل واقعه يجب العمل فيها، وأنه يرجع في تلك الواقعة إلى الرواه. وهذا بخلاف هذه الروايه، فإن مدلولها ثبوت الولايه للسلطان في كل تصرف يكون صلاحاً للمولى عليه ولم يكن من الأمور الحسيه. نعم، يعتبر كون التصرف صلاحاً للمولى عليه فلا ينفذ التصرف المزبور مع عدم صلاحه له، كما هو مقتضى المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومه ب «قاطع اللجاج» في مسأله جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر الشك في عموم النيابة، وهو في محله. ثم إن قوله: «من لا ولي له» في المرسله المذكوره ليس مطلق من لا ولي له، بل المراد عدم الملكه، يعنى: أنه ولي من [١]

الشرح:

كونه ولياً، فإنه فرق بين أن يكون للشخص ولايه لأحد، كما هو ظاهر الروايه، وأن يكون له ولايه عليه، فإنه لا يبعد أن يكون مقتضى الثاني النفوذ ولو لم يكن التصرف صلاحاً.

[١] كل ما ذكر ممن يحتاج إلى الولي بحسب صنفه، وأما الاحتياج إليه بحسب الشخص أو النوع أو الجنس فلم يظهر المراد منه، ونتيجة البحث إلى هذا المقام أن ما يستدل بها من الروايات على ولايه الفقيه، بمعنى ثبوت الولايه على حد ثبوتها للنبي صلى الله عليه وآله وسائر الأئمه عليهم السلام، لا تكون ناظره إلى ذلك؛ لأن جملها تعم الرواه والعلماء الذين كانوا في عصرهم عليهم السلام، بل المتيقن من بعضها ذلك، والالتزام بثبوت الولايه لهم مع ولايه النبي والإمام عليه السلام غير ممكن. أضف إلى ذلك المناقشه في إسناد جملها ودلاله كلها على ما تقدم، ولكن بما أن التحفظ على بلاد المسلمين والدفاع عنهم وعن الحوزه الإسلاميه والممانعه عن استيلاء الخونه والفساق والأشرار فضلاً عن المنافقين والكفار، مما يعلم وجوبه على حد وجوب سائر الأمور التي يعبر عنها بالحسبه، بل ما ذكر أهمها والأصل والأساس لها، فالواجب على الفقيه العادل البصير مع تمكنه هو التصدي لذلك مباشره أو بالتوكيل. ولا يبعد دخوله بالتصدي في عنوان ولي الأمر

ص: ١٨٨

اللازم طاعته لو كلائه فيما إذا لم يكن أمرهم ونهيهم وسائر تصرفاتهم خارجه عن الحدود التي رسمها الشرع، حيث «لا طاعه لمخلوق في معصية الخالق»^(١)، ويأتي أنّ من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصّغير الذي مات أبوه والمجنون بعد البلوغ، والغائب والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا وليّ له، وقاطبه المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوه، والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة، ونحو ذلك. لكن يستفاد منه ما لم يمكن استفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كلّ مصلحه لهم، فثبت به مشروعيه ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الوليّ» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا؛ من أنّ المراد ب «من لا وليّ له» من شأنه أن يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه ولاية الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

والحاصل: أنّ الوليّ المنفّي هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثبت، ذلك أيضاً، فمحصّله: إنّ الله جعل الوليّ الذي يحتاج إليه الشخص وينبغي أن يكون له، هو السلطان، فافهم.

مسأله: في ولاية عدول المؤمنين.

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا^[١] فيه ولاية الفقيه وهو ما كان تصرّفاً الشرح:

مع تصديه لا يعلم مشروعيه التصدي من غيره، كما يعلم عدم جواز معارضته أو تضعيفه، بل يجب تقويته والمساعدته والمجاهده على مهماته التي لم تدخل في العنوان المشار إليه بحسب ما بأيدينا من الأدله.

[١] وحاصل ما ذكر رحمه الله في المقام أنّ التصرفات المعبر عنها بالأموال الحسينيه كالتصرّف في أموال القاصرين، مع فقد الوليّ والحاكم ولو بعدم التمكن من مطلوب الوجود للشارع إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه لأحد

ص: ١٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١١ : ١٥٧، الباب ٥٩ من أبواب وجوب الحج، الحديث ٧.

المؤمنين، لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشّارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظاره الفقيه فيه ساقط بفرض التّعذر، وكونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشّروط، لكونه من المعروف الذى أمر بإقامته فى الشّريعة.

نعم، لو احتمل كون مطلوبيته مختصّه بالفقيه أو الإمام، صحّ الرجوع إلى أصله عدم المشروعية، كبعض مراتب النهى عن المنكر، حيث إنّ إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

الشّرح:

الوصول إليه أو وكيله، وفى الأوقاف العامه مع عدم متولى خاص لها وفقد الحاكم كما ذكر يتصرف فيها آحاد الناس من العدول؛ للعلم بأن هذه التصرفات مطلوب وجودها وغير مأخوذه على شخص خاص، واعتبار الاستئذان من الحاكم الشّرعى ساقط؛ للتعذر، واعتبار هذا الاستئذان اختيارى لا يسقط مطلوبية التصرف مع تعذّره.

نعم، فيما إذا احتمل كون الاستئذان شرطاً مطلقاً، بحيث تسقط مطلوبية ذلك التصرف مع عدم التمكن منه، فيرجع إلى أصله عدم مشروعيته كبعض مراتب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كما إذا توقف أحدهما على الجرح، حيث إنّ إطلاقات الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر المقتضيه لكون كلّ منهما واجبا كفاثيا لا تعمّ ما إذا توقف أحدهما على الجرح. والأصل عدم وجوب ذلك الجرح، بل عدم جوازه أخذاً بما دلّ على حرمة الإضرار والإيذاء والاعتداء.

أقول: المشهور عندهم، بل كما قيل (١): لا- خلاف فى أنّ للأمر بالمعروف والنهى قال الشّهيد قدس سره فى قواعده: يجوز للأحاد مع تعذر الحكام توليه آحاد التصرفات الحكميّه على الأصحّ، كدفع ضروره اليتيم، لعموم: «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» (٢)، وقوله عليه السلام: «والله تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه»، وقوله صلى الله عليه وآله: «كلّ معروف صدقه». وهل يجوز أخذ الزّكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها فى أربابها، وكذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلّق بالدعاوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنّه لو مُنِع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال،

ص: ١٩٠

١- (١) جواهر الكلام ٢١ : ٣٧٤ .

٢- (٢) المائده: ٢ .

وهي مطلوبه لله تعالى.

الشرح:

عن المنكر مراتب ثلاث: الإنكار بالقلب، ثم الإنكار باللسان، ثم الإنكار باليد. وأن واحده منها في طول الأخرى.

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد بالإنكار بالقلب الكراهه الباطنيه المتعلقة بالفعل الصيادر عن الغير أو الترك كذلك، فمن الظاهر أن هذا الإنكار وإن كان من مقتضى الإيمان والتسليم لإحكام الشرع، إلا أنه لا يدخل في عنوان الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، حيث إن الأمر والنهي عباره عن بعث الآخر وتحريكه نحو الفعل أو الترك.

وإن كان المراد، كما قيل: إظهار الشخص أن الفعل الصادر عن الغير مكروه له، فهذا داخل في عنوان الإنكار باللسان، فيجرب عليه ما يجرب على الإنكار باللسان ولا يكون وجوبه مطلقا، بل على تقدير احتمال التأثير وعدم الخوف من ترتب الضرر.

وكذلك لا يدخل الإنكار باليد ضربا كان أو جرحا أو حبسا، في عنوان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وما يستدل على ذلك من بعض الروايات؛ لضعف السند، بل الدلاله، لا تصلح للاعتماد عليها. وعلى تقديره فلا يكون أحدهما في طول وقال بعض متأخري العامه: لا شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمه يأكلونها بغير حقها ويصرفونها إلى غير مستحقها. فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه، وإن يس من ذلك كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التغيير وحرمان مستحقيه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مغصوبه حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم، وعند العامه تصرف في المصارف العامه، انتهى.

الشرح:

الآخر، وفي خبر يحيى بن الطويل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ما جعل الله عز وجل بسط اللسان وكف اليد، ولكن جعلهما يبسطان معا ويكفان معا» (١).

والحاصل: أن ما دل على حرمة الإيذاء والإضرار والاعتداء خروج الضرب فضلا

ص: ١٩١

عن الجرح عن كونه معروفا فلا يمكن الأخذ بقوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»^(١). وبعبارة أخرى: ضرب الغير أو جرحه مع كونهما موجبين لحمل الغير على المعروف وانتهاؤه عن المنكر من المتزاحمين، وعلى تقدير عدم إحراز الأهميه يكون وجوب الحمل ساقطا باعتبار عدم إباحه مقدمته، مع أنّ وجوب الحمل فى نفسه، المعبر عنه بالمنع عن المنكر لا يخلو عن تأمل، وإن كان ربّما يستظهر جواز ذلك ومطلوبيته بالإضافه إلى الأهل والعيال من صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إنّ أمى لا تدفع يد لامس، فقال: فاحبسها. قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قال: «قد فعلت، قال: قيدها، فإنّك لا تبرّها بشيء والظاهر أنّ قوله: «فإنّ توقّع [١]... إلى آخره» من كلام الشهيد قدس سره ولقد أجاد فيما أفاد إلاّ أنّه قدس سره لم يبيّن وجه عدم الجواز، ولعلّ وجهه [٢]: أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافى اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما فى قطع الدعاوى الشرح:

أفضل من تمنعها من محارم الله عزّ وجلّ»^(٢) حيث لا يستفاد منها إلاّ المطلوبه لا الوجوب.

نعم، قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»^(٣) يمكن استفاده الوجوب منها بالإضافه إلى الأهل، ولو كان المنع عن المنكر بالإيداء ونحوه، بشهاده الصحيحه بأن المنع المزبور إحسان، بل يمكن أن يقال: لا يحتمل عادة أن يكون المنع عن محارم الله إحسانا وبرا بالإضافه إلى الأم والأهل، ولا يكون إحسانا بالإضافه إلى السائرين؛ ولذا لا يبعد جواز المنع مطلقا، كما لا يبعد الالتزام بأن على الحاكم وولّى المسلمين المنع فى موارد كون المنكر بشيوعه موجبا لفساد المجامع الإسلاميه، وطمس معالم الدين عن بلاد المسلمين كما لا يخفى.

[١] يعنى: أنّ هذا ليس من تتمه كلام العامه، بل من تتمه ما ذكره رحمه الله بقوله: «وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس؟»^(٤)

ص: ١٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٨: ١٥٠، الباب ٤٨ من أبواب حد الزنا، الحديث الأوّل.

٣- (٣) سوره التحريم: الآيه ٦.

٤- (٤) وهو قول الشهيد فى القواعد والفوائد ١: ٤٠٦، القاعده ١٤٨.

[٢] وبتعبير آخر: إن قوله عليه السلام: «كُلُّ معروف صدقه» (١) في مقام الترغيب إلى فعل المعروف، وأما تعيين المعروف ومصاديقه فهو خارج عن مدلوله كما هو الشأن في كل خطاب يتضمن الحكم بعنوان القضية الحقيقية، وعلى ذلك فلا يمكن التمسك وإقامه الحدود، وكما في التجاره بمال الصّغير الذي له أب وجد؛ فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخصٍ خاصّ. نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسده التصرّف في مال الغير بغير إذنه صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضروره، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحدٍ إلاّ أنّه خرج ما لو تُمكن من الحاكم، حيث دلّت الأدلّه على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميّت، وإلاّ فمجرد كون التصرّف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دلّ على عدم ولايه أحد على مال أحد أو نفسه، ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً ومصلحه، ولا يفهم من أدلّه المعروف ولايه للفضولي على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرّف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلّه المعروف.

الشرح:

بالروايه فيما إذا كان مقتضى الأدله عدم جواز ذلك التصرف واشتراط كونه بنظر الفقيه، كإقامه الحدود، حيث ورد أنها وظيفه الإمام والحاكم. وكذلك التصدي لجمع الزكوات والأخماس، أخذاً بأصالة عدم الولاية التي لا يكون التصدي بدونها معروفاً؛ ولذا لا يمكن التمسك بالروايه المزبوره في نفوذ البيع فضولاً فيما إذا كان ذلك البيع صلاحاً للمالك.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في التمسك بقوله سبحانه: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» (٢)، حيث إن تعيين البرّ والتّقوى خارج عن مدلولها، وكذلك لا يقتضى قوله عليه السلام: «والله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه» (٣).

وبالجملة، تصرّف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو

ص: ١٩٣

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦ : ٣٧١، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢.

خصوصاً في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحه عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل، ويمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً:

ففي صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيته، فرفع أمره إلى قاضي الكوفه، فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جوارى، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس». بناءً على أنّ المراد من المماثله [١]: الشرح:

وعلى الجملة إذا كان في البين ما يدلّ على عدم جواز الفعل أو عدم نفوذه حتى مع عدم التمكن على الوصول من الفقيه فلا يمكن إثبات الولاية فيه لعدول المؤمنين بما ذكر من الآيه والروايه، بل يحتاج جواز التصدي حسبه إلى العلم بجواز التصدي كالتصرف في الأوقاف العامه التي لا متولى لها وتجهيز ميت لا وليّ له، أو قيام دليل خاصّ عليه كالتصرف في أموال اليتامى مع عدم الوليّ لهم كما لا يخفى.

[١] وحاصله أنّ نصب القيم من القاضي المزبور في الرّوايه غير نافذ، ويكون تصرف عبد الحميد ومثله من جهه ولايته على الأيتام بحكم الشارع لا من جهه كونه إمّا المماثله في التشيع أو في الوثاقه وملاحظه مصلحه اليتيم وإن لم يكن شيعياً أو في الفقاهه بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين أو في العدالة. والاحتمال الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعدّره. وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف. وإن تعدّر غيرهم فتعيّن أحدها الدائر بينها فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخصّ منها وهو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفايه الأمانه وملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثله

الشرح:

منصوبا من قبل القاضى، والمحمل فى المماثله الوارده فى الروايه (١) أمور:

الأول: المماثله فى التشيع. الثانى: المماثله فى الوثاقه، أى فعل ما هو صلاح للأيتام، فىكون ملاحظه مصلحه اليتيم فى عباره المصنّف رحمه الله عطفًا تفسيريا للوثاقه. الثالث: المماثله فى الفقاهه. الرابع: المماثله فى العداله. واحتمال إرادته الثالث، أى المماثله فى الفقاهه ضعيف؛ لأنّ مفهوم الشرطيه على ذلك الاحتمال أنه إذا لم يكن القيم للأيتام فقيها ففى تصرفاته بأس ومنع، والمنع إطلاقه يجرى حتّى فى صورته تعذر الفقيه، مع أنه لا يمكن أن تكون الفقاهه بالإضافه إلى مال اليتيم شرطًا على الإطلاق، بحيث لا يجوز لغير الفقيه التصرف حتّى مع تعذر الفقيه.

وهذا بخلاف سائر الاحتمالات، فإنّه لا بأس عليها بالأخذ بإطلاق البأس والمنع، والالتزام بأن تصرف غير الشيعه أو الخائن أو الفاسق فى مال اليتيم غير نافذ.

ففى صحيحه علىّ بن رثاب [١]: «رجل مات وبينى وبينه قرابه وترك أولاداً صغاراً ومماليك غلماناً وجوارى ولم يوص، فما ترى فىمن يشتري منهم الجاريه فيتخذها أم ولد؟ وما ترى فى بيعهم؟ قال: إن كان لهم ولّى يقوم بأمرهم، الشرح:

والحاصل: يدور المراد فى الاحتمالات الثلاثه الباقيه فيؤخذ بالأخص منها وهو اعتبار العدل؛ لكونه متيقنا بالإرادته؛ لأنّ العادل يكون شيعيا ويكون تصرفه بمقتضى التكليف المستفاد من مثل قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٢) صلاحا لليتيم.

أقول: لا- مجال فى المقام للتمسك بإطلاق المفهوم وإثبات أنّ المراد بالمماثله المماثله فى غير الفقاهه، وذلك للجزم بأن البأس فى المفهوم لا- يعمّ تصرف غير الفقيه مع تعذر الفقيه، وعدم شمول المفهوم لذلك إما بالتقييد كما إذا كان المراد بالمماثله الفقاهه فإنه لا بد من تقييد المفهوم، وإما تقييدا كما إذا كان المراد بها غير الفقاهه، نظير ما

ص: ١٩٥

١- (١) وهى الروايه المذكوره فى المتن، وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

٢- (٢) سورة الأنعام: الآيه ١٥٢.

يقال: إنه مع العلم بعدم ثبوت حكم العام لشيء ودوران كونه بالتخصيص أو بالتخصيص لا- يمكن التمسك بأصالة العموم وإثبات كونه بالتخصيص. فالصحيح أن الصحيحه مجمله من حيث المراد من المماثله، فيؤخذ بالأخص من الاحتمالات، وهى المماثله فى الفقاهه والعدل.

[١] ووجه دلالتها أن قوله عليه السلام: «التأخر فيما يصلحهم»^(١) وصف توضيحي، فيكون مفاد الصحيحه نفوذ تصرفات من تكون تصرفاته من جهة صلاح الصغير المفروض عدم القيم الخاص له، ولكنها لا تنافى اعتبارالعداله فى القيم، فإنه يرفع عن باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه ويتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم».

وموثقه زرعه، عن سماعه: «فى رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار، من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس»، بناءً على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكه العداله.

لكن فى صحيحه اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العداله: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيه، وله ولد صغار وكبار، أيجل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض الشرح:

إطلاقها بما دل على اعتبار العداله كما أن ما دل على اعتبارها يكون مفسّراً لإجمال الصحيحه الأولى. فتكون النتيجة أن القائم بمصالح الصغير من غير وصايه، ومن غير توكيل من الحاكم الشرعى، يجب أن يكون عدلاً.

وأما موثقه سماعه قال: «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(٢) فلا ظهور للثقه فيها فيمن يطمئن بفعله عرفاً ولو كان فاسقاً، بل لا يبعد ظهورها فى العدل، ولا أقل من الحمل عليه جمعا بينها

ص: ١٩٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٤٢٢، الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

وبين صحيحه اسماعيل بن سعد(١) برفع اليد عن إطلاق الثانيه بالأولى كما لا يخفى.

قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة، أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك».

هذا، والذي ينبغي أن يقال [١]: إنك قد عرفت أنّ ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نص خاص على الولاية أتبع ذلك النصّ عموماً أو خصوصاً فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل.

الشرح:

[١] يعنى: فى الموارد التى يكون فيها لجواز تصرف غير الفقيه ونفوذه دليل خاص اتبع ذلك الدليل فى جهه كونه دالاً على اعتبار العدالة فى المتصرف أم لا.

وأما الموارد التى يكون تصرف غير الفقيه فيها من جهه دخول ذلك التصرف فى عموم قوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»(٢) وقوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقه»(٣) أو عموم قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»(٤)، ففيها تفصيل من جهه أنّ الفاسق أيضا يجوز له التصدي لتلك التصرفات، ويكون تصرفه نافذا كتصرف العادل، إلا أنه لا يسقط التكليف بإصلاح مال اليتيم وحفظه عن الهلاك عن السائرين بمجرد قيام الفاسق بالتصرف مع عدم إحراز كون تصرف الفاسق صلاحاً وإحساناً للطفل، ولا يكفى فى الإحراز حمل التصرف المزبور على الصحة، مثلاً إذا باع الفاسق مال الصبي غير لا يجوز مع جهله بكون ذلك صلاحاً للطفل شراء ذلك المال من البائع المزبور، ولا تجرى أصاله الصحة فى فعل البائع. فإنّ الشك فى المقام فى أصل وجود المأمور به وهو إصلاح مال الطفل وإيجاد الصلاح، فيكون نظير ما إذا شك فى أنّ وأما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشره الفاسق وتكليفه بالنسبه إلى نفسه، وأنّه هل يكون مأذوناً من الشرع فى المباشره، أم لا؟ وقد يكون بالنسبه إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحه،

ص: ١٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٢ ، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأوّل .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥ : ١٤١ ، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢ .

٤- (٤) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسوره الإسراء : الآية ٣٤ .

كالشراء منه مثلاً.

أمّا الأوّل: فالظاهر جوازّه، وأنّ العدالة ليست معتبره في منصب المباشرة؛ لعموم أدلّه فعل ذلك المعروف، ولو مثل قوله عليه السلام: «عون الضّعيف من أفضل الصدّقه»، وعموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (١) ونحو ذلك.

الشرح:

الغير صلّى على الميت أم لا. نعم، إذا أحرز أصل الصّلاه وشك في وقوعها صحيحه أم لا فتحمل على الصّحه.

وبتعبير آخر: شك المشتري في كون بيع البائع صلاحاً للطفل أم لا، نظير شكّه في بلوغ البائع وولايته على البيع، لا مجرى فيه لأصالة الصّحه. نعم، إذا باع الفاسق مال الطفل لآخر، واحتمل ثالث أنّ المشتري قد أحرز كون شرائه وبيع البائع صلاحاً للطفل، فيجوز لذلك الثالث حمل شرائه على الصّحه، ولا يجوز له أخذ الثمن من يد البائع واسترداد المبيع من يد مشتريه بدفع الثمن إليه؛ لأنّه لا يعلم أنّ مال الصغير هو الثمن، بل مقتضى أصالة الصّحه الجارية في شراء المشتري كون ماله هو الثمن لا المثل.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّه لا دلالة لقوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقه» ولا لقوله: «عونك الضّعيف من أفضل الصدّقه» على حكم المقام، فإنّ كون تصرّف الأجنبي في وصحيحه محمد بن إسماعيل السّابقه، قد عرفت أنّها محموله على صحيحه على بن رثاب المتقدّمه، بل وموثقه زرعه وغير ذلك ممّا سيأتى. ولو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا وليّ له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشكّ في صحّته، ولو شكّ في حدوث الفعل منه وأخبر به، ففي قبوله إشكال.

وأما الثّاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وإن ادّعى كون البيع مصلحه، بل يجب أخذ المال من يده.

الشرح:

ص: ١٩٨

مال الطفل إنما يكون معروفًا وعونا مع ولايته على التصرف ونفوذ معاملته. وإذا منع عنه مثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(١)، أو أصاله عدم ولايته على التصرف المزبور، فيخرج عن كونه معروفًا وعونا كما يخرج زيد باستصحاب عدم كونه فاسقًا عن عموم النهي عن إكرام الفاسق.

وأما قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^(٢) فهو خطاب موجه إلى من يكون في أيديهم أموال اليتامى من الأولياء، ولا يعم غير الولي ولا يعين الولايه لأحد.

والحاصل: أن التصرف في مال الأيتام مستفاد من الروايات المتقدمه، ومفادها كما تقدم اعتبار العدالة في المتصرف، وأيضا لو فرض ثبوت الولايه على كل واحد في التصرف في مال الطفل أو غيره فلا مانع من حمل فعل المتصدى على الصحه، ويدل عليه بعد صحيحه إسماعيل بن سعد المتقدمه، بل وموثقه زرعه، بناء على إرادته العدالة من الوثاقه: أن عموم أدله القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق؛ فإن وجوب إصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته، لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق. ولا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاه المتقدم، لأن الواجب هناك هي صلاه صحيحه، وقد علم صدور أصل الصلاه من الفاسق، وإذا شك في صحتها أحرزت بأصالة الصحه. وأما الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع هو «إصلاح المال ومراعاة الحال» والشك في أصل تحقق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاه مع الشك فيها.

وإن شئت قلت: إن شراء مال اليتيم لابد أن يكون مصلحه له، ولا يحرز ذلك بأصالة صحه البيع من البائع، كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل. نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق، لأن مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثل، وأصالة صحه معامله من الطرفين يحكم بالأول، فتدبر.

ص: ١٩٩

- ١- (١) عوالى اللئالى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول: ٣٤، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.
- ٢- (٢) مرت أنفأ.

الشرح:

وليس المقام من قبيل الشك في بلوغ البائع ونحوه ما يكون الشك معه في ولايه المتصرف، حيث لا مجرى لأصالة الصحة بدون إحرازها، وذلك فإنه بعد فرض الولاية حتى للفاسق يكون ولايه التصرف محرزا، غايه الأمر أن بيعه مشروط بكون ذلك البيع صلاحا للطفل بنظره كما هو مقتضى جعل الولاية، نظير اشتراط علم البائع وإحرازه أوصاف المبيع في صحه بيعه. وكما أن المشتري إذا شك في أن بائعه عالم بأوصاف مبيعه أم لا، يجوز له الاشتراء حملاً لبيعه على الصحة كذلك في المقام فيما إذا احتمل المشتري أن بائع مال الطفل قد أحرز كون بيعه صلاحا، ولو كان إصلاح مال ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي، لا- على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه. ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحه في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق ولئيه من غير تخصيص بالعاقد. وأما لو أراد بيعه من شخص وعرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحه وإن كان في يد الأول.

وبالجملة، فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا- يزيد على حكم الأب والجد^[١] من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

الشرح:

الطفل واقعا هو المأمور به لوجب على الآخرين أخذ المال من يد المشتري بدفع الثمن إليه، تمسكا باستصحاب بقاء المبيع في ملك الطفل، فإنه كما لا مجال لأصالة الصحة في فعل البائع كذلك لا مجال له في فعل المشتري؛ لأن إصلاح مال الطفل واقعا لا- يحصل بمجرد فعل البائع، بل به وبفعل المشتري، ويكون الشك في صحه شراء المشتري مساويا للشك في أصل وجود المأمور به كما لا يخفى.

ثم بناءً على ما ذكرنا من عدم إحراز الولاية لغير العادل من الأمور الحسبيه المشار إليها تكون العدالة فيها للمتصدى معتبره بنحو الموضوعيه، وأما بناءً على ما ذكر المصنف رحمه الله من ثبوت الولاية فيها للفاسق يكون اعتبار العدالة فيها للمتصدى بنحو تكون عداله المتصدى طريقا إلى وقوع التصرف بالصلاح، ولو علم وقوع هذا

النحو من التصرف من جهة أخرى يكون نافذا كما لا يخفى.

[١] أقول: الظاهر أنّ مع وضع عادل يده على مال الصغير يجوز للعادل الآخر مزاحمه الأوّل؛ لأنّ بعض الروايات المتقدّمة تعم تصرف المزاحم فيما إذا وقع قبل وأما حكم الشرع فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّى على الميت الذى لا وليّ له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته [١] أم لا؟

الشرح:

وقوع التصرف من العادل الأوّل، وأما فيما إذا كان القيام من العادل لمجرد كون الواقعة من الأمور الحسيبه التى علم بعدم رضا الشارع بترك التعرض لها فلا- يجوز المزاحمه فى الأمور الحسيبه التى يكون مقتضى الأدلّه الأوليه المنع عن التصرف فيها، كالتصرف فى مال الغائب والأوقاف العامه؛ لأنه يرفع اليد فيها عن تلك الأدله؛ للعلم بأن الشارع لا يرضى بإهمال الواقعة. ولا يحصل هذا العلم مع وضع العادل يده على تلك الواقعة، حيث يحتمل عدم رضا الشارع بالتصدى من الآخرين ومزاحمه العادل الذى وضع يده على الواقعة أولاً.

نعم، الأمور التى يكون مقتضى الأدله الأوليه جواز التصدى لها، كالصلاه على ميت لا وليّ له، فإن الولاية ثابتة لآحاد المؤمنين، فيجوز لكل واحد منهم إيقاعها مع عدم وقوعها من الآخر قبله.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى ولاية الفقيه، وأنّه يجوز لفقيه آخر التصرف فيما لو كان فقيه آخر وضع يده على الواقعة قبله إذا كان مقتضى الخطاب اللفظى جواز التصدى لكل فقيه، كالقضاء فى المرافعات، وأما فى الأمور الحسيبه التى تستوجب تصديها العلم برضى الشارع فلا يجوز للآخر المزاحمه باعتبار أنه لا علم له برضى الشارع بتصدى الآخر، مع فرض وضع الأول يده على الواقعة التى تكون مقتضى الأدله الأوليه عدم جواز التصرف فيها، فلاحظ وتدبر.

[١] يعنى هل يجوز للفقيه الآخر مزاحمه الفقيه الذى تصدى للواقعه بوضع يده عليها أولاً، بأن يرخص الآخر أحدا فى الصلاه على الميت أو هو يباشر بنفسه الذى ينبغى أن يقال: إنّه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدّم، جاز المزاحمه قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور

إلى الحكام هم العوام، فالنهي عن المزاحمة يختص بهم، وأمّا الحكام فكلّ منهم حجّه من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته وإن كان الآخر دخل فيه ووضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب والجدّ في أنّ النافذ تصرّف السابق، ولا عبره بدخول الآخر في مقدمات ذلك وبنائه على ما يغيّر تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعة قبل حكم الآخر وإن حضر المترافعان عنده وأحضر الشهود وبنى على الحكم.

الشرح:

بالصلاه عليه؟ ذكر رحمه الله أنه لو كان المستند لولاية الفقيه في مثل هذه الأمور ما في التوقيع (1) المتقدم من إيجاب إرجاع الحوادث إلى الرواه فيجوز للفقيه الآخر مزاحمة الأول؛ لأنّ مفاده أنّ العوام لا يجوز لهم مزاحمة الفقهاء، بل يجب عليهم إكمال الحوادث إليهم. وأما أنّ الفقيه لا يجوز له مزاحمة الفقيه فلا دلالة للتوقيع عليه.

والحاصل: أنّ مفاد التوقيع المزبور أنّ الفقهاء كلّ واحد منهم حجه على السائرين، ويكون لهم ولاية بحيث يجب على العوام الرجوع إليهم، فيكون حال فقيه بالإضافة إلى الفقيه الآخر حال كلّ من الأب والجد بالإضافة إلى الآخر، ومن هذا القبيل تصدّي أحد الحاكمين للحكم في الواقعة قبل حكم الآخر فيها ولو مع دفع تلك الواقعة إلى ذلك الآخر ونظره واستماع الشهاده والبناء على الحكم فيها.

وأما إذا استفيد ولاية الفقيه من أدله نياتها عن الإمام عليه السلام فلا يجوز للفقيه الآخر وأما لو استندنا في ذلك إلى عمومات النيابة، وأنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، ونظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس والأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه، المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّه منه عليه السلام على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر ووضع يده عليه وبنى فيه بحسب نظره على تصرّف وإن لم يفعل نفس ذلك التصرّف، لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه وبنائه على تصرّف آخر

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٤٠ ، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٩ .

مزاحمه له، فهو كمزاحمه الإمام عليه السلام ، فأدله النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام عليه السلام . فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، وبين الأب والجد، لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّه وبين كون كلّ واحد منهم نائباً.

الشرح:

مزاحمه من وضع يده على الواقعة أولاً وليس المراد الأدله التي يكون مدلولها كون الفقيه كالإمام أولى بالناس، أى بأنفسهم وأموالهم؛ ليقال: إنه ليس فى البين ما يقتضى ولايته كذلك، بل المراد أنّ تصرف الفقيه فى مورد له ولايه التصرف فيه كتصرف الإمام عليه السلام فيه، كما يظهر ذلك من التعليل الوارد فى التوقيع المتقدم، فإن مقتضاه كون الفقيه حجّه من قبله عليه السلام ، فتصديده للواقعه كتصديده عليه السلام لها، فإنه لو كان جواز تصدى الفقيه كجواز تصدى الأب والجد حكماً شرعياً لكان الأنسب أن يقول: فإنهم حجّه الله عليكم.

والحاصل: إذا كان تصدى الفقيه لواقعه كتصدى الإمام عليه السلام لها فلا يجوز للفقيه الآخر التصرف فيها بعد وضع اليد عليها من الفقيه الأول، حيث لا يجوز مزاحمه الإمام عليه السلام .

لا- يقال: كيف جاز لفقيه الحكم فى واقعه قبل تمام الحكم من الفقيه الآخر حتى وربما يتوهم: كونهم حينئذ كالوكلاء المتعدّدين، فى أنّ بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول.

ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً فى تصرف مغاير وإن بنى عليه الأول ودخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إزامهم كإزامه ودخولهم فى الأمر كدخوله، وفرضنا أيضاً عدم دلاله دليل وكالتهم على الإذن فى مخالفه نفس الموكّل، والتعدى عمّا بنى هو عليه مباشرة أو استتابه، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زياده ولا- نقيصه. والوهم إنّما نشأ من ملاحظه التوكيلات المتعارفه للوكلاء المتعدّدين المتعلّقه بنفس ذى المقدّمه، فتأمل.

الشرح:

لو نظر ذلك الآخر فى تلك الواقعة وسمع الشهاده وبنى على الحكم فيها، مع أنه يجرى على تصديده فيها للقضاء أنه كتصدى الإمام عليه السلام .

فإنه يقال: وجوب القضاء على الفقيه في الواقعة مشروط بسؤال الحكم منه، ومع عدم سؤال المتخصصين، كما هو مقتضى رجوعهما إلى غيره ولو بعد مراجعتهما إليه، يكون التكليف بالقضاء متوجهاً إلى ذلك الغير.

أقول: قد تقدم أنّ التوقيع (1) المزبور لا يمكن الاعتماد عليه لضعفه سنداً، وأن الحوادث الواقعة الواردة فيها مجمله؛ لأنّ السؤال لم يصل إلينا، ولعل كان فيه قرينه على كون المراد بها بعض المخاصمات التي يحتاج فيها إلى الحكومه.

وعلى تقدير الإغماض وعموم الحوادث فمفاده أنّ مع وجود الفقيه لا يعذر العامي في ترك الواقعة وعدم العمل بالوظيفه فيها، فإن الحجة ما يحتج به، كما أنّ مع وجود هذا كلاً مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطه إلى الحكام سيما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومه. وكيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمه فقيه لمثله في كلّ إزام قولي أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفه نظره، لأنّ نظره كنظر الإمام.

وأما جواز تصدّي مجتهدٍ لمرافعه تصدّأها مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلاّن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

ثمّ إنّه هل يشترط في ولايه غير الأب والجدّ ملاحظه الغبطه لليتيم، أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أنّ فيه وجهين، ولكن ظاهر كثير من كلماتهم: أنّه لا يصحّ إلّا مع المصلحه، بل في مفتاح الكرامه: أنّه إجماعي، وأنّ الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتّفاقياً بين المسلمين، وعن شيخه في شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشيخ والحلّي بذلك حتّى في الأب والجدّ.

الشرح:

الإمام عليه السلام لا يعذر الناس في ترك رجوعهم إليه عليه السلام. وأما مباشره الفقيه بحادثه بالإضافة إلى فقيه آخر كمباشره الإمام عليه السلام بالإضافة إلى الفقيه، فليس فيه دلالة على ذلك.

ص: ٢٠٤

وبتعبير آخر: جعل الولاية لفقيه بالتصريف في الواقعه لا يلزم جعل تصديه منزله تصدى الإمام عليه السلام ، وما ذكر رحمه الله من عدم جواز مزاحمه فقيه لفقيه آخر لاستلزامها اختلال النظام فلا يخفى ما فيه، فإنه على تقدير الدليل على ولايه كل فقيه يكون المقام نظير ما إذا تعذرت مراجعه الفقيه ووصلت النوبه لعدول المؤمنين، حيث ذكر رحمه الله جواز مزاحمه عادل لعادل ومزاحمه فقيه لفقيه آخر لا يزيد عليه.

ويدل عليه بعد ما عرفت من أصاله عدم الولاية لأحد على أحد : عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»، وحيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إن «القرب» في الآية يحتمل معاني أربعة:

الأول: مطلق التقليل والتحرّيك حتّى من مكان إلى آخر [١]، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

الشرح:

[١] يعنى يحتمل كون المراد بالقرب تحريك مال اليتيم وإخراجه عن السكون، سواء كان تحريكا مكانيا بأن ينقل المال من مكان إلى آخر، أو تحريكا اعتباريا وإدخالاً في ملك الغير بعا أو غيره، والتقليل والتحرّيك بمعنى واحد.

ويحتمل أن يكون المراد بالقرب وضع اليد على مال اليتيم، وأنه لا يجوز وضع اليد عليه إلا فيما كان وضعها عليه أحسن من تركه بحاله.

ويحتمل كون المراد به ما يعدّ تصرفاً، سواء كان اعتباريا كالبيع والإجاره ونحوهما، أو غيره من التصرف الخارجى، ويترتب على ذلك أنه لو كان التصرف فى مال اليتيم أحسن من تركه بحاله فلا يجب التصرف، حيث إن مدلول الآية عدم جواز القرب إليه بوجه غير أحسن لا وجوب القرب إليه بوجه أحسن.

ويحتمل أن يكون المراد بالقرب مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم ولو كان الأمر المزبور تركه بحاله، ويترتب على ذلك وجوب التصرف فى الفرض المتقدم، فإن تركه بحاله على هذا الاحتمال قرب إليه بوجه غير أحسن فلا يجوز.

ثم إن المراد بالأحسن إما الأحسن من تركه أو الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات المعبر عنه بالأحسن المطلق، أو القرب الحسن بأن يكون فيه صلاح للطفل من القرب الذى فيه حرج، أى مفسده.

الثانى: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه ومجتنباً، فالمعنى: تجنّبوا عنه، ولا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفياً كالاقتراض والبيع والإجاره وما أشبه ذلك فلا يدّل على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلا بتفقيح المناط.

الشرح:

والظاهر من معانى القرب هو المعنى الثالث، حيث إن القرب إلى المال بمناسبه الحكم والموضوع هو التصرف فيه، سواء كان اعتبارياً أو خارجياً، فلا يشمل تركه بحاله، كما أن ظاهر الأحسن هو المعنى الثانى، أى التفضيل المطلق، كما هو مقتضى حذف المفضل عليه فى إفادته العموم. وعلى هذا، فلو كان بيع مال اليتيم أصلح من تركه ومن سائر التصرفات ولم يكن فرق بين بيعه بالدينار أو بالدرهم، يكون بيعه بكل منهما جازياً باعتبار كون بيعه بكل منهما أصلح من تركه ومن سائر التصرفات، وإذا باعه بالدرهم فلا يجوز مبادله الدرهم بالدينار باعتبار أن هذه المبادله لا تكون أحسن من تركها.

بخلاف ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن مطلق ما لا يكون فيه حرج ومفسده، فإنه بناءً عليه تجوز تلك المبادله، وكذا ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن هو الأحسن المطلق، والمراد بالقرب مطلق ما يتعلق بمال اليتيم ولو كان ذلك الأمر تركه بحاله، حيث إن فى الفرض لا- يكون القرب، أى ترك مال اليتيم بحاله أحسن من تركه ومن سائر الأمور المتعلقة بالدرهم المزبوره، بل تركها بحالها وتبديلها بالدنانير على حد سواء، فيجوز كلّ منهما.

ثم إنّ الأظهر من معانى القرب هو الثالث، حيث إنّ قرب المال بمناسبه الحكم والموضوع هو التصرف فيه، كما أنّ الأظهر فى معنى الأحسن هو التفضيل المطلق، أى الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل والترك، والمعنى: لا تختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور، لأنّ إبقائه قرباً له بما ليس أحسن. وأمّا لفظ «الأحسن» فى الآيه، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، ويحتمل أن يراد به الحسن. وعلى الأول، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض

ويحتمل أن يراد به ظاهره وهو الأحسن مطلقاً من تركه ومن غيره من التصرفات. وعلى الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحه، ويحتمل أن يراد به ما لا مفسده فيه، على ما قيل: من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله.

الشرح:

التصرف الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات. نعم، مقتضى التدبر في ملاحظه غرض الشارع أن لا ينحصر القرب بالتصرف، بل يعم ترك المال بحاله، كما هو المعنى الرابع للقرب، فإن غرضه أن لا يختار الأولياء في مال اليتيم إلا ما كان أحسن كما لا يخفى.

أقول: لا- ينبغى الريب في أن النهى عن قرب مال اليتيم لا- يراد منه معناه الحقيقي من القرب المكانى أو الزمانى أو نحوهما، بل كناية عن الفعل المناسب للمال، فلاحظ النهى عن قرب الشجره في قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ» (١)، والنهى عن قرب النساء في قوله: «وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ» (٢) ونحوهما. ومن الظاهر أن الفعل المناسب للمال قسمان: التصرف الخارجى بأن يلبس الثوب المملوك لليتيم ويسكن بيته ويأكل طعامه . . . إلى غير ذلك مما هو استيفاء لمنافع مال اليتيم، أو إتلاف أعيان ماله والتصرف الاعتبارى كالاتجار بمال اليتيم. والمتيقن من المراد هو القسم الأول، وإن ثم إن الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، ومن احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثانى، أعنى التفضيل المطلق. وحينئذ إذا فرضنا أن المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشره دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه، وإن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار، لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد تعلق المصلحه بجعل المال نقداً.

الشرح:

كان لا يبعد عموم المراد وشموله للقسم الثانى.

وكيف كان، فليس الأحسن وصفاً للقرب ليقال: إن القرب لا- يعم التصرفات الاعتباريه وأن مدلول الآيه هو تحريم التصرف الخارجى غير الأحسن، فلا يستفاد منه

ص: ٢٠٧

١- (١) سورة البقره: الآيه ٣٥.

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ٢٢٢.

الحكم الوضعى للمعاملات الجارية على مال اليتيم، بل الأحسن صله الموصول المراد به الطريقه والوسيله، كما هو مقتضى تأنيث الموصول ودخول الباء الظاهره فى الآليه أو السببيه عليه. وتوصيف الطريقه بالأحسن يمكن أن يراد ما يقابل طريق الظلم والعدوان، كما فى قوله سبحانه: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (١)، وعليه ففيمما كان وسيله القرب معامله معنونه بعنوان الظلم والعدوان يحكم بفسادها، كما إذا باع الولي مال اليتيم بثمن بخس جدا، حيث لا يمكن مع صحتها أن يكون ترتب الأثر عليها المعبر عنه بالقرب محرما.

ويمكن أن يكون المراد الطريقه التى هى أصلح لليتيم بالإضافة إلى سائر المعاملات والوسائل، فلا يجوز القرب بمال اليتيم بالإجاره إذا كان البيع أصلح، وظاهر الأحسن وإن كان هو الثانى إلا أنه قد يقال بكون المراد به هو الأول، بقريته النهى عن أما لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسده فيه، فيجوز. وكذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً لأنَّ القدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين فيه لا مزيه لأحدهما على الآخر فيختر كذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلُّ من إبقاء الدّراهم على حالها وجعلها ديناراً قرباً، والقدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين لا مزيه فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

والحاصل: أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء لكون القدر المشترك بينهما أحسن، وعدم مزيه لأحد الفردين تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامه، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبه إلى حال اليتيم وإن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف. لكن الإنصاف: أن المعنى الرابع لـ «القرب» مرجوح فى نظر العرف بالنسبه إلى المعنى الثالث، وإن كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا فى أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

نعم، ربّما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر [١]

ص: ٢٠٨

أكله ظلماً، وبعض الروايات في التصرف بمال اليتيم.

[١] أقول: مورد الروايتين (١) ومدلولهما المراد والمعاشره مع اليتامى بالدخول إلى بيتهم والأكل من طعامهم ونحو ذلك ممّا هو صلاح لهم، فإن انقطاع الناس عنهم وترك الدخول عليهم أمر غير مرغوب في العاده، وتجويزه مع وصول العوض إلى لا أنّ مناط الجواز هو النفع. ففي حسنه الكاهلي: «قيل لأبي عبدالله عليه السلام: إنّنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا»، بناءً على أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافى بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين: من أنّ الصدر دالّ على إناطه الجواز بالنفع، والذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر. وهذا منه مبنّى على أنّ المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضه ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصّل إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى فلساً بإزائه، وهكذا... وأنت خبير بأنّه لا ظهور للروايه حتّى يحصل التنافى.

وفي روايه ابن المغيره: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّ لى ابنه أخ يتيمة، فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشيء من مالى، فأقول: يا ربّ هذا بهذا؟ قال: لا بأس». فإنّ ترك الاستفصال عن مساواه العوض وزيادته يدلّ على الشرح:

اليتامى حتّى فيما إذا لم يكن العوض زائداً على المقدار المصروف منهم لا يقتضى جواز مثل بيع مال اليتيم بثمن المثل فيما إذا كان في البين من يشتره بالأزيد منه، أو جواز بيع مال اليتيم فيما إذا كان تركه مع فعله سيّان.

ص: ٢٠٩

بل لا يبعد القول بجواز الدخول على اليتامى كما ذكر من غير حاجه إلى الاستجازه من أوليائهم أو من الحاكم الشرعى أخذاً بظاهر الروايتين.

عدم اعتبار الزيادة، إلا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف في الطعام المهدي إليها وإعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من «الطعام المهدي إليها» هو المطبوخ وشبهه.

وهل يجب مراعاة الأصلح [١] أم لا؟ وجهان.

قال الشهيد رحمه الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحه في مال المولى عليه أو يكفى نفى المفسده؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها وأصله بقاء الملك على حاله ولأن النقل والانتقال [٢] لا بدّ لهما من غايه، والعدميات لا تكاد تقع غايه. وعلى هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا [٣]، لا؛ لأن ذلك لا يتناهى [٤].

وعلى كل تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحه، لم يجز العدول عن الأصلح، ويترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعه للمولى عليه حيث لا مصلحه ولا مفسده، وتزويج المجنون حيث لا مفسده؛ وغير ذلك، انتهى.

الشرح:

[١] يعنى بناءً على لزوم رعايه المصلحه فى التصرف فهل يجب رعايه الأصلح والأكثر نفعاً، أم لا؟ استشهد رحمه الله على لزوم رعايته بما فى «القواعد» (١).

[٢] يعنى تجويز الشارع النقل والانتقال فى مال الطفل باعتبار الغرض والملاك وعدم المفسده كسائر العدميات، لا يصلح كونه غرضاً.

[٣] يعنى يحتمل وجوب تحرى الأصلح ودليله مثل ما قلنا فى لزوم رعايه المصلحه، وهو كون الولي منصوباً لرعايه المصلحه وأصله بقاء الملك.

[٤] يعنى يحتمل أن لا يجب تحرى الأصلح؛ لأن الأصلح لا آخر له، وكل ما الظاهر أن فعل الأصلح فى مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده وكان الاتجار به أصلح منه، لم يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الزايع من معانى القرب فى الآيه، بأن يراد: لا تختاروا فى مال اليتيم أمراً

ص: ٢١٠

من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره، وقد عرفت الإشكال في استفاده هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهية عن جميعها، إلا ما كان أحسن من غيره ومن التروك، فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من التروك [١].

نعم، ثبت بدليل خارج حرمه التروك [٢] إذا كان فيه مفسده، وأما إذا كان في التروك مفسده ودار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه [٣]، بل ربما يعدّ العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا الشرح:

يفرض كون صلاحه أكثر يمكن أن يكون التصرف الآخر أصلح منه.

[١] يعنى لا يستفاد من الآيه وجوب الفعل فيما إذا كان أحسن من تركه؛ لما تقدم من ظاهرها عدم جواز غير الأحسن لا وجوب فعل الأحسن.

[٢] فإن التصرف في ماله في مورد يكون تركه إتلافاً لماله مما يعلم أنّ الشارع لا يرضى بذلك التروك.

[٣] وذلك لما تقدم في صور الأحسن من ظهور الأحسن في معنى التفضيل.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه قد يقال بظهور الاستثناء في آيه «لَا تَقْرُبُوا» . . . في أنّه يجوز لكلّ مكلف التصرف في مال اليتيم إذا كان ذلك التصرف أحسن، وأنّه لا تختص ولايه التصرف بشخص أو أشخاص خاصه، حيث إن الاستثناء بمنزله اقربوا مال اليتيم بالأحسن.

ويجاب عن ذلك تاره بما ذكر في مفهوم الشرط، بأنه إذا كان الجزاء في القضية أشتري في موضع بعشره، وفي موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنّه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال، لو ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكه إصلاح المال، وهذا هو الذى أرادته الشهيد بقوله: ولو ظهر في الحال . . . الخ.

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهه، كما لو كان بيعه مصلحه، وكان بيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجره منه أن ينقله إليه والعلم بعدم الخساره؛ فإنّه قد لا يعدّ ذلك سفاهه، لكن ظاهر الآيه وجوبه.

مسأله: يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنياً أن يكون مسلماً، فلا يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكره، بل عن الغنيه: عليه الإجماع، خلافاً للمحكي في التذكره عن بعض علمائنا، وسيأتى عبارته

الشرح:

الشرطيه سالبه كليه، كقوله عليه السلام: «إذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شيء»^(١)، يكون مفهومه موجه جزئيه لا كليه، فإنه ليس المستفاد من مفهوم أنه إذا لم يبلغ قدر كر ينجسه كل شيء، بل مفهومه مهمل ومساوق لقوله: ينجسه بعض الأشياء.

وهذا يجرى في الاستثناء من السالبه الكليه أيضاً، حيث إن مفاد الاستثناء قطع الحكم المستثنى منه، أى ارتفاع السالبه الكليه بثبوت الموجه.

وأما كون الموجه كليه فلا يستفاد منها، ولو قيل: لا تقتل أحداً إلا في غير الأشهر الحرم فلا يكون مفاده أقتل كل أحد في غير الأشهر الحرم، وعلى ذلك فمفاد الاستثناء النهى العام، أى نهى كل أحد عن قرب مال اليتيم ينتفى إذا كان القرب أحسن. وأما التجويز لكل أحد في القرب مع كونه أحسن فلا يستفاد منه.

واستدل للمشهور تارة: بأن الكافر يمنع من استدامته، لأنه لو ملكه قهراً بإرث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح. وأخرى: بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، وبالنبوي المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم واستدلالهم به في موارد متعدده، حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته وهو قوله صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه»، ومن المعلوم: أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

الشرح:

وأخرى، بأنه لو سلم أن مفاد الاستثناء الإيجاب الكلي، إلا أن عدم ورود الآيه في بيان حكم المستثنى يمنع عن التمسك فيه بمقتضى الإطلاق، ويشهد لعدم وروده في بيان حكم المستثنى ملاحظه ما قبل الآيه من الآيات الواردة في بيان المحرمات. وعلى تقدير الإغماض وعدم إحراز أن الاستثناء مهمل فلا أقل من عدم إحراز وروده في مقام البيان.

أقول: قد تقدّم في بحث العام والخاص أن من أدوات العموم وقوع اسم الجنس

فى سياق النفى أو النهى، كقوله: «لا يحلّ شىء من السباع»^(١) وقوله: «لا تكرم فاسقا». وعليه فإن كان العموم فى الجزاء مستفادا من أحد الأمرين فينتفى ذلك العموم فى ناحيه المفهوم فى القضييه الشرطيه ولا يكون فى ناحيه المفهوم عموم، حيث إن ذلك الاسم الجنس لا يقع فى ناحيه المفهوم فى سياق النفى؛ لأن مفهوم القضييه الشرطيه الجزاء فيها سالبه موجبها كما فى قوله عليه السلام: «إذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شىء»^(٢).

لكن الإنصاف: أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضد بالشهره واشتهار التمسك بالآيه حتى أُسند فى كنز العرفان إلى الفقهاء، وفى غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكره من الأدله خالياً عن الإشكال فى الدلاله. أمّا حكاية قياس الابتداء على الاستدامه، فغايه توجيهه: أن المفهوم من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوداً وبقائه، من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسه عن المسجد، فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أن هذا إنما يقتضى كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء.

الشرح:

وأما إذا كان العموم فى الجزاء مستفادا من أمر يكون ذلك الأمر موجودا فى ناحيه المفهوم أيضا فلا ينتفى العموم، كما فى قوله: «كل درهم أو دينار لا يكون فيهما زكاه إذا لم يحل عليه حول»^(٣)، فإن مفهومه أن كل درهم أو دينار فيه زكاه إذا حال عليه الحول. وكذلك الحال فى ناحيه الاستثناء، فإنه لو كان عموم المستثنى منه بأحد الأمرين المتقدمين فلا يكون فى ناحيه المستثنى عموم، كما فى قوله: «لا تقتل أحدا إلا فى غير أشهر الحرم».

وأما إذا كان مستفادا من أمر آخر لا ينتفى بقطع حكم المستثنى منه يكون العموم فى ناحيه المستثنى أيضا، كقوله: «كل دم من المسلم محترم لا يحل إلا قصاصا»، فإن مقتضى الاستثناء جواز القصاص من كل مسلم، وعلى ذلك فالعموم بالإضافه إلى عامه

ص: ٢١٣

١- (١) انظر وسائل الشيعه ٢٤ : ١١٥، الباب ٣ من أبواب الأطمه المحرمه، الحديث ٥.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

٣- (٣) انظر وسائل الشيعه ٩ : ٧٢، الباب ١٣ من أبواب ما يجب فيه الزكاه، الحديث ٨.

المكلفين في خطاب: «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا- بِالتَّى هِيَ أَحْسَنُ» مستفاد من توجيه ومن المعلوم: أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه وإخراجه عن ملكه، وليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.

والحاصل: أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك، تابعه لدلاله النهي عن الإبقاء، في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهي عنه وعدمه، والمفروض انتفاء الدلالة في المتبوع.

الشرح:

الخطاب إلى عامتهم لا- من وقوع النكره في سياق النهي، فيكون المستثنى عدم الحرمة على كل مكلف بالإضافة إلى القرب بالأحسن.

أضف إلى ذلك أن ورود ما قبل الآية في ذكر المحرمات فقط، على تقدير تسليمه، لا يمنع الأخذ بمقتضى الاستثناء الوارد لكل من الأحكام الانحلالية باعتبار كل مكلف، وأن الأصل في كل خطاب متضمن للحكم وموضوعه وروده في مقام البيان من حيث قيود ذلك الموضوع والحكم.

والصحيح في الجواب عن دعوى استفادة الولاية لكل أحد ما ذكرنا من أن ال «أحسن» في الآية صله ل «التي» المراد بها الوسيله والمعامله، وما دل على اعتبار قيام العدول في المعامله على مال اليتيم يكون حاكما على مدلول الآية، حيث إن مقتضاه أن الوسيله تكون أحسن فيما إذا قام عدل في المعامله على مال اليتيم، فلا يجوز شراء مال لأحد إلا إذا قام عدل في بيعه.

أضف إلى ذلك احتمال اختصاص خطاب النهي بالأولياء بمناسبة كون مال اليتيم بأيديهم، وأنهم ذوواليد عليه، فتدبر جيدا.

ومما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد في عبء كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذهبوا فبيعه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقرّوه عنده»؛ بناءً على أن تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان والاحتراز يدل على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أن تخصيص بالمسلمين إنما هو من جهه أن الداعي على

الأمر بالبيع هي إزاله ملك الكافر والنهي عن إبقائه عنده، وهي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به، فافهم.

وأما الآيه: فباب الخدشه فيها واسع:

تارة: من جهه دلالتها في نفسها ولو بقرينه سياقها الآبي عن التخصيص، فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينه ما قبلها الداله على إرادته أن نفى الجعل في الآخره.

وأخرى: من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفار على المؤمنين، وهو ما روى في العيون، عن أبي الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أن المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا، لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكه أن الحسين بن علي عليهما السلام لم يقتل، بل شبه لهم ورفع كعيسى على نبينا وآله وعليه السلام. وتعميم الحجّه على معنى يشمل الملكيه، وتعميم السبيل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

وثالثه: من حيث تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحه البيع، ووجوب الوفاء بالعقود، وحلّ أكل المال بالتجاره، وتسلط الناس على أموالهم، وحكومته الآيه عليها غير معلومه. وإباء سياق الآيه عن التخصيص مع وجوب الالتزام به في طرف الاستداه، وفي كثير من الفروع في الابتداء، يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكيه، بأن يراد من السبيل السلطنه، فيحكم بتحقق الملك وعدم تحقق السلطنه، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه. وهذا وإن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظه وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآيه المسوقه لبيان أن الجعل شيء لم يكن ولن يكون، وأن نفى الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أن استصحاب الصحه في بعض المقامات يقتضى الصحه، كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت في غيره بعدم الفصل، ولا يعارضه أصاله الفساد

فى غير هذه الموارد، لأنَّ استصحاب الصَّحَّه مقدّم عليها، فتأمل.

ثمَّ إنّ الظاهر أنّه لا- فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصيّه. وأمّا تمليك المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة، ومقرّب النهايه، بل ظاهر المحكى عن الخلاف، أو مع وقوع الإجاره على الذمّه كما عن الحواشى، وجامع المقاصد، والمسالك، أو مع كون المسلم الأ-جير حرّاً كما عن ظاهر الدروس، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد ومحكى الإيضاح، أقوال: أظهرها الثانى، فإنّه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز. ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة وحواشى الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكى عن الخلاف: نفي الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل فى الذمّه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنه ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا، انتهى.

وآدعى فيالإيضاح: أنّه لم ينقل من الأئمّه فرق بين الدين وبين الثابت فى الذمّه بالاستئجار. خلافاً للقواعد وظاهر الايضاح، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً.

وظاهر الدروس: التفصيل بين العبد والحرّ، فيجوز فى الثانى دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: وجوّزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجاره الحرّ المسلم، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل فى التذكرة: جواز إجاره العبد المسلم مطلقاً ولو كانت على العين. نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذى ملّك منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجاره الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعه، فتأمل.

وأما الارتهان عند الكافر، ففي جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهايه الأحكام، أو المنع، كما فى القواعد والإيضاح، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعاه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط والقواعد والإيضاح فى كتاب الرهن والدروس وجامع المقاصد والمسالك، أو التردّد كما عن التذكرة، وجوه: أفواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه.

وأما إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعاريه القواعد وجامع المقاصد

والمسالك، بل عن حواشى الشهيد رحمه الله : أنّ الإعاره والإيداع أقوى منعاً من الارتهان. وهو حسن فى العاريه، لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلاً وعلوّاً، ومحل نظر فى الوديعة، لأنّ التسليط على الحفظ وجعل نظره إليه مشترك بين الرهن والوديعة، مع زياده فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع وهى التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلاّ بإذنه وتسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

وقد صرّح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. وممّا ذكرنا يظهر عدم صحّه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته.

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته ولو انتحل الإسلام كالتواصب والغلاه والمرتدّ غايه الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآيه، ولذا استدللّ الحنفية على ما حكى عنهم على حصول البيئونه بارتداد الزوج. وهل يلحق بذلك أطفال الكفار؟ فيه إشكال، ويعمّ المسلم المخالف، لأنّه مسلم فيعلو ولا يُعلى عليه. والمؤمن فى زمان نزول آيه نفى السبيل لم يُرد به إلاّ المقرّ بالشهادتين، ونفيه عن الأعراب الذين قالوا: آمنا بقوله تعالى: «وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه لله ورسوله فى الظاهر لا الباطن، بل قوله تعالى: «وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» دلّ على أنّ ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً فى خارج القلب.

والحاصل: أنّ الإسلام والإيمان فى زمان الآيه كانا بمعنى واحد، وأمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطه إنكار الولاية، فهو لا يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم: من التناكح والتوارث، وحقن الدماء، وعصمه الأموال، وأنّ الإسلام ما عليه جمهور النّاس.

ففى روايه حمران بن أعين: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «الإيمان ما استقرّ فى القلب، وأفضى به إلى الله تعالى وصدّقه العمل بالطّاعة لله والتسليم لأمر الله، والإسلام ما ظهر من قول أو فعل، وهو الذى عليه جماعه النّاس من الفرق كلّها، وبه حقنت الدماء، وعليه جرت الموارث، وجاز النكاح، واجتمعوا على الصّيلاه والزّكاه والصّوم والحجّ فخرجوا بذلك من الكفر وأضيفوا إلى الإيمان . . . إلى أن قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل والأحكام والحدود

وغير ذلك؟ قال: لا، إنهما يجريان في ذلك مجرى واحد، ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما، وما يتقربان به إلى الله تعالى». ومن جميع ما ذكرنا ظهر: أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جاريه، إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنه من المخالف، لأخبار دلت على ذلك، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجاريه المؤمنه، لكن الأقوى عدم التحريم.

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

(منها): ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعقاد، بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقر بحريه مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: اعتق عبدك عنى بكذا، فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة، وتبعه جامع المقاصد والمسالك.

والوجه في الأول واضح، وفاقاً للمحكي عن الفقيه والنهائي والسيراني مدعياً عليه الإجماع والمتأخرين كافة، فإن مجرد الملكيه الغير المستقره لا يعد سبيلاً، بل لم يعتبر الملكيه إلا مقدّمه للانعقاد. خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي، فمنعاه، لأن الكافر لا يملك حتى ينعق، لأن التملك بمجرد سبيل، والسبيل علق. إلا أن الإنصاف: أن السبيل غير متحققه في الخارج، ومجرد الإقدام على شرائه لينعق، منه من الكافر على المسلم، لكنها غير منفيه.

وأما الثاني، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصّدق والكذب، لبوت الخلل: إما في المبيع لكونه حرّاً، أو في المشتري لكونه كافراً، فلا يتصور صورته صحيحه لشراء من أقر بانعاقه، إلا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي، فتأمل.

وأما الثالث، فالمحكي عن المبسوط والخلاف التصريح بالمنع، لما ذكر في الأول.

(ومنها): ما لو اشترط البائع عتقه، فإن الجواز هنا محكي عن الدروس والروضه، وفيه نظر، فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل وعلق، بل التحقيق: أنه لا فرق بين هذا، وبين إجباره على بيعه، في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

والحاصل: أن «السبيل» فيه ثلاثه احتمالات كما عن حواشى الشهيد: مجرد الملك، ويترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحريه. والملك المستقر ولو بالقابليه، كمشروط العتق، ويترتب عليه استثناء ما عدا صورته اشتراط

والمستقرّ فعلاً، ويترتب عليه استثناء الجميع. وخير الأمور أوسطها.

ثم إن ما ذكرنا كلاً حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختياراً، أما التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر من كافر أُجبر على البيع، فمات قبله، فإنه لا يعتق عليه ولا على الكافر الميت، لأصالة بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السبيل وعموم أدلّه الإرث، لكن لا- يثبت بهذا الأصل تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّه، ضروره أنه إذا نُفي إرث الكافر بآيه نفي السبيل، كان الميت بالنسبه إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام مناف لعموم أدلّه ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

فالعمد في المسأله: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً في جامع المقاصد.

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً وغيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثم أخيرها.

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في أنه لا يقتر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه، لقوله عليه السلام في عبد كافر أسلم: «أذهبوا بيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا- تقرّوه عنده». ومنه يعلم: أنه لو لم يبعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقاً، لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال غايه الأمر أنه دلّ النصّ والفتوى على تملكه له ولذا ذكر فيها: أنه يباع عليه، بل صرح فخر الدّين قدس سره في الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، ويبقى له حق استيفاء الثمن منه. وهو مخالف لظاهر النصّ والفتوى، كما عرفت.

وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكي عن الحواشي في خيار المجلس والشّروط، لأنه إحداث ملك فينتفى، لعموم نفي السبيل، لتقديمه على أدلّه الخيار كما يقدّم على أدلّه البيع. ويمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؟ فإن قلنا بالأوّل، ثبت

الخيار، لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكيه حاصله غير السابقه، فإنّ الشارع لم يمضها، لكن هذا المبني ليس بشيء، لوجوب الاقتصار في تخصيص نفى السبيل على المتيقن.

نعم، يحكم بالأرث لو كان العبد أو ثمنه معيماً. ويشكل في الخيارات الناشئه عن الضرر، من جهة قوه أدله نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. ويظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع في العقد الجائر، كالهبه.

وخالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار والردّ بالعيب تبعاً للدروس قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر، لانتفاء المقتضى، لأنّ نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، ولو أخرجه عن ملكه بالهبه جرت فيه أحكامها.

نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع إذا لم يلزم منه تخسير للمال، انتهى. وفيما ذكره نظر، لأنّ نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي، وخروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، واستلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحه العقد الذي خصّ بنفى السبيل، فهذا أولى بالتخصيص به، مع أنه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصاله الملك وعدم زواله بالفسخ والرجوع، فتأمل.

وأما ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» فيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزله التصرف المانع من الفسخ والرجوع.

وممّا ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره في القواعد من قوله قدس سره: ولو باعه من مسلم بثوب ثمّ وجد في الثمن عيباً، جاز ردّ الثمن، وهل يسترّد العبد أو قيمه؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، ومن كون الردّ بالعيب موضوعاً على

القهر كالإيرث، انتهى محل تأمّل، إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار، ونفى السبيل: ثبوت الخيار والحكم بالقيمه، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثل، كنقل المبيع في زمن الخيار، وكالتلف الذي هو مانع عقلي. وهو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله، ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعقد على المشتري، فتأمل.

مسأله: المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر، ذكره الشيخ والمحقق في الجهاد، والعلامة في كتبه وجمهور من تأخر عنه.

وعن الإسكافي أنّه قال: ولا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، وما يجب على المسلم تعظيمه، ولا صغيراً من الأطفال، انتهى.

واستدلوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر. وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. وفي إلحاق الأحاديث النبويّه بالمصحف كما صرح به في المبسوط والكراهه كما هو صريح الشرائع، ونسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردّد بينهما العلامة في التذكرة. ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلى الله عليه و آله من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه صلى الله عليه و آله، وإن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبي صلى الله عليه و آله المعلوم صدورها عنه صلى الله عليه و آله.

وكيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلى الله عليه و آله.

القول في شرائط العوضين:

يشترط في كلّ منهما كونه متمولاً، لأنّ البيع لغه مبادله مال بمال، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء محلّله في الشرع، لأنّ الأوّل ليس بمال عرفاً كالخنافس والديدان، فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها ونفي الفائدة عنها، والثاني ليس بمال شرعاً كالخمر والخنزير.

ثمّ قسّموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى حسه الشئ كالحشرات وإلى ما يستند إلى قلته كحبه حنطه، وذكروا أنّه ليس مالاً وإن كان يصدق عليه الملك، ولذا يحرم غصبه إجماعاً، وعن التذكرة: أنّه لو تلف لم يضمن أصلاً، واعترضه غير واحد ممّن تأخر عنه بوجوب ردّ المثل.

والأولى أن يقال [١] إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في الشرح:

[١] ولعلّ نظره رحمه الله إلى أنّ مجرد كون الشيء ذا منفعة محلّله لا- يوجب كونه مالاً- عرفاً كالماء قرب الشاطئ، فكلّ مورد تحقق أنّه ليس بمال عرفاً وإن كان له منفعة محلّله عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا- بيع إلا- في ملك وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابله. وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّح البيع والتجاره وخصوص قوله عليه السلام في المروى عن تحف العقول: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرّوايه». وقد تقدّمت في أول الكتاب.

الشرح:

كالماء المزبور فلا- يجوز بيعه؛ لأنّ البيع مبادله مال بمال ولا بيع إلاّ في ملك، أى المال، وما لم يتحقق فيه أنه ليس بمال فإن كان أخذ المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فيحكم بفساد بيعه أيضاً. وإن لم يتحقق أنه ليس بمال ولم يحرز أنّ أخذ العوض في مقابله أكل للعوض بالباطل، فإن تمّ إجماع أو قام نص على عدم جواز بيعه كالخمر (١) والخنزير (٢) فهو، وإلا- يتمسك في الحكم بصحته بإطلاق حل البيع (٣) وعموم الوفاء بالعقود (٤).

وبما في حديث «تحف العقول» من قوله: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات فهذا كلّ حلال بيعه» (٥).

أقول: إذا لم يحرز كون شيء مالاً- كيف يتمسك فيه بإطلاق حل البيع، فإنّه يكون من قبيل التمسك بالمطلق في شبهته المصدقيه، بل لا يحتاج في الحكم بفساده إلى ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس

ص: ٢٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٢٣ ، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٦ ، الباب ٥٧ .

٣- (٣) وهى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٤- (٤) وهى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٨٤ ، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، تحف العقول : ٣٣١ .

كالماء والكلاء، والسّموك والوحوش قبل اصطياها، لكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل.

واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوه، ووجه الاحتراز عنها: أنّها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عيّن الشرح:

النص أو الإجماع، بل يكفي فيه أصله الفساد، فإنّ حديث «تحف العقول» لا يصلح للاعتماد عليه؛ لضعفه سنداً، بل دلالة؛ لأنّ وجود جهه صلاح في الشيء بنفسه لا يوجب جواز بيعه، على ما ذكرنا تفصيله عند التعرض للحديث.

وأما التمسك بعموم الأمر بالوفاء بالعقود فهو أيضاً غير صحيح؛ لأنّ المفروض في المقام قصد البيع، فحصول هذا العقد غير محرز وعقد آخر غير مقصود.

وقد يقال بعدم اعتبار الماليه في العوضين في صدق البيع، وعليه فالشك في كون شيء مالا لا يلازم الشك في صدق عنوان البيع حتّى لا- يمكن التمسك بخطاب حلّ البيع في الحكم بصحّته، بل يكفي في صدق عنوان البيع أن يكون المبدول بإزائه المال مورده غرض عقلائي، كما إذا رأى شخص أثر أبيه المتوفى بيد آخر، ككتابه إلى صديقه ونفرض الكتاب بنحو لا يبذل بإزائه المال. ولو التمس الابن أثر أبيه ممن بيده فطالب العوض وأنه يبيعه بدرهم ولا- يعطيه مجاناً يكون أخذ الابن الكتاب المزبور بدرهم بعنوان الشراء معتبراً، مع أنّه لا يبذل الدرهم غير الابن بإزائه.

ويشهد لعدم اعتبار الماليه في صدق عنوان البيع مثل قوله سبحانه: «إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم» (١) «ولبئس ما شروا به أنفسهم» (٢) . . . إلى غير ذلك.

الأرض وإن قلّ، ولذا لا- يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين لعدم تملكهم للمنفعه مشاعاً ولا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء والمؤمنين ولا- من قبيل تملك الفقراء للزّكاه والسّاده للخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين، فلا- يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظه مصالحهم، فهذه الملكيه نحوّ مستقلّ من الملكيه قد دلّ عليه الدليل، ومعناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك. ثمّ إنّ كون

ص: ٢٢٣

١- (١) سورة التوبه: الآيه ١١١ .

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ١٠٢ .

هذه الأرض للمسلمين ممّا أدعى عليه الإجماع ودلّ عليه النصّ كمرسلة حمّاد الطويله وغيرها.

الشرح:

وذكر بعض الأجله (١) في توضيح عدم الاعتبار أنّ المبادله بين الشئيين قد تكون لأجل ماليتها، كما هو الغالب وقد تكون لغرض آخر، مثلاً لو فرض وجود حيوانات مضرّه بالزراع كالفأره وأراد صاحب الزرع جمعها فاشترى كلّ فأره بكذا، يصدق عليه عنوان البيع، ولو أتلّف الغير تلك الفأره بعد شرائها لم يكن المتلف ضامناً؛ لعدم الماليه.

أقول: قد ذكرنا في المكاسب المحرّمه أنّه لا شهاده في مثل قوله سبحانه: «إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم» (٢) على عدم اعتبار الماليه في المبيع، حيث إن استعمال الشراء فيه إنّما هو بالعنايه والمجاز، فإنّه من الظاهر أنّه ليس في الآيه نظر إلى تمليك وتملك اعتباريين.

كما لا شهاده على ما ذكر في الأمثله المتقدمه، فإنّه ربما لا تكون للشئ مالیه، إلا

الشرح:

أنّه يكون للعمل المتعلق به مالیه، كما في جمع الكلاب الهراش وقتلها وجمع الفأره ونحوها من أرض الزراعه أو السكنى وقتلها بالسّم أو غيره، فيجوز أخذ العوض في مقابله، فإنّ قوله: «كلّ فأره بكذا»، العوض فيه للأخذ أو القتل كما لا يخفى. وعلى ما ذكرنا يكون أخذ العوض للكتاب المزبور أكلاً للمال بالباطل. نعم، إذا كان ذلك بنحو الهبه المشروطه، بأن يعطى الابن المال للآخر ليملكه كتاب أبيه فلا بأس.

والحاصل: أنّ الماليه كما تكون في الأعيان، سواء كانت من المنقولات أو غيرها كالأراضى والأشجار على ما تشهد لذلك الروايات الوارده في بيع الأراضى وشرائها كذلك تكون في منافع الأعيان والأعمال والحقوق، وتقدّم أنّ البيع عباره عن تمليك غير العمل والمنافع بإزاء مال في مقابل الإجاره وهى عباره عن تمليك المنفعه أو العمل بإزاء المال.

ص: ٢٢٤

١- (١) كتاب البيع للسيد الخميني ٣: ٣.

٢- (٢) سورة التوبه: الآيه ١١١.

ثم إنه لم يذكر رحمه الله في العنوان اعتبار الملكيه في العوضين، وإنما ذكر اعتبار كون منهما مالاً والنسبه بين كون شىء مالاً وكونه ملكاً عموم من وجه، وتعرض لمقتضى اعتبار الملكيه في العوضين، وهو عدم صحه بيع الماء والكلأ والأسماك والوحوش من الحيوانات قبل اصطيادها، ونحوها من المباحات التي تكون خارجة عن ملك الناس ويكونون جميعهم في الوصول إليها على حد سواء، ووضع اليد عليها بعنوان التملك موجبا لدخولها في الملك كما في السموك والوحوش، أو يكون الملك بالإحياء كما في حفر الآبار وإجراء القنوات ونحوها. كما أن مقتضى اعتبارها في العوضين عدم جواز بيع الأراضي المفتوحة عنه، فإنه وإن تكون مملوكة للمسلمين، إلا أن ملكيتها لهم سنخ آخر، لا الملك بأن يكون لكل منهم سهم معلوم من تلك الأراضي ليدخل ذلك الجزء بالإرث وغيره في ملك الآخرين.

....

الشرح:

وكذا ليس ملكها كالمملك في الوقف الخاص لتكون منفعة العين الموقوفه ملكا للموقوف عليهم بنحو الإشاعه.

كما أن ملك تلك الأراضي ليس من قبيل ملك الزكاه للفقراء أو الملك في الوقف العام كالوقف على العلماء؛ ليكون المسلمون كالموقوف عليهم في الوقف العام وكالفقراء في الزكاه، وتكون منفعة تلك الأراضي أو عينها ملكا للقباض، نظير منفعة الوقف العام وعين الزكاه، بل كون تلك الأراضي ملكا للمسلمين أن منفعتها تصرف على مصالحهم.

أقول: اعتبار قيد الملك في العوضين لا- يوجب خروج الأرض المفتوحة عنه عن موارد البيع؛ لأن المذكور في العوضين هو اعتبار الملك لا- الملك بنحو الإشاعه، أو كونه بنحو آخر، مع أنه لا يعتبر في البيع الملكيه في العوضين، بمعنى أن يكون كل منهما ملكا قبل البيع، بل ما يصح تملكه بعوض كما في بيع الكلى على الذمه، كاف في تحقق عنوان البيع.

وأما اعتبار كون المبيع مالكا للبائع فيما كان عينا خارجيه أو من قبيل الكلى في المعين، فهو من قبيل الشرط الخارجى للبيع كما لا يخفى.

والمتحصل: أن عدم جواز بيع الأراضي الخراجيه حتى فيما إذا كان بائعها والى

المسلمين، باعتبار النهى عنها لا أنها غير مملوكة. نعم، يصح التعبير عنها بعد ملاحظه النهى المزبور بعدم كونها ملكا طلقا.

ثم إنَّ موجب الملك بحسب الاستقراء قسمان:

الأول: النواقل القهرية، سواء كان فى البين فعل اختياري كإلقاء البذر فى أرض صالحه للزرع، أم لم يكن كما فى الملك بالإرث.

....

الشرح:

والثانى: النواقل الاختيارية، وهذه النواقل إما من الأفعال الخارجيه كالإحياء بالمباشره ووضع اليد على المنقول من المباحات، وإما من قبيل المعاملات كالاتى والإيجاره وغيرهما من المعاملات، وإما من قبيل المجموع من الفعل الخارجى والمعامله كالإحياء أو وضع اليد بالتسيب.

وما يعتبر ملكا ومالاً- يكون من قبيل الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وكما أنّ اعتبار المالىه فى الأعيان يكون غالبا بملاحظه منافعها، إلا- أنّ مالىه الأعيان وملكها غير مالىه وملكه منافعها، كذلك الحال فى المنافع والأعمال، فإن مالىه العمل وإن يلاحظ فيها الأثر المترتب عليه غالبا، إلا- أنّ مالىتها غير مالىه الأثر لها. فإنه إذا فرض أنّ الأرض وأدوات البناء تساوى عشره آلاف والأجره المعينه للبناء أيضا عشره آلاف وفرض البيت الحاصل بعد تمام البناء يساوى ثلاثين ألفاً، فلا تحسب مالىته البيت مالىته لعمل العمال.

ولعمري أنّ هذا كله من الواضحات، والتعرّض لها فى المقام باعتبار وسوسه البعض لتشويش أذهان المؤمنين، وسوقهم إلى أطراف بعض القواعد الموضوعه من بعض الأقوام من الملحدين، زعما منهم أنّ تلك القواعد أصلح لحال الجامعه. وربما وصلت الجراه إلى حد يتمسك لإثبات بعض تلك القواعد الضالّه ببعض الآيات، مثل قوله سبحانه: «لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى»^(١)، ولكن ملاحظه صدرها وذيلها شاهد لعدم ارتباطها بالملكه ولا المالىه، فضلاً عن عدم دلالتها على انحصار موجبها، وتحديد المالىه فى الأشياء بالعمل، بل إنها ناظره إلى أنّ الإنسان سَيْرى ما تحمله فى دار الدنيا من

ص: ٢٢٦

١- (١) سورة النجم: الآيه ٤٩.

[أقسام الأرضين وأحكامها]:

وحيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين؛ فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها، فنقول ومن الله الاستعانة:

الأرض إمّا موات وإمّا عامره [١]، وكلّ منهما إمّا أن يكون كذلك أصليته أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها:

الشرح:

الجزء لتعبه، وأنه لا ينفعه إلا ذلك التعب والسعى وأن غيره زائل.

[١] الأوّل: ما كان مواتاً بالأصل، أى لم يسبق بالعمارة من أحد، ويمكن إحراز ذلك في مورد الشك باستصحاب عدم حدوث عمارتها.

وذكر رحمه الله أنّه لا خلاف بيننا (١) في أنّ الأرض المزبوره ملك الإمام عليه السلام؛ لكونها من الأنفال على ما وردت في غير واحد من الروايات (٢).

نعم، قد رخص النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده الأئمة عليهم السلام في التصرف فيها بالإحياء والعمارة بلا عوض، وفي النبوي المروي في بعض كتب الأخبار للعامه: موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم منى أيها المسلمون (٣). وفي النبوي الآخر: عادى الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم منى (٤).

وورد في بعض الروايات وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في روايه الأوّل: ما يكون مواتاً بالأصله، بأن لم تكن مسبوقة بعماره. ولا- أشكال ولا- خلاف منّا في كونها للإمام عليه السلام والإجماع عليه محكّي عن الخلاف والغنيه وجامع المقاصد والمسالك وظاهر جماعه أخرى. والنصوص بذلك مستفيضه، بل قيل إنها متواتره. وهى من الأنفال.

الشرح:

أبى خالد الكابلي، المعبر عنها في عبارته بالصحيحه، قال: وجدنا في كتاب على: «إِنَّ

ص: ٢٢٧

١- (١) أنظر الخلاف ٣ : ٥٢٥، المسأله ٣، والغنيه: ٢٩٣، وجامع المقاصد ٧ : ٩، والمسالك ١٢ : ٣٩١، ومفتاح الكرامه ٧ : ٤، والجواهر ٣٨ : ١١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٣، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، والمستدرک ٧ : ٢٩٥، نفس الباب .

٣- (٣) لم نقف على هذا النص بعينه في المجاميع الحديثيه، بل نقله العلامة في التذکره ٢ : ٤٠٠، وانظر عوالى اللآلى ٣ : ٤٨٠ / ١ فإنّ فيه: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمى أحيا منها شيئاً فهو له».

٤-٤) عوالى اللآلى ٣ : ٤٨١ / ٥، وعنه فى المسدرك ١٧ : ١١٢، الباب ١ من أبواب إءىاء الموات، الءءء ٥.

الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن الممتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها»(١).

ورواه عمر بن يزيد المعبر عنها بالمصححة في عبارته ولم يظهر وجه توصيفها بالمصححة؛ لاشتراك عمر بن يزيد بين الثقة وغيره، ودعوى انصرافه إلى الثقة لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ كلاّ منهما صاحب الكتاب فتدبر. أنّه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها وعمّرها وأجرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها يؤديه إلى الإمام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه»(٢).

ووجه رحمه الله الجمع بين الطائفتين بحمل الثانيه على استحقاق الإمام عليه السلام المطالبه بالخراج، فيجب على الناس معها إيصاله إليه، ولكن الأئمة عليهم السلام قد حلّوا لشيعتهم الخراج ولم يطالبوهم به، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا»(٣). نعم، أبيع التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، وعليه يُحمل ما في النبويّ «مَوَاتَانِ الْأَرْضُ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَتَى أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ» ونحوه الآخر «عَادَى الْأَرْضُ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَتَى». وربّما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحه الكابلي، قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام «أَنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ». أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن الممتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها... الخبر».

الشرح:

وقوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون»(٤).

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ : ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الانفال، الحديث ١٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ : ٥٥٠، الباب ٤ من أبواب الانفال، الحديث ١٧.

ونقل عن «التذكرة»^(١) في وجه الجمع أنّ مع التصرف في أراضى الموات بغير إذن الإمام عليه السلام يكون على المتصرف الخراج، وذكر وجهها ثالثاً في وجه الجمع، وهو ثبوت الخراج على المتصرف حال الحضور، وأمّا في زمان الغيبة فلا ينبغي الرّيب في عدم الخراج، بل الأخبار^(٢) متفقّة على أنّها ملك لمن أحيّاها، وسيأتي حكاية الإجماع على كونها ملكاً بالإحياء.

وذكر النائيني^(٣) رحمه الله أنّ ما دلّ على الإباحة للشيعة يحمل على أنّ الغرض الأصلي هو الإذن لهم، وحيث لم يكن اختصاص الحكم بالملك لهم بالإحياء خالياً عن ومصحّحه عمر بن يزيد «أنّه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها وأجرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤدّيه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه».

الشرح:

المحذور عمّم الشرع الحكم بأن كلّ من أحيى من الأرض الميتة التي هي من الأنفال يكون مالكا لها. ولعلّ المحذور أنّ مع الاختصاص لا- يمكن حليه المساكن المشتركه من الكفار للشيعة، ويكون ذلك نظير حكمه تشريع العده، فإنّها مختصه بمورد اختلاط المياه ولكن الحكم عام.

ويشهد لعموم الإذن في المقام ما ورد في شراء الأرضين من اليهود والنصارى، وفي صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن شراء الأرض من اليهود والنصارى، قال: ليس به بأس»^(٤)، وفي صحيحه أبي بصير قال: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمه، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم»^(٥). ثمّ قال رحمه الله: «والظاهر عدم تعلق الخراج بالأرض ودخولها في الملك

ص: ٢٢٩

١- (١) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٤٠٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١١، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٤- (٤) منيه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٧.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

بالإحياء»، ومقتضى ذلك إغماضه رحمه الله عن الروايات الدالة على ثبوت الخراج وطرحها أو تأويلها كما لا يخفى.

أقول: وما ذكره المصنّف رحمه الله من حمل أخبار أداء الخراج على بيان الاستحقاق خلاف الظاهر مثل روايه أبي خالد الكابلي، فإن مقتضاها لزوم أداء الخراج وعدم دخول الأرض في ملك المحيي إلى ظهور القائم، كما أنّ حمل الأخبار الدالة على كون ويمكن حملها على بيان الاستحقاق ووجوب إيصال الطسق إذا طلبه الإمام عليه السلام لكنّ الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم وأسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام «ما كان لنا فهو لشيعتنا»، وقوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا ويأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم عنها صغره... الخبر».

الشرح:

الإحياء مملكا لا يمكن حملها على خصوص زمان الغيبة.

وما ذكره الشهيد(1) رحمه الله من ثبوت الخراج على المستعمل في فرض الإحياء بلا إذن غير صحيح، فإنّه قد ذكر الإذن العام لكل من المسلمين مع ثبوت الخراج عليه.

وما ذكره النائيني(2) رحمه الله من أنّ الغرض الأصلي الإذن والتحليل للشيعة ووقع الإذن للعموم حتّى لا يكون في البين محذور للشيعة، غير صحيح، فإنه مع اختصاص التحليل لا يوجب محذورا كما ذكرنا ذلك في تحليل الخمس للشيعة، من أنّ التحليل راجع إلى غير من تعلق الخمس بالمال بيده جمعا بين روايات التحليل وما دلّ على وجوب إخراج الخمس على من استفاد المال مع فرضه من الشيعة مقتضى بعض الأخبار عدم عموم الإذن. وقد ورد في روايه «ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام»(3)، مع أنّ الجمع بين ثبوت الخراج على المحيي كما هو مدلول بعض

ص: ٢٣٠

١- (١) الدروس ٣: ٥٦ ٥٧.

٢- (٢) منه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٦ ٢٦٧.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

الشرح:

الأخبار، مع دلالة غير واحد من الأخبار على دخول الأرض في ملك المحيي، بظاهرة غير ممكن.

وذكر المحقق الإيرواني (١) رحمه الله أنّ ظاهر غير واحد من الروايات كون الإحياء مملكا حتّى المخالف والكافر، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس إلى أن قال: وأيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوها فهم أحقّ بها وهي لهم» (٢). وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها» (٣). ورواه محمد بن مسلم، ولا يبعد كونها معتبرة؛ لأنّ محمد بن حمران الراوى عن محمد بن مسلم هو الهندي الثقة، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا من الأرض شيئا وعمروها فهم أحقّ بها وهي لهم» (٤). وفي صحيحه الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيى أرضا مواتا فهي له» (٥) إلى غير ذلك ممّا ظاهرها كون الإحياء مملكا؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام قد أذن في الإحياء والتملك بإباحه مالكيه واختصاص تلك الإباحه بالمسلمين، كما هو ظاهر النبويين.

والروايات الواردة في ثبوت الخراج لا دلالة لها على كون الخراج أجره الأرض لتنافي ثبوته على مستعمل الأرض تملك الأرض بالإحياء، بل هو نظير الصداق قرار.

الشرح:

مالي يثبت على الممتلك.

والحاصل: أنّ الأرض ما دامت ميتة فهي من الأنفال ملك الإمام عليه السلام وبعد الإحياء تخرج عن ملكه ويثبت على الممتلك القرار المالي الموسوم بالخراج، ويمكن القول

ص: ٢٣١

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤١٩ و ٤٢٢، الرقم ٨٢٨ و ٨٣٤ و ٨٣٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٣- (٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٩، باب أحكام الأرضين، الحديث ٨.

٤- (٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٢، باب أحكام الأرضين، الحديث ٢٠.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٢، الباب الأوّل من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥.

بأن الأرض للإمام عليه السلام حتى بعد تملكها بالإحياء، ولكن الملك الثابت للإمام غير سنخ الملكية الاعتبارية، بل هي نظير ملك الله سبحانه السماوات والأرض. انتهى.

أقول: ويشهد لكون الخراج ليس بمعنى أجره الأرض مثل صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن أهل الذمه ماذا عليهم مما يحقنون به دماءهم وأموالهم؟ قال: الخراج، وإن أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل إلى أرضهم، وإن أخذ من أرضهم فلا سبيل إلى رؤوسهم»^(١)، حيث إن مقتضاها جواز أخذ الخراج من أهل الذمه مع فرض كون الأرض ملكهم. وعلى ذلك فلا يكون ثبوت الخراج على الأرض بإحيائها منافيا لدخولها في ملك محييها، ولو كان الدال على ثبوته تاما لما وقع التعارض بينه وبين ما يدل على دخول الأرض بالإحياء في ملك محييها، بل يلتزم مع الملك بثبوته، إلا أن ما ورد فيه الخراج غير تام سنداً، بل دلالة، وما يظهر منه عدم دخول الأرض في ملك المحيي، كذيل روايه عمر بن يزيد المتقدمه من قوله: «فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٢). ووجه الظهور أنه لو كانت الأرض ملكاً للمحیی فلا وجه لأخذها منه، وكذلك ما ورد في روايه مسمع من قوله: «يا أبا سيار، الأرض كلها لنا»^(٣)، مضافاً إلى ضعف السند لا يمكن الأخذ بظاهر الذيل، فإنه لو لم يكن الإحياء مملكا

الشرح:

فلا أقل من كونه موجبا لثبوت الحق للمحیی، ومع ثبوت حقه فكيف تؤخذ الأرض منه. والأرض في روايه مسمع يمكن أن يراد بها أرض البحرين التي وردت الروايه على أنها من الأنفال؛ ولذلك ذكر أنها كلها للإمام عليه السلام، وما ذكر في ذيلها: «فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره»^(٤) لا يمكن الأخذ بظواهرها؛ لما ذكرنا في ذيل روايه عمر بن يزيد كما لا يخفى.

والمتحصل إلى هنا أن مقتضى الروايات المعتبره أن إحياء الأرض موجب لدخولها في ملك المحيي، سواء كان محييها شيعياً أو مخالفاً أو كافراً.

ص: ٢٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٠، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

٤- (٤) المصدر السابق .

ويبقى الكلام في أنّ الإحياء مملّك بحكم الشرع، أو أنه لا إذن مالكي، حيث إن رسول الله صلى الله عليه وآله ومن بعده الأئمة عليهم السلام أذنوا في ذلك مقتضى كون الأرض الميتة من الأنفال وكونها لرسول الله صلى الله عليه وآله ومن بعده للإمام عليه السلام يضعه حيث شاء كون الإحياء كذلك بالإذن، وأن الإذن العام قد صدر عنهم عليهم السلام كما هو مقتضى ما ورد في جواز شراء الأرض من الكافر، وأن أيما قوم أحيوا أرضاً فهي لهم. ولكن ظاهر بعض الروايات أنّ كون الإحياء مملّكاً بحكم الشرع، وفي معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحى أرضاً ميتة فهي له قضاءً من الله ورسوله صلى الله عليه وآله» (١). ولكن لا يظهر للنزاع ثمره عمليه بعد فرض ثبوت الإذن العام، بل يحتمل أن يكون المراد من الثانيه عدم تقطيع النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام الأراضي الميتة أو بعضها لأشخاص خاصه فيوافق الإذن.

نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها. ويحتمل حمل هذه الأخبار المذكوره على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبه، بل الأخبار متفقه على أنّها لمن أحيها، وسيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء.

الثاني: ما كانت عامره بالأصله [١]، أي لا من معمر، والظاهر أنّها أيضاً للإمام عليه السلام وكونها من الأنفال، وهو ظاهر إطلاق قولهم: «وكل أرض لم يجر عليه الشرح»:

وما ذكر في بعض الروايات، كصحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر من قوله عليه السلام: «من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها وما لم يعمر منها، أخذه الوالي فقبله ممّن يعمره وكان للمسلمين» (٢) لا دلاله فيها على اختصاص الإذن بالإحياء بالمسلم، حيث إنّ المفروض في موردها إسلام أهل الأرض كما لا يخفى.

فقد تحصل أنه لا خراج على الأرض الميتة التي هي من الأنفال بعد إحيائها ليدعى حليته للشيعة، أو يجمع بين الروايات باختصاص الحليه ببعض الأزمنه ولا يعم

ص: ٢٣٣

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٣، الباب الثاني من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٨، الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، الحديث ٢.

بعضها الآخر، فلاحظ الكلمات وتدبر، والله سبحانه هو العالم.

[١] الثّاني: وهى ما تكون عامره بالأصالة لا من محى كالأجام، أى الأشجار الملفوفة كما فى الغابات وسواحل الأنهار، ومقتضى ظاهر الأصحاب كونها أيضا للإمام عليه السلام، حيث أطلقوا: «أنّ كلّ أرض لم يجر عليه ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام» (١) ولم ملك مسلم، فهو للإمام عليه السلام.

وعن التّيدكره: الإجماع عليه. وفى غيرها نفى الخلاف عنه؛ لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمّار المحكيه عن تفسير على بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عدّ من الأنفال: «كلّ أرض لا ربّ لها» ونحوها المحكى عن تفسير العياشى، عن أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام.

ولا- يخصّص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلّ أرض ميته لا- ربّ لها» بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً. وهل تملك هذه بالحيازه؟ وجهان: من كونه مال الإمام عليه السلام، ومن عدم منافاته للتملك بالحيازه، كما يملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل فى عموم النبوى «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به».

الشرح:

يقيدوا الأرض بالميته، كما أنّ كونها له عليه السلام مقتضى بعض الروايات الواردة فى الأنفال، كموثقه اسحاق بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال، فقال: هى القرى التى خربت وانجلى أهلها إلى أن قال: وكل أرض لا ربّ لها» (٢)، حيث إن العموم يشمل المعموره بالأصالة. ومثلها روايه العياشى عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكل أرض لا رب لها، وكل أرض باد أهلها فهو لنا» (٣).

وعن صاحب «الجواهر» (٤) رحمه الله أنّ المعموره بالأصالة ليست من الأنفال، بل هى

ص: ٢٣٤

١- (١) كما فى الشرائع ٣ : ٢٧٢، والقواعد ١ : ٢٢٠، وقال صاحب مفتاح الكرامه (٧ : ٩) فى ذيل هذه العبارة هكذا: كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٣١، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٣٣، الحديث ٢٨.

٤- (٤) نقلها المحقق الميرزا النائينى فى منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٦٨، جواهر الكلام ١٦ : ١٢٠.

الشرح:

كسائر المباحات الأصلية كالسمك في البحر وسائر الحيوانات في البر، وذلك لتقييد الأرض بالميتة في مرسله حماد، حيث عد فيها من الأنفال «كل أرض ميتة لا رب لها»^(١). وأجاب بأن الوصف ليس له مفهوم ليجب تقييد الإطلاق في المبتين، مع عدم وحده الحكم فيهما، هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير المفهوم ليس للوصف في المقام مفهوم باعتبار كون القيد في المقام وارداً مورد الغالب؛ لأن الغالب فيما لا رب له كونها مواتاً.

ودعوى أنه لا يمكن التمسك بالإطلاق أيضاً؛ لكونه محمولاً على الغالب، أي الأرض الميتة، لا يمكن المساعدة عليها؛ لأن كون القيد غالبياً معناه أن أخذه باعتبار كثره وجوده، ومن الظاهر أن مجرد كثره الوجود لا- يوجب الانصراف، حيث إن الموجب للانصراف أنس الأذهان، مع أن العموم في المقام بالوضع لا بالإطلاق.

أقول: أضف إلى ذلك أن التقييد المزبور قد ورد في مرسله حماد، ولإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، ومع الغض عن السند أن تقييد الأرض بالميتة فيها باعتبار ذكر حكم المعمورة بالأصل قبل ذلك، حيث ورد فيها «أن الأنفال كل أرض خربه باد أهلها، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحا وأعطوا بأيديهم على غير قتال، وله رؤوس الجبال، وبطون الأودية، والآجام، وكل أرض ميتة لا رب لها»^(٢) الحديث. فإن المراد بالآجام بمناسبه الحكم والموضوع وبقرينه المذكور قبله وبعده ليس نفس الأشجار الملتفه، بل هي مع الأرض التي فيها الأشجار.

وقد يجاب عن شبهه التقييد المزبوره أن الناظر في الروايات الواردة في الأنفال

الشرح:

يجد منها ما عليه سيره العقلاء من أن كل ما لا يكون له مالك خاص أرضاً كانت أو غيرها للحكومه من غير فرق بين كونها ميتة بالأصل أو بالعارض أو كانت معموره،

ص: ٢٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٤ ، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٤ .

٢- (٢) المصدر السابق .

وأن الإمام عليه السلام في كلِّ عصر مالك لتلك الأرض أو غيرها فله وضعهما حيث يشاء بالإذن للسائرين في التصرف فيهما وتملكهما بالإحياء والحيازه.

وعلى ذلك فلا يكون تقييد الأرض بالميتة للاحتراز عن المعموره؛ لأنَّ الميتة كالمعموره بالأصل لا خصوصية لها كما أنَّ الأرض لا خصوصية لها، حيث الدخيل والموضوع لمالك الإمام عليه السلام عدم كون الشيء مملوكاً لمالك.

أقول: لم يعلم جريان السير من العقلاء على اعتبار شيء ملكاً للدولة مع خروجه عن استيلائهم كالبهار والسمك فيها، كما هو الحال في الأنفال، حيث تكون الآجام والمعادن في أقصى نقاط الأرض ملكاً للإمام ولو مع عدم استيلاء المسلمين عليها فضلاً عن الإمام، بل لو كان الأمر كما ذكر رحمه الله لم يكن السمك أو المرجان في البحر من المباحات، بل كانا من الأنفال أيضاً، مع أنه قد التزم بكونهما من المباحات.

والمتخصَّص بل أنه بعد الالتزام بأنه لا يكون كل ما ليس له مالك ملكاً للإمام عليه السلام وداخلاً في عنوان الأنفال، فلا بد في تحديدها من ملاحظه الروايات الواردة فيها، وقد تقدّم أن مقتضى العموم في بعض الروايات المعتبره أنَّ منها الأراضي المعموره بالأصل.

ثمَّ إنَّه هل يدخل هذا القسم من الأرض في الملك بمجرد وضع اليد والحيازه، فظاهر المصنف رحمه الله دخولها في الملك، ويقتضيه قوله صلى الله عليه وآله: «من سبق إلى ما لا يسبقه...».

الشرح:

إليه مسلم فهو أحق به» (١).

ولكن لا يخفى أنَّ النبوي لضعفه سندا لا يمكن الاعتماد عليه، فإنَّه مروى في «المستدرک» (٢) مرسلًا، ومع الإغماض لا دلالة له على جواز التملك وصيرورته ملكاً بالسبق وإنَّما يدل على ثبوت الحق، بمعنى عدم جواز مزاحمه الغير.

بل لا يبعد أن يقال بعدم الإطلاق له في ناحيه جواز سبق أيضاً، بأن يدل على

ص: ٢٣٦

١- (١) عوالى اللآلى ٣ : ٤٨٠ ، الحديث ٤ ، وعنه مستدرک الوسائل ١٧ : ١١١ ، الباب ١ من كتاب إحياء الموات ، الحديث ٤ ، والسنن الكبرى ٦ : ١٤٢ .

٢- (٢) المصدر السابق .

جواز السبق إلى كل شيء ولو كان مملوكا للغير؛ ليعم جواز السبق إلى الأرض المعموره التي ملك الإمام عليه السلام ، وإنما يدل على أحقيته السابق في موارد ثبت فيها جواز السبق من الخارج، كالسبق إلى الخانات والمباحات الأصلية.

والتزم النائيني(1) رحمه الله بدخول الأرض المحياه بالأصالة في الملك بعد المناقشه في النبوى؛ لما ورد(2) عنهم عليهم السلام أنهم أباحوا لشيعتهم ما كان لهم، وما ورد في التحليل وإن كان مختصا بخصوص الشيعة، إلا أنه قد تقدم أن مقتضى تعليل الإباحه بأن تطيب ولاده الشيعة كون التملك بالتصرف عاما لكل أحد.

وفيه ما لا يخفى؛ لعدم وفاء تلك الأخبار عن كون السبق إلى الأرض مملوكا، بل غايتها جواز الانتفاع بالأراضى المعموره، وإنما التزمنا في الأراضى الميتة بجواز تملكها بالإحياء للروايات الدالّة على كون الإحياء وعماره الأرض مملوكا، ومن الظاهر الثالث: ما عرض له الحياه بعد الموت [1]، وهو ملك للمحيى فيصير ملكاً له بالشروط المذكوره في باب الإحياء بإجماع الأئمة كما عن المهذب وإجماع المسلمين كما عن التنقيح. وعليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكرة، لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبه فلا بدّ من الملاحظه.

الشرح:

أنّه لا- يصدق الإحياء والعماره بمجرد السبق ووضع اليد على الأرض. نعم، في مضمرة ابن مسلم: «وأيتما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم»(3).

وربما يستظهر منها كما عن المحقق الإيروانى(4)، كون الحيازه أيضا تمليكا كالإحياء، حيث يصدق على الحيازه العمل فى الأرض، كما إذا كانت محجورا عليها ونحوه. وفيه أنه لا يحرز صدق عمل الأرض إلا على استعمالها بالزرع ونحوه الذى هو قسم من الإحياء، ويكون عطفه على الإحياء من عطف الخاص على العام.

وأما دعوى سيره العقلاء على كون الحيازه ووضع اليد مملوكا، ففيها أنّ الثابت من سيره العقلاء كون وضع اليد على المنقولات كما ذكر، وأما فى غير المنقولات

ص: ٢٣٧

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٦٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ : ٥٤٨ و ٥٥٠ ، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ و ١٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١١ ، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١ .

٤- (٤) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٢٣ ، الرقم ٨٣٧ .

كالأراضى فلم يثبت سيرتهم على كون مجرد وضعها موجبا لدخول الأرض أو نحوها فى الملك الشخصى لواقع اليد فلاحظ. نعم، سيرتهم جاربه على ثبوت الحق للسابق، بمعنى عدم جواز مزاحمه الغير فى الانتفاع، وجواز الانتفاع كذلك مستفاد من الأخبار الواردة(١) فى تحليل حقهم عليهم السلام للشيعه أيضا، والله سبحانه هو العالم.

[١] المراد طريان الإحياء على الموات بالأصله، وأمّا إحياء الموات بالعرض فسيأتى التعرض له، وكون الإحياء فى الموات بالأصل مملكا مقتضى ظاهر الروايات الرابع: ما عرض له الموت بعد العماره [٢]، فإن كانت العماره أصليه فهى مال الإمام عليه السلام وإن كانت العماره من معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً خلاف معروف فى كتاب إحياء الموات منشؤه اختلاف الأخبار.

الشرح:

المتقدمه، وأمّا الالتزام بعدم ملك الرقبه، بل ملك الانتفاع، كما يشعر به كلام «المبسوط»(٢)، فلا تؤيده تلك الروايات.

وأمّا الشروط المذكوره فى كتاب الإحياء فأربعة: الأول: أن لا تكون الأرض الموات حدا لعامر، وإلا فلا تكون ملكا بالإحياء. الثانى: أن لا تكون مقطعا من النبى صلى الله عليه وآله أو الوصى عليه السلام لأحد. الثالث: أن لا تكون الأرض مجعوله للعباده، كأرض منى وموقفى العرفه والمشعر الحرام. الرابع: أن لا يسبق إليها حق التحجير، ومع تعلقه لا تدخل الأرض فى ملك المحيى.

[٢] القسم السابع: ما لو خربت الأرض المحياه، فإن كانت الأرض معموره بالأصل تكون باقيه على ملك الإمام عليه السلام؛ لأنّ الخربه كالمعموره بالأصل من الأنفال، وإن كانت معموره معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه وصيرورتها ملكا لمن عمّرها ثانياً خلاف للمذكور فى كتاب إحياء الموات. ومنشأ الخلاف فى الأخبار، حيث قيل(٣): «إن مقتضى ما دلّ على أنّ: «من أحيى أرضا من المؤمنين فهى له»(٤) «وأئما قوم أحيوا أرضا فهم أحق بها وهى لهم»(٥)، دخولها فى

ص: ٢٣٨

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) انظر المبسوط ٢ : ٢٩ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٢٤ ، الرقم ٨٣٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٩ : ٥٤٩ ، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣ .

الشرح:

ملك من عمرها ثانيا.

ويقتضيه أيضا صحيحه معاويه بن وهب قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أيما رجل أتى خربه بائره فاستخرجها، وكري أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقه، فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها» (١). ومقتضى صحيحه سليمان بن خالد بقاؤها على ملك مالكة السابق، وعدم صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: «الصدقه». قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: «فليؤد إليه حقه» (٢).

أقول: لو لم تكن صحيحه معاويه بن وهب منصرفه إلى صوره إعراض مالكة السابق، بقرينه قوله عليه السلام فيها: «وتركها فأخر بها» فلا أقل من كونها مطلقه تعم صوره إعراضه، كما أنّ مقتضاها عدم الفرق بين كون الملك للمالك السابق بالإحياء أو بغيره. ولكن صحيحه سليمان بن خالد خاصه بصوره عدم الإعراض، حيث إن قوله فيها: «فإن كان يعرف صاحبها» معرفه المالك الفعلى. وهذه الصحيحه أيضا مطلقه، من جهه كون الملك للمالك المعروف بالإحياء أو بغيره، فيرفع اليد عن إطلاق صحيحه معاويه بن وهب بقرينه الصحيحه الثانيه، بحمل الأولى على صوره إعراض المالك الأول.

والحاصل بين الصحيحتين جمع عرفى، ومعه لا- تصل النوبه إلى التخيير بين المتعارضين أو الالتزام بالتساقط والزجوع إلى استصحاب بقاء الملك للمالك السابق.

ثم إن ظاهر أخذ العلم والعرفان فى خطاب الحكم هو أخذه طريقا كما فى

الشرح:

نظائرها، فظاهر قوله: «فإن كان يعرف صاحبها» فرض مالك فعلى للأرض؛ ولذا

ص: ٢٣٩

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

لا يفرق في بقاء الأرض على ملك المالك السابق بعدم الإعراض ونحوه بين كونه معلوماً أو مجهولاً، فيعامل مع الأرض في كلتا صورتين معاملة ملك الغير. فإن كان مالكة معروفًا يعتبر الاستئذان منه في الإحياء والتصرف فيها، وإن كان مجهولاً فيرجع إلى الحاكم الشرعي في التصرف فيها، كما هو في سائر الأموال المجهولة.

وعن «التذكرة» وتبعه جماعة^(١) أنّ ما طرأ عليه الخراب من الأرض إن كانت مملوكة للغير بالإحياء فيزول ملكه بالخراب، وأما إذا كانت مملوكة له بانتقالها إليه بالشراء أو الإرث ونحوهما فلا يزول ملكه عنها بمجرد صيرورتها ميتة. وقال: إنه على عدم زوال الملك في الصورة الثانية إجماع، ولكن لم يعلم وجه لهذا التفصيل غير ما يستظهر من روايه أبي خالد الكابلي، حيث ورد فيها: «فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيّاها، فهو أحق بها من الذي تركها»^(٢).

وفيه، مع ما تقدّم من ضعف الرواية سنداً، وعدم إمكان الاعتماد عليها واشتمالها على حكم لا بد من إرجاعه إلى أهله، وهو ثبوت الخراج على معمرها، وأن الأرض تؤخذ منه عند ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، أنها منصرفه إلى صورته إعراض المعمر الأول، ولو بملاحظه أنّ الأرض في تلك الأزمنة لم تكن نوعاً ذات قيمة بعد خرابها ليرغب في التحفظ بها.

نعم، على تقدير ثبوت الإطلاق وعدم الانصراف تقع المعارضة بينها وبين

الشرح:

صحيحه سليمان بن خالد بالعموم من وجه، حيث إن صحيحه ابن خالد الداله على ثبوت حق المالك الأول عامه من جهة ملك الأرض بالإحياء وغيره، وخاصه من جهة عدم الإعراض. وروايه الكابلي الداله على سقوط حق المالك الأول خاصه من جهة ملك الأرض بالإحياء، وعامه من جهة إعراض المالك الأول وعدمه، وبعد سقوطهما في مورد اجتماعهما وهو ما إذا كانت الأرض مملوكة للسابق بالإحياء مع عدم إعراضه عنها، يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق

ص: ٢٤٠

١- (١) راجع المسالك ١٢: ٣٩٦، وانظر الجواهر ٣٨: ٢٢٠.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

بها»(١). ونتيجة ذلك كون اللاحق أحق بالأرض.

اللهمّ إلّا- أن يقال: إن العموم المزبور يعمّ المعمر الأول أيضا، ومقتضى كون الأرض ملكا له عدم جواز الإحياء من الثانى إلّا بإذنه، ولو وصلت النوبة إلى الأصل العملى أيضا فمقتضى الاستصحاب بقاء ملك الأول وعدم خروج الأرض عن ملكه بمجرد الخراب.

نعم، إذا ترك الأرض خرابا بمدته طويله من جهة عدم اعتناؤه بالأرض المزبوره ففيه كلام، وهو أنه قد ورد فى بعض الروايات أنّ تعطيل الأرض وتركها مخروبه يوجب خروجها عن ملك مالكتها، وهى روايه يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: «إن الأرض لله تعالى جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضا ثلاث سنين متواليه لغير ما عله أخذت من يده، ودفعت إلى غيره، ومن ترك مطالبه حق له عشر سنين فلا حق له»(٢). ومرسلته عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «من أخذت منه أرض ثم مكث ثلاث سنين»

الشرح:

لا يطلبها، لم تحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها»(٣). وظاهر هاتين الروايتين انتهاء الملك والحق وسقوط الدين بتعطيل الأرض وترك المطالبه فى المده المزبوره، ولا أعرف من التزم بهذا الظهور، مع ضعفهما سندا ومعارضتهما بما فى نهج البلاغه، قال عليه السلام: «الحق جديد وإن طال عليه الأيام، والباطل مخدول وإن نصره أقوام»(٤).

نعم، ربما يستظهر أنه مع تعطيل المالك الأرض بعدم الاعتناء بها يجوز للآخرين التصرف فيها بالإحياء من صحيحه سليمان بن خالد المتقدمه، حيث لم يتعرض فيها الإمام عليه السلام للمنع عن الإحياء، مع فرض أنّ المحيى يعرف المالك.

ولكن لا- يخفى أنه لو كان المراد من رد حق المالك إليه ما يعم رد نفس الأرض فلا- موضوع للتعرض لإباحه الإحياء؛ لوقوع السؤال بعد حصول الإحياء خارجا، وعليه فلو لم يكن الاستئذان من المالك أظهر أخذا بما دل على أنّ حرمه مال المسلم

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٦، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٣٣، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٣٤، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

٤- (٤) المصدر السابق: الحديث ٣، ولم يعثر على مصدره فى نهج البلاغه.

كدمه(١)، فلا أقل من كونه أحوط، من غير فرق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو غيره.

نعم، إذا كانت المماطلة بحيث توجب الخلل في تهيئه القوت للناس فيمكن أن يقال بأنه مع امتناع المالك من استعمال الأرض بلا عذر أنه يجوز للحاكم الشرعي إجبار المالك على دفع الأرض المزبوره للسائرين؛ للإحياء بالزرع ونحوه، ولو مع الأجره. لأن تحصيل القوت والغذاء للناس واجب كفائي، فيكون إجبارا على الواجب الكفائي، والله سبحانه هو العالم.

ثم القسم الثالث إما أن تكون العماره فيه من المسلمين[١] أو من الكفار. فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرؤ الخراب على أحد القولين. وإن كان من الكفار، فكذلك إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام[٢]، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم.

ثم ما ملكه الكافر من الأرض: إما أن يُسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه. وإما أن لا يسلم عليه طوعاً. فإن بقي يده عليه كافراً، فهو أيضاً كسائر أملاكه تحت يده.

الشرح:

[١] هذا تمهيد لبيان عدم جواز بيع الأرض المفتوحه عنوه، ثم إنه قد تقدّم أنّ الموات تدخل بالإحياء في ملك المحيي، سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً، وبعد دخولها في الملك لا يزول الملك إلا بناقل أو بطريان الخراب، بناءً على خروج الأرض عن الملك بطروه، كما هو أحد القولين المذكورين في القسم الرابع.

وإذا كان الإحياء في غير دار الإسلام فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم وباغتنام الأرض منه كاغتنام سائر أمواله، فإنه إن أسلم الكافر طوعاً فتبقى الأرض كغيرها من سائر أمواله على ملكه، وإن لا يسلم طوعاً ورفعت يده عنها قهراً تكون الأرض كسائر ما لا ينقل من الغنيمه للمسلمين كاهه على المعروف، بل بلا خلاف، ويشهد لذلك جملة من الروايات.

ص: ٢٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥ : ١٢٠ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ .

[٢] قد تقدّم كون الإحياء مملكا حتى ما إذا كان المحيي كافرا، كما هو مقتضى مثل قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها، وهي لهم» (١). وإن ارتفعت يده عنها: فإمّا أن يكون بانجلاء المالك عنها وتخليتها للمسلمين. أو بموت أهلها وعدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام، ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. وإن رفعت يده عنها قهراً وعنوه، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمه كالنخل والأشجار والبنيان للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف والتذكرة وغيرهما، والنصوصُ به مستفيضة:

ففي روايه أبي برده [١] المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال عليه السلام: «من يبيعها؟ هي أرض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين، ماذا؟ ثم قال لا بأس، اشتر حقه منها [٢] ويحوّل حقّ المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملى بخراجهم منه».

الشرح:

حيث يدخل في العموم إحياء الكافر ولو كان في أرض الإسلام.

[١] الروايه (٢) ضعيفه سنداً؛ لجهاله أبي برده. نعم، دلالتها كدلاله غيرها على كون أرض الخراج ملكاً للمسلمين واضحه.

[٢] يعنى لا بأس أن يشتري حق البائع من الأرض، ولا بأس أن يحول البائع حق المسلمين من أجره الأرض على المشتري.

وبتعبير آخر: يكون الخراج على المشتري، وقوله: لعله . . . في مقام تعليل جواز الشراء، وأن الجواز باعتبار أنه ربما يكون المشتري أقوى على استعمال الأرض وأكثر تمكناً على أداء خراجها من البائع الذي يبيع حقه المتعلق بالأرض.

وفي مرسله حماد الطويله: «ليس لمن قاتل شيء من الأرضين وما غلبوا [ولا ما غلبوا كذا في الوسائل] عليه إلا ما حوى العسكر... إلى أن قال: والأرض التي أخذت بخيل وركاب فهي موقوفه متروكه في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها، على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين

ص: ٢٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٦، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٥٥، الباب ٧١، الحديث ١.

على قدر ما يكون لهم صالحاً ولا يضرّ بهم. إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى وبين شركائه الذين هم عمال الأرض واكرتها، فيدفع إليهم أنصباهم على قدر ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون ذلك [١] أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام وتقويه الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير... الخبر».

وفي صحيحه الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم. ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد فقلنا أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرّد عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل».

وروايه ابن شريح: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه قال: إنّما أرض الخراج للمسلمين. فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل وعليه الشرح:

[١] أى (١): فيكون الباقي أرزاق أعوان الوالى ويصرف في مصلحه ما يقصده الوالى من تقويه الإسلام بالجهاد وغيره.

خراجها؟ فقال: لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك [١]».

و روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها: «وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أنّ أناساً من أهل الذمه نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال».

وفي خبر أبي الربيع: «لا- تشتت من أرض السواد إلا- من كانت له ذمه [٢] فإنّما هي فيء للمسلمين. إلى غير ذلك . . . وظهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري. نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعنى مجرّد الأولويّه وعدم جواز

ص: ٢٤٤

١- (١) شرح لمرسله حماد التي في المتن، وسائل الشيعة ١٥ : ١١ ، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢ .

مزاحمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأموار المسلمين ونيابته عن الإمام عليه السلام .

لكن ظاهر عبارته المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها، قال: لا يجوز الشرح:

[١] شراء أرض الخراج وكون خراجها على المشتري فيه نوع خفه للشباهه لأهل الجزية، وربما لا يقدم بعض الناس على شرائها لذلك، فذكر (١) عليه السلام أنه لو ترك الشراء للعيب المزبور فهو، وإن يشتري بالنحو المزبور، أي بأن يكون الخراج عليه، فلا بأس.

[٢] أي (٢): إلا عن بائع كان عليه عهده خراج الأرض.

التصرف فيها بيع ولا- شراء ولا- هبة ولا معاوضه، ولا يصح أن يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات، ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً، وهو على حكم الأصل.

ويمكن حمل كلامه على صورته عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره. ويحتمل إرادته التصرف بالبناء على وجه الحيازه والتملك. وقال في الدروس: لا يجوز التصرف في المفتوحه عنوه إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما. نعم في حال الغيبه ينفذ ذلك، وأطلق في المبسوط: أن التصرف فيها لا- ينفذ. وقال ابن إدريس: إنما نبيع ونوقف تحجيرنا وبناءنا وتصرفنا، لا نفس الأرض، انتهى.

وقد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبه والحضور، فيجوز التصرف في الأول ولو بالبيع والوقف، لا فى الثانى إلا بإذن الإمام عليه السلام، وكذا إلى جامع المقاصد. وفى النسبه نظر، بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعه: من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبه بإحداث الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى: أنها مملوكه ما دام الآثار موجوده. قال فى

ص: ٢٤٥

١- (١) وهو ذكره عليه السلام فى روايه ابن شريح كما فى المتن، وسائل الشيعة ١٧ : ٣٧٠، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩ .

٢- (٢) شرح لخبر أبى الربيع التى فى المتن، وسائل الشيعة ١٧ : ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥ .

المسالك في شرح قول المحقق: ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها انتهى: إن المراد: لا يصح [١] ذلك في رقبه الأرض مستقله، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار الشرح:

[١] ويبقى على المسالك (١) أن القول بدخول الأرض المفتوحة في ملك المتصرف فيها تبعاً للآثار، وزوال هذا الملك بزوال تلك الآثار خلاف ظاهر الروايات، حيث إن مدلولها عدم كونها ملكاً لشخص خاص، لا حال التصرف فيها ولا قبلها، بل التصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها فجائز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع، وكذا الوقف وغيره، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

نعم، ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبه، حيث قال: إن قال قائل: إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدل على صحته تملكها بالشراء والبيع، ومع عدم صحته لا يصح ما يتفرع عليها. قلنا: إنما قد قسمنا الأرضين على ثلاثه أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنوه أو يصلح أهلها عليها، فقد أبحننا شراءها وبيعها، لأن لنا في ذلك قسماً، لأنها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصح الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. وأما الأنفال وما يجري مجراها فلا يصح تملكها بالشراء وإنما أبيع لنا التصرف فيها حسب.

ثم استدلل على أراضي الخراج بروايه أبي برده السابقه الداله على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه الأرض ودليله قرينه [١] على توجيه كلامه.

الشرح:

غايته أن من بيده الأرض المزبوره له رفع يده عنها بالعرض، كما هو الحال في جميع موارد تعلق الحق بالعين بالسبق إليها أو غيره، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال.

[١] يعني استدلاله على جواز بيع الأرض بروايه أبي برده الظاهره في جواز أخذ من بيده الأرض العوض؛ لرفع يده عنها، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال، قرينه على

ص: ٢٤٦

كون مراد المستدل من جواز بيع الأرض وشرائها جواز أخذ العوض على حقه منها.

والمتحصّل من كلام المصنّف: أنّ الأقوال في المعامله والتصرّف في الأراضى الخراجيه أربعه:

.... .

الشرح:

الأول: عدم دخول رقبه الأرض في الملك أصلاً ولو تبعاً للآثار، ولكن يثبت الحق بها بالتصرف والإحياء والمعامله، وهذا مختاره قدس سره .

الثاني: عدم جواز التصرف والمعامله عليها أصلاً، ولا يملك المتصرف فيها لا الأرض ولا الحق، كما هو ظاهر عبارته «المبسوط» (١). وقد حمل قدس سره العبارة على أحد وجهين: أحدهما: ما إذا كان التصرف فيها بالإحياء أو غيره، بلا استئذان من الإمام حال حضوره. وثانيهما: التصرف فيها بقصد تملك الأرض. وينسب التفصيل بين زمان الحضور والغيبه كما هو الوجه الأول في الحمل إلى «الدروس» (٢).

الثالث: ما عن الشهيد والمحقق الثانيين (٣) من دخول الرقبه في الملك تبعاً للآثار، ويزول الملك بزوال تلك الآثار.

الرابع: ما يوهّم ظاهر عبارته «التّهذيب» (٤) من دخول نفس رقبه الأرض في الملك، فيجوز المعامله على الرقبه مستقلاً ولكن الاستدلال على الحكم بروايه أبي برده قرينه على كون مراده هو القول الأول.

وعن بعض الأجله رحمه الله (٥): أنّ الأراضى المفتوحه عنوه ليست ملكاً لأحد، بل هي أراضى محرره موقوفه على مصالح المسلمين، والمسلمون ليسوا ملاكاً للأرض بنحو الإشاعه أو بأى وجه كان، ولا ملاكاً لمنافعها، كما أنهم ليسوا مصرفاً لتلك الأرض. وذكر

الشرح:

ص: ٢٤٧

١- (١) المبسوط ٢ : ٣٤ .

٢- (٢) الدروس ٢ : ٤١ .

٣- (٣) المسالك ٣ : ٥٦ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٤٠ ، والجواهر ٢٢ : ٣٤٩ .

٤- (٤) التّهذيب ٤ : ١٤٥ ١٤٦ ، ذيل الحديث ٤٠٥ .

٥- (٥) كتاب البيع للسيد الخميني ٣ : ٤٣ ٤٥ .

فى وجه ذلك أنّ اعتبار الملكيه للمسلمين من الموجودين بالفعل ومن يوجد منهم إلى آخر الدنيا وأمر غير معقول أو بعيد، وليس ل(اللام) ظهور فى الملكيه كما فى قوله: «له الحمد والملك، وله الأسماء الحسنى وله ما فى السماوات والأرض» . . . إلى غير ذلك.

بل ورد فى بعض الروايات أنّ الأرض المفتوحه عنوه فىء المسلمين، والعدول عن ذكر الملك إلى التعبير بالفىء فيه تأييد، بل دلالة على عدم الملك.

أقول: ظاهر اللام هى الإضافه المالكيه، لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا كان المضاف فيه عنوان المال أو مصداقه، مع كون المضاف إليه قابلاً للمالكيه، كقوله لزيد: «هذا المال، أو هذا البيت». وأما فى غير ذلك، كما إذا كان المضاف غير عنوان المال أو مصداقه، كقوله: «له الأسماء الحسنى، وله الحمد والملك». أو كان المضاف إليه غير قابل للمالكيه، كما فى قوله: «الجل للفرس»، فهذا غير مورد الظهور المزبور، وقد تقدم مراراً أنّ الكلى الطبيعى قابل لاعتبار المالكيه كما فى ملك الزكاه للفقراء، ومال الوقف للموقوف عليهم كما فى الوقف العام. وبعد كون الملكيه بنفسها أمراً اعتبارياً تكون الملكيه غير إنشائها، وإمكان التفكيك بين المنشأ والإنشاء ظاهر، فيصح جعل الملكيه لعامه المسلمين بنحو الإشاعه بمفاد القضيّه الحقيقيه من غير لزوم قيام الموجود بالمعدوم. وبعد دلالة الأخبار على عدم جواز بيع تلك الأراضى حتّى فى مقدار الحصه التى بيد العامل عليها ونفى الإشاعه والملك الشخصى يؤخذ بظاهر اللام فى الملك، غايه الأمر يكون المالك العنوان العام كما فى ملك الزكاه.

وما فى مرسله حماد من كون الأرض المفتوحه عنوه موقوفه مع الإغماض عن سندها، فلا دلالة لها على كونها وقفاً حقيقه، فإن الوقف كسائر المعاملات يحتاج إلى الإنشاء، بل معنى كونها وقفاً ولو بقريته ما دل على أنها للمسلمين، كونها فى حكمه من . . .

الشرح:

عدم جواز بيع تلك الأرض أو نقلها إلى الغير بالمصالحه وغيرها.

والتعبير عن كون تلك الأراضى بفىء المسلمين لا يقتضى عدم كونها ملكاً، فإنه مضافاً إلى ضعف السند قد ورد فى بعض الروايات أنّ الأنفال فىء للإمام عليه السلام، مع أنّ الأنفال ملكه عليه السلام، حتّى عند هذا القائل الجليل. وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام سمعته يقول: «الفىء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه الدماء،

وقوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربه أو بطون أوديه فهو كله من الفىء. والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث شاء»(١). ونحوها غيرها.

ويمكن أن يقال فى الثمره بين كونها ملكا للمسلمين وبين كونها أراضى محرره، فيما إذا وضع الغاصب يده على تلك الأراضى، بأنه لا- يكون عليه ضمان بالإضافة إلى ما أتلفه من المنافع المستوفاه بناءً على كونها محرره، كما يأتى فى غضب المسجد والمشهد، حيث لا يكون الاستيفاء المزبور إتلافاً لمال الغير أو تلفه بيده. ويكون عليه الضمان بالاستيفاء المزبور بناءً على الأول، حيث إنه إتلاف لمال الغير أو تلفه بيده، ولو كان ذلك الغير العنوان العام المتقدم.

وقد يقال كما عن النائينى(٢) رحمه الله، بأن البحث فى الأراضى المفتوحه عنوه قليل الجدوى، فإن الحكم بأن الأراضى المزبوره ملك للمسلمين أى لعنوانه، وأن الأرض لا تدخل فى ملك مستعملها؛ ولذا لا يجوز له بيعها وشراؤها وإنما يكون وضع اليد عليها بوجه مشروع موجبا لتعلق الحق بها وتصح المعامله على ذلك الحق، مختص

الشرح:

بالأراضى التى كانت حال فتحها معموره. وحيث إن تشخيص العماره حال الفتح فى الأراضى المفتوحه غالباً غير ميسور، ومقتضى الاستصحاب عدم عمارتها حاله، فيترتب على ذلك دخول الأراضى فى ملك المحيى ومن يده عليها وهى محياه يحكم بكونها ملكاً له بقاعده اليد، ولا- يضّر العلم الإجمالى بكون بعض الأراضى كانت حال فتحها معموره، وذلك لخروج الأطراف الأخرى عن محل الابتلاء.

وبتعبير آخر: قوله صلى الله عليه وآله: «من أحبب أرضاً مواتاً فهى له»(٣)، لم يخرج عنه إلا- الأرض المفتوحه عنوه التى كانت معموره حال فتحها، واستصحاب عدم كون الأرض معموره حال فتحها يدخل الأرض فى العموم المزبور، ومع عدم إحراز إحيائها فمن وضع يده عليها تكون بمقتضى قاعده اليد ملكاً له. والعلم الإجمالى بكون بعض

ص: ٢٤٩

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩: ٥٢٧، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ .
- ٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢: ٢٧٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥: ٤١٢، الباب ٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥ .

الأرض كانت معموره حال فتحها غير ضائر لاعتبارها، كما تقدم.

ويجوز ذلك في الأرض التي لا يعلم بكونها مفتوحة عنوه، فإنه لو كان إحياءها ممن وضع يده عليها يحكم بكونها له أخذاً بعموم: «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»، بضميمة استصحاب عدم كونها مفتوحة عنوه أو استصحاب عدم كونها أرضاً للمسلمين صلحاً، نظير الحكم بحليه نكاح المرأة أخذاً بعموم قوله سبحانه: «أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»^(١) بضميمة استصحاب عدم كونها أختار رضاعيه أو أمياً رضاعيه ونحو ذلك. وفيما إذا كان وضع يده عليها وهي معموره يحكم بكونها ملكاً له بقاعده اليد، على قرار ما تقدم.

....

الشرح:

وقد يقال، كما عن بعض الأجله رحمه الله ^(٢): إن استصحاب عدم الموضوع لا يثمر في نفي حكمه، إلا إذا دل الخطاب الشرعي على عدم الحكم بعدم الموضوع، بأن كان الموضوع قد ذكر له الحكم في القضية الشرطية ونحوها، كما في قوله: «إذا بلغ الماء قدر كثر لا ينجسه شيء»^(٣)، فإن مفهوم الشرطية ارتفاع الاعتصام عن الماء بارتفاع الكثرة. أو كان الموضوع قد نفي عنه الحكم المذكور له بانتفاء ذلك الموضوع في خطاب آخر، ويكون في غير ذلك نفي الحكم بنفي موضوعه مثبتاً، حيث إن انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه عقلي لا شرعي. وعلى ذلك، فلا ثمره في استصحاب عدم كون الأرض مفتوحة عنوه في نفي كونها للمسلمين، وكذلك استصحاب عدم كونها معموره حال فتحها... إلى غير ذلك من موارد نفي الحكم باستصحاب نفي الموضوع.

أقول: يرد عليه أولاً: أن نفي كون الأرض معموره حال فتحها أو نفي كونها مفتوحة عنوه أو أرض صلح على أنها للمسلمين ليس لنفي الحكم، بل لإثبات قيد الموضوع للحكم، حيث إن الشارع قد حكم بأن من أحيى أرضاً لم تكن مفتوحة عنوه أو لم تكن حال فتحها معموره، أنها ملك لمحييها. وإحياء الأرض محرز بالوجدان عدم كونها معموره حال فتحها أو عدم كونها مفتوحة عنوه أو وقوع الصلح عليها على أنها

ص: ٢٥٠

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١: ١٥٨، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الحديث ١ و ٢ و ٦.

٣- (٣) كتاب الصلاة (تقاريرات النائيني للكاظمي) ١: ٣٤٤.

للمسلمين محرز بالأصل، فيتم موضوع ملك المحيى.

وثانيا: أنّ نفي الحكم الفعلى بنفى موضوعه لو كان مثبتا باعتبار أنّ نفي الحكم بانتفاء موضوعه عقلى، لكان إثبات الحكم الفعلى بإثبات موضوعه أيضا مثبتا؛ لأنّ جعل الحكم لموضوع بنحو القضية الحقيقيه يقتضى عقلاً فعليه ذلك الحكم بفعله. ...

الشرح:

موضوعه، كما أنه يلازم نفي فعليته بعدم فعليه موضوعه.

والحل هو: أنّ العلقه بين تحقق الموضوع وفعليه الحكم كما حصل بجعل الشارع وإنشائه الحكم له بنحو القضية الحقيقيه كذلك العلقه بين انتفاء الموضوع وعدم حصوله وبين عدم فعليه الحكم قد حصلت بتلك العلقه، فلاحظ موارد جريان قاعده الفراغ أو الاستصحاب الجارى فى مقام الامتثال، حيث يفيد كلّ منهما سقوط التكليف، مع أنّ سقوطه بحصول متعلقه خارجا عقلى. والسرّ فى عدم كون ذلك مثبتا ما ذكرنا من أن العلقه بين التكليف وذلك المتعلق قد حصلت بجعل الشارع، فيكون حدوثه وسقوطه قابلاً للتبعد.

والحاصل، كما أنّ الأصل يجرى فى ناحيه إثبات الموضوع ويفيد ثبوت حكمه، كذلك يجرى فى ناحيه عدم حصوله ويفيد عدم فعليه التكليف أو سائر الأحكام.

بقى فى المقام أمر، وهو: أنّ اعتبار عماره الأرض حال فتحها فى كونها خراجيه وأن الميته حال الفتح من الأنفال معروف بين الأصحاب، وذكروا فى وجه ذلك أنّ ما يكون للمسلمين هى الأرض المأخوذه من الكفار بعنوان الغنيمه، وأما المأخوذه منهم فيما إذا كانت ملكا لغيرهم كالمغصوبه من مسلم فلا تدخل فى الغنيمه، فاللازم ردها إلى مالكها. والميته من أراضيهم لم تكن ملكا لهم، بل كانت من الأنفال التى كانت يدهم عليها يد عدوان.

وفيه: أنّ عنوان الغنيمه لم يؤخذ فى كون الأرض المأخوذه للمسلمين، بل المعتبر أخذ الأرض من الكفار بالقتال أو بالصلح، وهذا يشمل المعموره والميته، بل يشمل المأخوذ منهم ما كانت ملكا لمسلم فى أيديهم. غايه الأمر إذا كانت لمسلم يحكم ببقائها فى ملكه؛ لأنّ ما دلّ على حرمة مال المسلم وعدم تملك ماله بغير رضاه وكيف كان، فما ذكروه من حصول الملك تبعاً للآثار ممّا لا دليل عليه إن

أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً. فالذى ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه [١] الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

الشرح:

يعارض ما دل على دخول الأرض المفتوحة فى ملك المسلمين بالعموم من وجه، وبعد تساقط الإطلاقين يرجع إلى استصحاب بقائها فى ملكه.

والمعارضه بالعموم من وجه وإن تكن ملحوظه بين ما دل على أن الأرض الميته من الأنفال وبين ما دل على كون الأرض المفتوحة للمسلمين، ومقتضى كون العموم فى ناحيه ما دل على أن الميته من الأنفال وضعياً تقديمه، وعلى تقدير تساقطهما فى مورد الاجتماع يكون الرجوع إلى استصحاب بقاء الميته على كونها من الأنفال، إلا أن التقييد الوارد فى موثقه إسحاق بن عمار (١) يدفع المعارضه، حيث عدّ فيها من الأنفال الأرض الخربه التى لم يوجف بخيل ولا ركاب؛ لأن مقتضاه أن لا تكون الميته المأخوذه بخيل وركاب من الأنفال، ومع ذلك كان الحكم فى المسأله متسالم عليه عندهم، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام فى الموجب لجواز التصرف فى الأراضى الخراجيه ليثبت به حق الاختصاص المحكوم فى الروايات بجواز معامله عليه، وذكر المصنف رحمه الله أن مع التمكن على الاستئذان من الإمام عليه السلام كما فى حال حضوره يجب الرجوع إليه أو إلى الوالى من قبله أو وكيله، باعتبار أن الأرض ملك المسلمين والإمام عليه السلام وليهم فله عليه السلام.

الشرح:

نقل منفعه الأرض أو عينها.

أقول: المراد بنقل منفعه الأرض قبالتها أو إيجارتها، وأما نقل عينها فلم يظهر وجهه بعد كون تلك الأرض موقوفه متروكه غير قابله للنقل والانتقال، وولايته عليه السلام مع النهى عن بيعها معللاً بأنها للمسلمين الظاهر فى عدم قبولها لنقل العين لا تقتضى إلا

ص: ٢٥٢

نقل منافعها أو الإذن في الانتفاع بها.

وأما في زمان الغيبة، فقد ذكر رحمه الله أنّ المحتمل أحد وجوه خمسة:

الأول: الرجوع في التصرف فيها إلى السلطان أو عماله، ممن جوز الشرع أخذ الخراج منه مجاناً أو معاوضه، بل في صحيحه الحلبي: «لا بأس أن يتقبل الأرض وأهلها من السلطان»^(١). ولكن لا دلالة لها على تعيين ذلك، وعدم موجب آخر للتصرف في تلك الأراضي.

الثاني: جواز التصرف مطلقاً، أى بلا حاجة إلى الاستئذان أو المعاملة لا مع السلطان ولا مع غيره، فإن مقتضى تحليل الأرض للشيعة ويكون التحليل بالإضافة إلى الأراضي القابلة للتملك إذناً فيه وفي غير القابلة له إذناً في التصرف وفي وضع اليد عليها، الموجب لثبوت حق الاختصاص. وفي روايه عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام: «يا أبا سيار... وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون». الحديث^(٢).

وبالجملة: تخصيص التحليل بالموات التي ملكه عليه السلام بلا موجب ويؤيد هذا التحليل ما ورد في جواز أخذ الخراج جائزه أو معاوضه، فإنه إذا جاز أخذ الخراج كأجره الأرض جاز أخذ نفس منفعه الأرض. والتعبير بالتأييد لإمكان دعوى أنّ جواز... .

الشرح:

أخذ بدل منفعتها لا يلزم جواز تصرف الشخص في الأرض استقلالاً؛ لأنّ جواز الأول، باعتبار إمضاء الشارع معاملة السلطان على ما تقدّم في المكاسب المحرمة.

الثالث: الرجوع إلى الحاكم الشرعي فإنّه نائب الإمام، ولا أقل من كون جواز التصرف في تلك الأرض، مع الرجوع إليه قطعي. وأما غير هذا الفرض فيبقى فيما دلّ على عدم الجواز وضعا أو تكليفاً.

الرابع: التفصيل بين من يستحق أجره الأرض؛ لكون صرفها عليه من مصالح المسلمين وبين غيرهم، فإنّه يستفاد جواز التصرف للأول من جواز تصرفه في بدل منفعه الأرض، وفي روايه أبي بكر الحضرمي، قال عليه السلام على ما في الروايه المزبوره: «ما منع ابن أبي السماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أما علم أنّ لك في بيت المال

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٩، ٦٠، الباب ١٨ من كتاب المزارعه والمساقاه، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب الرابع من أبواب الانفال، الحديث ١٢.

نصييا؟»(١) ولكن لا وجه لتصرف سائر الناس في تلك الأراضى مجاناً؛ ولذا أفتى غير واحد، على ما حكى عنهم، بعدم جواز حبس الخراج عن السلطان الجائر(٢)(٤) وسائل الشيعة ١٥ : ١٥٩ ، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٤ .(٣). نعم، استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام (٤).

الخامس: التفصيل بين ما عرض له الموت من أرض الخراج، فيجوز التصرف فيها بإحيائها كما هو مقتضى الترخيص في الإحياء، وكون المحيى مالكا للأرض أو أحق بها كما في عمومات جواز الإحياء وخصوص صحيحه سليمان بن خالد(٤) وخصوصيتها، باعتبار ورودها في جواز إحياء الخربة، الظاهره في الميتة بعد عمارتها. وبين الباقيه على عمارتها، فلا يجوز التصرف فيها إلا بأحد الوجوه المتقدمه. والأوفق

الشرح:

بالقواعد هو الوجه الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

لا يخفى أنه لو تم الوجه الأول أو الوجه الثانى، فلا يختص شىء منهما بزمان الغيبه، بل يعمّ زمان الحضور، فإن بعض ما ورد ممّا يستظهر منه أحد الوجهين موردهما زمان الحضور، وفي موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل اكرى أرضاً من أرض أهل الذمه من الخراج وأهلها كارهون؟ وإنما يقبلها السلطان لعجز أهلها أو غير عجز؟ فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها، إلا أن يضاروا»(٥) الحديث. وفي صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام: «إن لى أرض خراج، وقد ضقت بها أفادعها؟ فسكت على هنيهه، ثم قال: إن قائمنا لو قام كان نصيبك من الأرض أكثر منها»(٦) الحديث.

وعلى ذلك فلا ينبغي الرّيب فى جواز أخذ أرض الخراج من السلطان واستعمالها وعمارتها، بل يمكن أن يقال بجواز وضع اليد عليها ولو باشتراء حقوق

ص: ٢٥٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) و

٣- انظر حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٢٨ ، ومنيه الطالب ٢ : ٢٧٢ ، ومصباح الفقاهه ٣ : ٤١٦ ٤١٧ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١١ ، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥ : ١٥٩ ، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٣ .

العاملين عليها، بلا حاحه إلى الاستئذان من أحد وبلا لزوم دفع خراجها إلى السلطان أو غيره، كما ربما يظهر من صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، وعن الساباطي وزراره عن أبي عبدالله عليه السلام «أنهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية؟ فقال: إنه إذا كان ذلك انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج. قال عمار: ثم أقبل عليّ فقال: اشتراها، فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك» (١). نعم، لو استولى على الأرض من له ولاية شرعية في زمان الغيبة فلا يبعد أن يقال بلزوم دفع الخراج إليه إذا أميا في زمان الحضور والتمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الإمام عليه السلام، لأنّه وليّ المسلمين فله نقلها عينا ومنفعة. ومن الظاهر أنّ كلام الشيخ المطلق في المنع عن التصرف محمول على صورته عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

وأما في زمان الغيبة، ففي: عدم جواز التصرف إلاّ فيما أعطاه السّـلطان الذي حلّ قبول الخراج والمقاسمه منه. أو جوازه مطلقاً، نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربّما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجره الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجاناً. أو عدم جوازه إلاّ بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام. أو التفصيل بين من يستحقّ أجره هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها، لما يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال»، وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، ولذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنّه لا يجوز حبس الخراج وسرقته عن السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام. أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح، وبين الباقيه على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول، لعموم أدلّه الإحياء وخصوص روايه سليمان بن خالد ونحوها.

وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثمّ الزّابع، ثمّ الخامس. وممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوه، كأوراق الأشجار وأثمارها، وأخشاب الشّرح:

ص: ٢٥٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

طلبه، حيث إن الأرض ملك للمسلمين وله صرفها في مصالحهم، وجواز الامتناع عن دفعه الظاهر من بعض الروايات المشار إليها يختص بما إذا كان الحاكم على الأرض الجائر وعماله، فلاحظ.

الأبنية والسقوف الواقعة، والطين المأخوذ من سطح الأرض، والجص والحجاره ونحو ذلك، فإن مقتضى القاعده كون ما يحدث بعد الفتح [١] من الأمور المنقوله ملكاً للمسلمين، ولذا صرح جماعه كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحه عنوه بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض.

نعم الموجوده فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل. وحينئذ فمقتضى القاعده عدم صحه أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعه الأرض، لا أجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز.

ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات، لعموم «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به». ويؤيده بل يدل عليه استمرار السير خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعموله من ترابه أرض العراق من الأجر والكوز والأواني وما عمل من التربه الحسينيه، ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

الشرح:

[١] إذا كانت تلك الأمور تابعه للأرض زمان فتحها وباعتبار ذلك كانت محكومه كرقبه الأرض بكونها ملكاً للمسلمين فلا يزول ملكهم بانفصالها وخروجها عن تبعيه الأرض، كما هو الحال في سائر الموارد التي يدخل الشيء في ملك أحد تبعاً للعين الأخرى. نعم، لا يبعد أن يقال: إن النهى عن بيع أرض المسلمين لا يعم لما بعد انفصالها، بل يلتزم بدخولها في ملك من يضع يده عليها بوجه مشروع، حيث إن وضع اليد عليها كذلك كسائر ما يكون ملكاً لعنوان عام ويصير ملكاً بالأخذ، والسيره مستمره على بيع ما يعمل من الأراضي الخراجيه من الكوز وسائر الظروف ونحوها، ولم يرد في شيء من الروايات الردع عن بيعها أو تملكها، والله سبحانه هو العالم.

مسأله: واعلم أنه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر [١] عنهما في شروط العوضين بعد الملكيه: كونه طلقاً. وفرعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف إلا فيما

استثنى، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد إلا في المواضع المستثناه.

الشرح:

[١] ذكر الفاضلان (١) وجمع آخر (٢) أنّ العوضين في البيع يعتبر كون كلّ منهما مملوكا وكون ملكهما طلقا، وفزعوا على اشتراط الطلق عدم جواز بيع الوقف إلا- فيما استثنى، وبيع الرهن إلا- بإذن المرتهن أو إجازته، ولا- بيع أم الولد إلا- في بعض الموارد. والمراد بالطلاق أن تكون سلطنه المالك بالإضافة إلى المال تامه، بحيث يجوز له نقله مجانا أو بالمعاوضه، وجواز النقل باعتبار عدم تعلق حق للغير به مانع عن نقله بلا إذن ذلك الغير.

والوجه في رجوع المراد بالطلاق إلى ذلك هو أنّ تمام السلطنه وكون المالك مطلق العنان في التصرف في معنى جواز نقله مجانا أو مع العوض.

وقوله رحمه الله: «لمرجعه إلى أنّ شرط البيع» تعليل لقوله: «ولكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقل المالك بنقله»، فيكون حاصل عباره الفاضلين أنّ من شروط العوضين كونهما مملوكا، بحيث يصح بيعهما وهذا لا معنى له، فإن صحه البيع لا تكون شرطا في صحته كما لا يمكن تفريع عدم صحه بيع الوقف أو الرهن أو أم الولد على الاشتراط المزبور، بل عدم كون الملك وقفا أو رهنا أو أم الولد شرط، ويتفرع على عدم تعلق تلك الحقوق بالعوضين صحه البيع وعلى تعلقها بطلانه.

والمراد ب «الطلاق» تمام السّيطنه على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك، لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله ويكون نقله ماضياً فيه، لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق، فمرجهه إلى: أنّ من شرط البيع أن يكون متعلقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له، فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصّه وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرف

ص: ٢٥٧

١- (١) الشرائع ٢: ١٧، والقواعد ١: ١٢٦، وفيه: ويشترط في الملك التماميه.

٢- (٢) منهم الشهيدان في اللمعه وشرحها (الروضه البهيّه) ٣: ٢٥٣، والمحقّق السبزواري في الكفايه: ٨٩، والمحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٤٣٨.

المالك كالتنذر والخيار ونحوهما وهذا العنوان منتزِع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزِع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس.

الشرح:

وعلى ذلك، فليكن المراد بالطلق عدم تعلق الحقوق بالعوضين ممّا نهى الشارع عن البيع معها وهذه عبارته مختصره منتزعه عن عدم تعلق تلك الحقوق، وقولهم: «فلا يصح بيع الوقف والرهن وأم الولد»، من قبيل تعداد تلك الحقوق وتفصيل لتلك العبارة لا من قبيل التفريع على الشرط، فإنّ الشرط في الحقيقة عدم كون العوضين وقفاً أو رهناً أو أم ولد، ويتفرع على عدم تلك الحقوق كون الملك طلقاً.

والحاصل: أنّ الشارع قد منع عن نقل المال في بعض الموارد، باعتبار تعلق حق الغير بالمال المزبور، ويتنزع عن عدم تعلق الحق المزبور كون ملك المال طلقاً، فالعمد هو التعرض للموارد التي قد منع الشارع عن بيع المال فيها، باعتبار تعلق حق الغير به.

ثمّ إنّ أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجاني [١] واختلفوا في حكم بيعه.

وظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر بعد الأربعة المذكورة في عبارته الأكثر التنذر: المتعلّق بالعين [٢]

الشرح:

[١] يعنى الحق المتعلّق بالعبد الجاني، حيث إنّ لولى المجنى عليه الحق في القصاص أو استرقاقه، وفي كون هذا الحق مانعاً عن تصرف مولاه ببيعه كلام يتعرض رحمه الله له فيما بعد.

[٢] لم يثبت كون تعلق التنذر بالعين مانعاً عن صحه بيعها، فإنّ وجوب الوفاء بالتنذر تكليف فيكون بيع العين المنذوره مخالفه للتكليف المزبور، والنهي عن المعامله لا يوجب فسادها، خصوصاً فيما إذا كانت بعنوان خارجي، وبهذا يظهر الحال

فى صوره الحلف على عدم بيع العين.

ودعوى عدم جواز بيع العين المنذوره لتعلق حق الله أو تعلق حق الفقراء بها لا يمكن المساعده عليها، فإن الالتزام بالفعل لله كما هو مفاد النذر نظير الالتزام بالفعل للمشروط له فى الشرط فى العقود لا يكون تمليكا لذلك الفعل، فضلاً عن تعلق حق المشروط له بالعين التى يتعلق بها ذلك الفعل. بل تمليك الفعل كما هو مفاد عقد الإجاره لا يقتضى تعلق حق للمستأجر بالعين، بل المستأجر يملك الفعل المتعلق بها خاصه كما لا يخفى.

والحاصل: أن اللام فى قول الناظر: «لله على أن أتصدق بالمال»، نظير قول المشروط عليه فى ضمن عقد: «على أن أخط لك هذا الثوب»، ليست للملكيه، بل لمجرد التعدى وكون مدخوله طرف الالتزام، بل على تقدير كونها للملك فلا تقتضى قبل البيع، والخيار المتعلق به [١] والارتداد [٢]، والحلف على عدم بيعه، وتعيين الهدى للذبح [٣]

الشرح:

تملك الفعل تعلق حق للمتملك بالعين التى يتعلق به الفعل.

[١] أى الخيار المتعلق بالعين.

أقول: الخيار كما يأتى فى بحث الخيارات حق متعلق بالعقد لا بالعين، فىكون لدى الخيار حق فسخ العقد وإزالته وثبوت هذا الحق، بل واستيفائه لا يتوقف على بقاء العوضين، بل يصح لدى الخيار فسخه حتى بعد تلف العين فى يد الآخر، غاية الأمر يرجع مع فسخ المعامله إلى بدل العين من المثل أو قيمه.

نعم، فيما إذا كان المشروط على الآخر إبقاء العين وعدم نقلها عن ملكه زمان الخيار كما لا يبعد ذلك فى بيع الخيار، حيث يكون فيه اشتراط من البائع على المشتري بإبقاء العين فى المده المضروبه للخيار، فلا يجوز للمشتري بيعها تكليفاً؛ لوجوب الوفاء بالشرط والوفاء بالعقد. ولا يوجب ثبوت حق للبائع فى العين ليوجب ذلك فساد التصرف فيها.

[٢] يعنى ارتداد العبد المسلم، فإنه يكون بالارتداد فى معرض التلف بالقتل حداً، حتى فيما إذا كان ارتداده ملياً، حيث إنه أيضاً فى معرض التلف بالقتل بعدم توبته بعد استنابته، هذا ولكن كون الشئ فى معرض التلف لا يمنع عن بيعه، غاية الأمر

ص: ٢٥٩

يثبت للمشتري الجاهل بالحال خيار الفسخ بالعيب المزبور كما لا يخفى.

[٣] وفي صحيحه الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري البدنه ثمّ تضلّ قبل أن يشعرها ويقلدها فلا يجدها حتّى يأتي منى فينحر ويجد هديه؟ قال: إن لم يكن قد أشعرها فهي من ماله إن شاء نحرها، وإن شاء باعها، وإن كان أشعرها واشترط عتق العبد في عقد لازم [١] والكتابه المشروطه أو المطلقه بالنسبه إلى ما لم يتحرّر منه، حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الاداء، والتّديير المعلق على موت غير المولى [٢]، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علّق عليه العتق كان مملوكاً للورثه ممنوعاً من التصرف فيه، وتعلّق حقّ الموصى له [٣] بالموصى به بعد موت الموصى وقبل قبوله، بناءً على الشرح:

نحرها» (١).

ويمكن أن يقال: إنّه لا يستفاد منها مزيد من وجوب ذبح الحيوان أو نحره، نظير الحيوان المندور ذبحه والتصدق بلحمه، لا النهى عن بيعه ليقال بظهور النهى فى فساد، فتدبر.

[١] لا يخفى أنّ اشتراط عتقه من شرط الفعل، فيجب على المشروط عليه الوفاء به، ومع عدم وفائه يجوز للمشروط له فسخ العقد الذى اشترط فيه عتق العبد، وإذا فرض خروج العبد عن ملك المشروط عليه بالبيع أو غيره قبل الفسخ المزبور فيرجع المشروط له إليه ببدل ذلك العبد.

وكيف كان، فلا يوجب اشتراط العتق نقصا فى ملك العبد وخروجه عن الطلق كما تقدم فى شرط الخيار.

[٢] وعليه فمقتضى الروايه (٢) انعتاقه بموت من علق انعتاقه على موته وعدم نفوذ التصرفات المنافيه لذلك من الورثه.

[٣] لا- يبعد أن يكون المال فى الوصيه التملكيه ملكا للموصى له بموت منع الوارث من التصرف قبله، وتعلّق حقّ الشّفعه [١] بالمال، فإنّه مانع من لزوم التصرفات الواقعه من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشّفعه إبطالها، وتغذيه الولد

ص: ٢٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٤ : ١٤٣، الباب ٣٢ من أبواب الذبح، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ١٣٠ ١٣١، الباب ١١ من أبواب التدبير، الحديث ١.

المملوك [٢] بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حُبلى فوطئها فأنت بالولد بناءً على عدم جواز بيعها وكونه مملوكاً [٣] ولد من حرّ شريك في أمه حال الوطء فإنه الشرح:

الموصى، بلا حاجة إلى قبوله. نعم، يكون للموصى له رد المال وإخراجه عن ملكه، وعلى تقدير القول بالحاجة إلى القبول يبقى الموصى به في ملك الموصى، فإن المنتقل إلى الورثة من التركة هو غير الموصى به فيما إذا لم يكن زائداً على الثلث، وتمام الكلام في محله.

[١] لا يخفى أنّ تعلق حق الشفعة في الفرض وكون الشفيع متمكناً على إبطال التصرفات الجارية على المبيع بأخذه بحق شفيعته أجنبي عن مورد الكلام، فإن مع تعلقها لا يلزم بتلك التصرفات فتكون في معرض البطلان بالأخذ بالشفعة، وكلامنا في اشتراط البيع وتوقف صحته على كون الملك طلقاً بأن لا ينعقد البيع مع عدمه.

[٢] لو اشترى أمه حُبلى مع حملها فعليه ترك وطئها إلى أربعة أشهر وعشره أيام من مبدأ حملها على كلام في اعتبار الزائد على أربعة أشهر، وإن وطئها في المدة المزبوره أو بعدها إلى أن تضع حملها وأفرغ ماءه في فرجها فلا يجوز له بيع ذلك الولد وعليه عتقه، على قول تساعد عليه ظاهر الرواية (١).

[٣] وكونه مملوكاً، عطف على «تغذية الولد» وكان المراد أنه إذا كانت الأمه ملكاً لاثنتين فوطئها أحدهما وأت بالولد يكون الولد حصه منه ملكاً للشريك ولكن ليس له بيعه، بل له تقويم حصته وأخذ تلك القيمة من الواطئ.

مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته، وتعارض السبب المملك والمزيل للملك كما لو قهر حربى [١] أباه والغنيمه قبل القسمه [٢] بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمه لاستحاله بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك مما سيقف عليه المنتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الزهن، ثم الجنايه، إن شاء الله تعالى.

مسأله: لا يجوز بيع الوقف [٣] إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً وعموم الشرح:

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٩٤ ، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ .

[١] ظاهره التّعرض لما ذكره بعضهم (١) من أنّ الحربى، أى الكافر الحربى، لو باع أباه أو غيره من قرابته التى تعتق عليه، بأن يكون الكافر المزبور استولى على من يعتق عليه بالقهر وبياعه، ففى صحه هذا البيع إشكال. ووجه الإشكال أنّ قهره واستيلاءه وإن يوجب تملكه إلا- أنّ المفروض تحقق القرابه المانعه عن استقرار الملك فلا يحصل البيع حال الملك، ولكن فى روايه قد سأل عبدالله اللحام أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال: لا بأس» (٢). وظهرها صحه البيع، ويمكن حملها على حصول الملك للمشتري بالاستيلاء لا ببيع الوالد.

[٢] لا- يخفى أنّ الغنيمه تدخل فى ملك المقاتلين باستيلائهم عليها وكونها ملكا لهم بنحو الإشاعه، وعدم جواز بيع أحدهم حصته قبل أخذها باعتبار كون حصته مجهوله بحسب المقدار، ولا يبعد القول بجواز بيعها بعد تعيينها حتّى فيما إذا كان البيع قبل القبض كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع.

[٣] ذكر رحمه الله فى الاستدلال على عدم جواز بيع الوقف بعد الإجماع محصلاً قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» وروايه أبى على بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إننى اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى فلما عمّرتها خُبرْتُ أنّها وقف. فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّه فى ملكك، إذ دفعها إلى من أوقفت عليه. قلت: لا أعرف لها ربّاً. قال: تصدق بعلّتها».

الشرح:

ومقولاً (٣)، لقوله عليه السلام فى مكاتبه محمد بن الحسن الصفار التى رواها الصدوق بسنده الصحيح، أنّه كتب إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى الوقف وما روى فيه عن آباءه، فوقع عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٤). ومقتضاها أن العين حسب وقفها فتكون ملكا للبطون بطنا بعد بطن أو للجهه، وأنها تبقى كذلك فلا يصح إبدالها.

لا يخفى أنّ الاستدلال بها موقوف على أن يكون عدم جواز البيع داخلاً فى

ص: ٢٤٢

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للميرزا الإيروانى ٢ : ٤٣٦، الرقم ٨٤٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٤٦، الباب ٣ من أبواب التجاره، الحديث ٢.

٣- (٣) راجع الانتصار : ٢٢٦، والسرائر ٣ : ١٥٣، والمسالك ٥ : ٣٩٩، والمستند ٢ : ٣٧١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والفقيه ٤ : ١٧٦ / ٦٢٠.

عنوان الوقف أو ملازماً لتحقيق ذلك العنوان، وأما بناءً على أنه حكم شرعى غير داخل فى عنوانه وغير ملازم لتحقيقه فلا، حيث إن ظاهر الروايه إمضاء الشارع الوقف كما أنشأه صاحبه، وسيأتى التعرض لكون عدم جواز البيع حكماً شرعياً أو داخلياً فى عنوانه أو ملازماً له فانتظر.

وروايه أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: «جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغله فى ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رباً، قال: تصدق بعلتها» (١). فإن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة عليهم السلام مثل ما عن ربعى بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام فى صورته وقف أمير المؤمنين عليه السلام: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به على بن أبى طالب وهو حى سوى: تصدق بداره التى فى بنى زريق، صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والأرض، وأسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهى لذوى الحاجه من المسلمين... الخبر».

الشرح:

الوقف، هو عدم الفرق بين كون المباشر لبيعه الغاصب أو متولى الوقف أو الموقوف عليهم، والروايه بحسب سندها لا بأس بها، فإن الكلينى رحمه الله رواها عن محمد بن جعفر عن محمد بن عيسى عن أبى على بن راشد، ومحمد بن جعفر، سواء كان أبو العباس أو أبو الحسن الأسدى موثق بتوثيق عام أو خاص، وأبى على بن راشد ممدوح كما عن الشيخ (٢) رحمه الله .

وبما فى غير واحد من الروايات من صورته وقفهم عليهم السلام كروايه ربعى عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له فى المدينة فى بنى زريق، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به على بن أبى طالب وهو حى سوى، تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع ولا توهب، حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقضوا

ص: ٢٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والكافى ٧ : ٣٧ / ٣٥.

٢- (٢) نقله ابن داود فى رجاله : ٢٢٠ / ٦٦، وانظر اختيار معرفه الرجال ٢ : ٨٠٠ / ٢٩٩٢ و ٨٦٣ / ١٠٢٢.

ووجه الاستدلال أنّ توصيف الصدقه بما لا يباع ولا يوهب ظاهر فى توصيف النوع، أى طبيعى المفعول المطلق، لا أنّه شرط خارجى فى شخص الصدقه، وأن على فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقه لا لشخصها، ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً فى الشخص، مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم. مع أنّه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً، لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجه، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً.

الشرح:

الموقوف عليهم فى الصدقه المزبوره إبقاء العين وعدم إبدالها. فإنّ الحمل على هذا النحو من الاشتراط خلاف الظاهر، حيث إنه لو كان الأمر كذلك لكان الأنسب تأخير الشرط عن ذكرهم لا ذكر الشرط قبل تعيينهم، وأيضاً لو كان ما ذكر شرطاً على الموقوف عليهم لكان محكوماً بالفساد، فإنّه يجوز بيع الوقف فى حالات، فاشتراط عدم جوازه عليهم مطلقاً خلاف السنه.

ولكن يمكن الجواب عن الأخير، بأن اشتراط عدم البيع إطلاقه محمول على صورته عدم الجواز، وهذا الحمل لازم، سواء كان قوله: «لا يباع ولا يوهب» من الاشتراط على الموقوف عليهم، أو وصفاً لنوع الصدقه، مع أنه يمكن دعوى لزوم التقييد فى صورته توصيف النوع فقط. وأما على فرض الاشتراط فيبقى الاشتراط على الإطلاق حيث إن المحتمل علمه عليه السلام بعدم عروض المجوزات على وقفه، وهذا بخلاف صورته إرادته وصف النوع فقط، فإنّ العلم بعدم عروض المجوز على شخص من الوقف لا يوجب الحكم على النوع بأنه لا يباع ولا يوهب.

وبالجملة، مقتضى أصاله عدم التقييد هو: أنّ ما ذكر اشتراط لا توصيف للنوع.

أقول: لا حاجه إلى التقييد على تقدير كون المراد توصيف النوع وتقييد طبيعى الصدقه، وذلك فإن قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب»، وارد فى مقام إنشاء الوقف وذكره

ص: ٢٦٤

إلا أن يقال: إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر، مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً. مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذٍ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، الشرح:

للقرينه على إرادته الوقف من الصدقة التي هي بمنزلة الجنس الجامع بين الوقف وبين تملك المال للآخر مجاناً بقصد القربة، وليس في مقام بيان حكم الوقف من حيث عدم جواز البيع؛ ليقال: إنه لا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورته عدم عروض المجوزات.

وذكر بعض الأجلة رحمه الله: أن احتمال الاشتراط على الموقوف عليهم مبنى على الالتزام بأن الوقف من قبيل العقود ويحتاج إلى القبول من الموقوف عليهم، وأما بناءً على ما هو الصحيح من كونه من الإيقاعات فلا معنى للاشتراط، ثم إنه على الوصف للنوع فلا يمكن استظهار عدم جواز بيع الوقف فيما لم يكن الوقف بعنوان الصدقة كما إذا لم يقصد فيه التقرب، فإن النسبة بين الوقف والصدقة عموم من وجه؛ لا اعتبار قصد التقرب في الصدقة، سواء كان من قبيل الوقف أو سائر الصّدقات المندوبه أو الواجبه. والوقف يعم ما إذا لم يكن فيه قصد التقرب، ودعوى الحكم بعدم جواز بيع الوقف مطلقاً باعتبار إلغاء الخصوصيه لا يخفى ما فيها.

أقول: الاشتراط على الموقوف عليهم لا يتبنى على كون الوقف من العقود، فإن نفوذ هذا الشرط على الموقوف عليهم أو المتولى ليس للدليل وجوب الوفاء بالشرط ليقال: إن الشرط لا يعم إلا ما إذا كان الإلزام في ضمن عقد بل لقوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (١).

بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلاً في النوع، فإن العلم بعدم طروء مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى. فظهر: أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلاً في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من

ص: ٢٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

الشرح:

وبتعبير آخر: ما نحن فيه نظير الاشتراط على الوصى، كما إذا أوصى بستانا من ثلثه للصرف في الحج والصلاه وسائر الخيرات واشترط على الوصى عدم بيعه إلى خمس سنوات، فإنه لا ينبغي الزيب في نفوذ هذا الاشتراط وعدم جواز بيعه قبل تلك المده؛ بدليل نفوذ الإيضاء مع أنّ الإيضاء من الإيقاعات فلا يحتاج إلى القبول، وإنما يجوز للوصى رده زمان حياه الموصى مع وصول الرد.

والحاصل: لا ينبغي الزيب في أنّ قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب» وصف، ولكن الكلام في أنّه وصف للطبيعي وتفريع له؛ ليكون المراد عدم جواز البيع والهبة في الوقف في الجملة، حيث لا يمكن الأخذ بالإطلاق في ناحيه المنع؛ لذكره في مقام إنشاء الوقف أو وصف للصدقه الشخصيه وأن ذلك الشخص لا يباع، ولو كان وصفا للشخص مع عدم كونه وصفا للطبيعي فلا بد من حمله على الاشتراط من الوقف. ولكن الصحيح ظهور التوصيف في وصف الطبيعي لا لما ذكره المصنف من أنّه لو كان شرطا لكان الأنسب تأخيره عن ذكر الموقوف عليهم، فإن مجرد الأَنسبِيَّة لا يصحّ الظهور مع صحه خلافها، بل باعتبار أنّ إنشاء الوقف لا يتم بمجرد قول القائل: «تصدقت بالعين» إذ لا دلالة للصدقه على خصوصيه الوقف، ولذا يؤتى بمثل قوله: «لا يباع ولا يوهب» للقرينه على إرادته الوقف، ولا تتم القرينه إلا إذا كان عدم جواز البيع والهبة من قبيل توصيف الطبيعي بوصف نوعه كما لا يخفى.

....

الشرح:

وقد تحصل ممّا تقدّم أنّه مع هذا التوصيف لا يكون له إطلاق، بحيث يمكن التمسك به في موارد الشك في جواز بيع الوقف، بخلاف حسنه أبي علي بن راشد المتقدمه.

ولكن نوقش في الاستدلال بها أيضا، مع عروض بعض الحالات على الوقف والشك في جواز بيعه معها، بأنها غير وارده في مقام الجواب عن جواز بيع الوقف وعدمه بحسب الحالات؛ لأنّ السائل فيها قد كان يعلم بعدم جواز شراء الوقف. خصوصا مع ملاحظه قوله: «فلما وفرت المال خبرت أنّ الأرض وقف»^(١)، فإنّ

ص: ٢٦٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصادقات، الحديث الأوّل .

ظاهرها أنه لو كان يعلم بالوقف لما أقدم على شراء الوقف، بل إنما كان بصدد السؤال عن علاج الواقعة مع جهله بالوقوف عليه، غايه الأمر قبل تمام ذكره الواقعة أجب الإمام عليه السلام بوجوب رد الغله إلى الموقوف عليهم.

أقول: من المحتمل جدا أن يحتمل السائل صحه شراء الوقف في فرض جهله بالوقف ودفع الثمن وجهاله الموقوف عليهم، وحيث إن الإمام عليه السلام ذكر أنه لا يجوز شراء الوقف وفهم منه بطلان الشراء في جميع الحالات التي منها حاله السابقه في مورد السؤال، سأل ثانيا بأنه كيف يصنع بالغله مع جهاله الموقوف عليهم؟

والحاصل: أن مقتضى الأصل في كل خطاب عام أو خاص يتضمن الموضوع والحكم أن ذلك الحكم يعم الموضوع في جميع حالاته ما لم تقم قرينه عرفيه على خلاف ذلك، وما ذكر لا يعد قرينه لما ذكرنا من الاحتمال، ولذا لا بأس بالتمسك بالإطلاق الوارد في الحسنه في كل مورد يفرض فيه احتمال جواز بيع الوقف بطريان ومتميا ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة [١]:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغه الوقف صدقه جاريه ينتفع بها. وحقّ البطون المتأخره عن بطن البائع والتعديد الشرعى المكشوف عنه بالروايات، فإن الوقف متعلق لحقّ الله، حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه.

الشرح:

بعض الحالات.

[١] لم يظهر كون المانع عن بيع الوقف متعددا فضلاً عن كونه ثلاثه، فإنّ الثابت منع الشارع عن بيع الوقف كمنعه عن بيع أم الولد ونحوها، وكون الوقف تملكاً للبطون على نحو الترتب في الوقف الخاص وتمليكا للجهه في الوقف العام لا ينافى مبادله العين الموقوفه بما يكون العوض ملكاً للبطون أو للجهه. وتمليك الواقف تلك العين للموقوف عليهم بقصد التقرب لا يكون موجبا إلا - لعدم جواز رجوع الواقف في الوقف لا - عدم جواز بيع الموقوف عليهم أو متولى الوقف، فإنّ الصدقه الواجبه، بل المستحبه تملك للغير بقصد التقرب مع أنه يجوز للفقير التصرف فيها كسائر أمواله،

ص: ٢٦٧

وإرادته الواقف كون العين صدقه جاريه يكفى فيها قيام بدلها مقامها.

وأما حق البطلون فليس إلا- تملكهم العين حال وجودهم، مع بقاء العين على الوقف، وإذا انتقل الوقف إلى البدل، كما إذا قيل جواز بيع الوقف، ينتقل الحق إلى البدل.

والحاصل: أن عدم جواز بيع الوقف المستفاد من الروايات كعدم جواز بيع أم الولد حكم شرعى ولا- يكون من الحق القابل للإسقاط، غايه الأمر فى مورد قيام الدليل على جواز بيع الوقف يكون للبائع الولايه على إبطال الوقف، بالإضافة إلى العين الموقوفه بالبيع. ويكون العوض ملكا للبطلون كالمعوض، أو جواز إبطال أصل الوقف كما إذا كان العوض ملكا خاصا للبطلن الموجود.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي وقد يرتفع كلها، وسيجىء التفصيل.

ثم إن جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف [١] إلى أن يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغته الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضه عليه، إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء، كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده. ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه، فتأمل.

إلا أنه ذكر بعض فى هذا المقام [٢]: أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه: أن الشرح:

[١] مراده أن جواز بيع الوقف فى مورد لا ينافى كون العين موقوفه ما دام لم يقع البيع، وما تقدّم من عدم جواز بيع الوقف باعتبار تعلق الحقوق الثلاثه به، ليس المراد منه إلا- أن الوقف يقتضى عدم جواز بيعه لا- أنه يستلزمه بنحو اللزوم والعليه التامه لينحل الوقف بجواز بيعه. ومجرد الاقتضاء، بمعنى أن إبقاء العين على الوصف الذى جعله الواقف قرار مالكي، ومع إمضاء الشارع لا يجوز بيعها ونقلها.

نعم، إذا طرأ أمر فيمكن معه الحكم بجواز بيعه، وإن شئت فلاحظ الهبه فإنها تمليك العين مجاناً، ومقتضاه أن لا- يجوز للغير التصرف فى العين الموهوبه ولو كان ذلك الغير واهبها، ولكن مع ذلك يجوز للواهب التصرف فيها بردّها إلى ملكه بحسب حكم الشرع.

[٢] قد يقال(١): إنَّ عدم جواز بيع الوقف باعتبار أنَّ جوازه ينافي الوقف بحيث الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلَّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد. نعم، إذا بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز بيعه، ثمَّ ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغه لبيعه. وقد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدللَّ على المنع عن بيع الوقف بعد النصِّ والإجماع، بل الضرورة: بأنَّ البيع وأضرابه ينافي حقيقته الوقف، لأخذ الدوام فيه، وأنَّ نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً.

الشرح:

لا- يجتمع جوازه معه، فإنَّ الوقف كما هو المرورى عن النبي(٢) صلى الله عليه و آله ، بل الظاهر منه بحسب ما هو المعروف من عنوانه فى الأذهان، حبس العين وتسييل المنفعة. والمراد بحبس العين جعلها بحيث لا- تقبل النقل والانتقال، وإذا صار الوقف محكوماً بجواز بيعه فلا يمكن اجتماع هذا الجواز مع بقاء الوقف، بل يكون الدليل على جواز بيعه كاشفاً عن بطلان الوقف فى ذلك المورد.

وأجاب عن ذلك المصنّف رحمه الله ، بأنّه إن أراد هذا القائل أنّ جواز بيع الوقف لا يجتمع مع الحقوق الثلاثة التى تقدم ثبوتها فى الوقف، بل لابدّ فى مورد جواز بيعه من سقوط بعضها، كما إذا جاز بيع الوقف ومبادلتها بما يكون للبطون، فإنّ الفرض سقوط حق البطون عن نفس العين لا عن بدلها، أو سقوط حقهم حتّى عن بدلها، كما إذا كان العوض ملكاً لطلقاء للبطن الموجود فهذا صحيح. وإن أراد بجواز البيع فلا- يجتمع مع أصل الوقف؛ لمنافاه ذلك الجواز ومضادته مع الوقف كما هو ظاهر عبارته، فهو غير تام.

والوجه فى عدم التمام أنّ الوقف قسم منه فى حقيقته إخراج للعين عن الملكيه وجعلها بحيث لا تقبل الملك، نظير عتق العبد، وكما أنّ العتق إخراج للإنسان عن الرقيه وجعله بحيث لا يمكن صيرورته ملكاً للآخر، كذلك فى وقف المساجد.

الشرح:

والمشاهد تخرج الأرض والبناء عن قابليه كونها ملكاً. ولكن مع ذلك لا يكون من المباحات ليتصرف فيه كلّ أحد بما شاء، بل لا يجوز التصرف المنافى للوقف كما هو

ص: ٢٦٩

١- (١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢ : ٣٥٨، وكاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٥.

٢- (٢) السنن الكبرى ٦ : ١٦٢ .

مقتضى قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (١).

وهذا القسم لا يقبل النقل، باعتبار أنّ العين لا تصير ملكاً لأحد.

وأما سائر الوقوف، سواء كان الوقف خاصاً أو عاماً يكون الوقف فيها تمليكا؛ ولذا يعبر عن هذا القسم بالصدقه التي تكون تمليكا للبطون أو الوجهه. نعم، الوقف ليس مطلق جعل الشيء ملكاً، بل بنحو يقتضى الدوام والاستمرار، أى استمرارهم على ملكه ولا يكون هذا الدوام والاستمرار من قبيل اللانزيم، بل بنحو الاقتضاء بحيث لا ينافى الوقف تخلفه فى بعض الموارد. ولو كان جواز بيع الوقف منافياً لأصل الوقف بحيث يخرج الشيء عن كونه وقفاً لكان لازم ذلك بطلان الوقف حتى إذا لم يتفق مع بيع الوقف، كما إذا فرض حاجه الموقوف عليهم واضطرارهم إلى ثمن الوقف، ولكن لم يتفق بيعه إلى أن ارتفعت حاجتهم، فيلزم أن يحكم بجواز بيعه بعد ذلك أيضاً؛ لبطلان الوقف قبل ذلك.

لا- يقال: إذا فرض الاعتراف كما هو ظاهر المصنف رحمه الله، بأن مع جواز بيع الوقف ينتفى حق البطون اللاحقه عن شخص العين كما فى مورد جواز تبديلها بما يكون ملكاً للبطون، وعن بدلها أيضاً كما فى مورد جواز تملك البطن الموجوده ثمن الوقف وصرفه فى ضرورتهم، فلان ذلك جواز بيع الوقف فيما إذا لم يتفق البيع إلى أن ارتفعت ضروره البطن الموجوده. والوجه فى اللزوم، أنّ مع سقوط حق البطون وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع. فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه.

الشرح:

اللاحقه عن العين وعن بدلها أيضاً لا موجب لرجوعها ثانياً.

فإنه يقال: ليس معنى سقوط حقهم إلا قيام الدليل على ثبوت الولاية للبطن الموجوده على البطون اللاحقه بمبادله ملكهم، كما إذا كان مدلول دليل جواز البيع بمبادله الوقف بما يكون ملكاً للبطون أو مع ثبوت الولاية لهم على تملك الثمن فى

ص: ٢٧٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

مورد جواز صرف ثمن الوقف على ضروراتهم. وكذا فيما ثبت جواز بيع الوقف العام يكون بمقتضى ذلك الدليل ثبوت الولاية لمتولى الوقف أو الحاكم على العين الموقوفة، بمبادلتها بما يكون للجبهة الموقوف عليها.

والحاصل: لا- يكون جواز بيع الوقف كاشفا عن بطلان ملكيه البطون كما عليه ظاهر الجواهر(١) رحمه الله ، وإنما يكون موجبا لثبوت الولاية وكون تلك الولاية مطلقه أو مقيدة تابعه لظاهر الدليل، ومع عدم الدلالة يؤخذ بمقتضى الأصل، وقد ظهر من جميع ما ذكرنا أن الدليل على جواز بيع الوقف فى مورد التخصيص أو التقييد فى خطاب «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(٢)، وفى مثل قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»(٣).

وإن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه ، حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه مع كونه خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف: أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد وشبهها قسم من التملك[١] ولذا يطلق عليه الصدقة، ويجوز الشرح:

[١] يظهر ممّا ذكر رحمه الله أنّ الوقف على نحوين: وقف تحريرى كوقف الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً. ووقف تمليكى، تكون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، سواء كان الموقوف عليهم أشخاصاً أو عنواناً، ويعبر عن ذلك بالوقف الخاص أو العام.

ولكن الأمر ليس كذلك، بل للوقوف أقسام: وذلك فإن الواقف قد لا يلحظ فى وقفه إلا حبس العين على عنوان من غير نظر إلى رجوع منافعها إلى أشخاص. أو على عنوان وجهه، وهذا القسم من الوقف لا يكون فيه الموقوف عليه.

لا يقال: هذا القسم لا يدخل فى الوقف، بل جعل الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً عنوان آخر غير عنوان الوقف، وإن جرى عليه أحكامه من عدم جواز بيعه.

فإنه يقال: لو كان الأمر كذلك يصح قول مالك الأرض أو البناء: «جعلتها مسجداً

ص: ٢٧١

١- (١) الجواهر ٢٢: ٣٥٧ ٣٥٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

ولكن ما وقفها»، ولا أظن أن يلتزم بذلك أحد.

والموجب للدعوى المزبوره أنّ الوقف عنده إيقاف العين على الموقوف عليه وكان العين في الاعتبار على رأسهم تدر منافعها إليهم، وقد رأى أنّ في مورد وقف المكان مسجداً أو مشهداً ليس من يكون إيقاف العين على رأسه، ولكن سنين أنّ الوقف بمعنى الحبس، وكلمه (على) للتعدى لا- الاستعلاء؛ ولذا لا- يفرق بين قوله: «وقفها على أولاد زيد أو على طلاب العلم»، أو «وقفها لأولاد زيد أو لطلاب العلم».

وبتعبير آخر: يحتاج إلى تعيين الموقوف عليه أو الموقوف له فيما لوحظ عود... .

الشرح:

منافع العين إلى شخص على ما سيأتي، وليس يلزم الوقف فيما إذا لم يكن فيه لحاظ عود المنافع إلى أحد.

والحاصل: أنّ عنوان المسجد ينطبق على الأرض أو البناء المعدّ للعبادة كالصلاه وغيرها، ولا يترتب عليه بمجرد الإعداد أحكام الوقف من خروج العين عن الملك وعدم جواز نقله وغير ذلك من الأحكام، وفي صحيحه عبيدالله بن الحلبي أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام «عن مسجد يكون في الدار، فيبدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفه منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا- بأس بذلك»^(١).

وعلى الجملة: أنّ المرتكز في وقف الأرض أو البناء مسجداً وحبسها له هو فك الأرض أو البناء عن علقه الملكيه وجعلها بحيث لا تصلح للدخول في ملك أحد، وهذا معنى الوقف التحريري، ولا يبعد أن يقال: ما يذكر للمساجد من الأحكام، كحرمه مكث الجنب والحائض ووجوب تطهيره، لا- يعم إلا- المساجد الموقوفه لعناوينها؛ لانصراف الخطابات إليها. ولا فرق في وقفها كسائر الوقوف بين كونه بالإنشاء اللفظي، أو بنحو المعاطاه كما هو مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢)، كما لا يحتاج في تحققة فيها كسائر الأوقاف إلى القبول من الحاكم أو غيره؛ للإطلاق المزبور.

بل لا يبعد عدم حاجه الوقف العام إلى القبض، وإنما يحتاج إلى القبض في

ص: ٢٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٨، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

الوقف الخاص بشهاده مثل صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده.» .

الشرح:

ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم، لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها»(١).

ووقف تمليكى: وهو ما إذا لم يكن الوقف تحريراً، فإنه لا ينبغى الرّيب فى حصول الملك للموقوف عليه فيما إذا أنشأ الواقف ملكه العين له، كما إذا قال: «جعلت الضيعه أو غيرها ملكاً لأولاد زيد طبقه بعد طبقه إلى أن يرث الله السماوات والأرض، وإن انقرضوا فهى للفقراء».

وإنما الكلام فيما إذا كان إنشاء الوقف بعنوان الوقف وإرادته ما هو مدلوله المرتكز، وكان من قصده عود منفعه العين إلى الموقوف عليهم، كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعه لأولاد زيد أو على أولاده؛ ليكون غلتها لهم»، ففى ذلك يقع الكلام فى خروج نفس الضيعه عن ملك الواقف ودخولها فى ملك الموقوف عليهم.

واستدلّ المصنّف رحمه الله على خروجها عن ملك الواقف ودخولها فى ملك الموقوف عليهم، بما ورد فى غير واحد من الروايات(٢) من التعبير عن الوقف بالصدقه التى لا تباع ولا توهب، حيث إن من الظاهر كون المعروف من معنى الصدقه تمليك الغير بقصد القربه. ويعبر عن التمليك كذلك بالوقف، باعتبار استمرارها ودوامها وعدم صيرورتها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم.

واستدلّ فى «الجواهر» على دخول العين فى ملك الموقوف عليهم فيما كان من قصد الواقف عود منافع العين وصيرورتها لهم أنّ العين تتبع المنافع فى الانتقال، ومن» .

الشرح:

أنّ العين الموقوفه كالمنافع تضمن بالإتلاف والتلف فى اليد، وإذا كانت العين خارجه

ص: ٢٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٠، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٦ و ١٨٧، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢ و ٣ و ٤ .

عن ملك الواقف فلا بد من دخولها في ملك الموقوف عليهم؛ لأنّ المال الذي ليس له مالك لا يضمن. وقد يستدلّ على دخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم بما ورد في جواز بيعهم العين الموقوفة في بعض الموارد، حيث إنّه لا يبيع إلا في ملك، وأن العين إذا لم تكن ملكا فكيف جاز بيعها.

وعن السيّد اليزدي رحمه الله الاستدلال على خروج العين عن ملك الواقف، بأن اعتبار الملكية لأحد لا بد فيه من أثر يصحح الاعتبار، ومع كون الواقف أجنبيا عن منافع العين إلى الأبد فلا معنى لاعتبار ملكيه العين له، ولكن احتمال عدم دخولها في ملك الموقوف عليهم، بل يكون الداخلة في ملكهم هي المنافع فقط، كما في مورد إجاره العين. ونتيجة ذلك أن يكون الوقف بالإضافة إلى العين الموقوفة فكا عن الملكية.

ولكن قد نوقش في ذلك كلّ؛ أمّا التّعبير بالصدقة فلا بدّ أصالة الحقيقة تجري فيما إذا شك في المراد بعد إحراز المعنى الموضوع له، وأمّا إذا علم المراد وشك في أنّ الاستعمال على نحو الحقيقة فلا مجرى لأصالتها، وفيما نحن فيه يعلم أنّ المراد بالصدقة هو الوقف بقصد التقرب. ويشك في أنّ إطلاق الصدقة عليه بنحو الحقيقة، حيث إنّ من أفرادها أو أنّ إطلاقها عليه بنحو المجاز، حيث لا يكون في الوقف تمليك وتملك.

وفيه: أنّ هذه المناقشة قد صدرت عن جعل فيما تقدّم النسبة بين الوقف والصدقة العموم من وجه، ومقتضاه كون الوقف في مورد قصد التقرب معنونا بعنوان الصدقة الجارية حقيقته.

مع أنّه إن أُريد أنّ إنشاء الوقف بإرادته المعنى الحقيقي للصدقة الجارية غير

الشرح:

صحيح، فلا يتحقق الوقف فلا أظن الالتزام به، وإن أُريد أنّه لم يحرز انطباق عنوان الصدقة بمعناه الحقيقي على ما أراد الموجب بقوله: «وقفت هذه العين لأولاد زيد طبقه بعد طبقه»، المعنى المرتكز عند الأذهان للوقف. ففيه: أنّه لا يعرف للوقف عند الأذهان في مثل المورد ممّا كان الملحوظ عود المنفعة إلى الأشخاص ودخولها في ملكهم إلا عنوان التمليك وجعل ذلك الملك بنحو إقرار العين وحبسها.

ويقرب من هذا الوقف الوقف الصرفي، وهو ما إذا كانت العين محبوسه لصرف

منافعها على الموقوف عليهم، سواء كان المراد صرف نفس منافعها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة على أولاد زيد الأول فالأول؛ لياكلوا ثمرتها»، أو كان المراد الأعم من صرف عين منافعها أو بدلها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة للعلماء أو الحجاج»، وفي مثل ذلك يجوز لمتولى الوقف بيع ثمره الضيعة وصرف ثمنها عليهم. ووجه قرب الوقف الصرفي إلى الوقف التمليكي، هو أن العين في الوقف الصرفي أيضا ملك، ولكن للعنوان الموقوف عليه لا-الأشخاص، وإنما يملك الأشخاص المنفعة بعد الصرف والقبض؛ ولذا لا يرث الوارث من الموقوف عليه قبل صرف المنفعة ولا يجب في السهم المقبوض الزكاة؛ لأن الشخص لا يملك المنفعة إلا بعد قبضها لا حين بلوغ الزرع وصيرورته حنطه أو شعيرا أو صيروره الثمره عنبا أو ثمرا، فإن الثمره في ذلك الحين كانت ملكا للعنوان ولا يتوجه التكليف بإعطاء الزكاة إلا للأشخاص.

وهذا بخلاف الوقف التمليكي، فإنه إن مات أحد من الموقوف عليهم يرث سهمه وارثه ويجب على كل من بلغ سهمه مقدار النصاب الزكاة، ويشترك القسمان في ضمان العين ومنافعها فيما لو أتلف العين أو منافعها متلف أو تلف بيده، بخلاف القسم الأول إيجابه بلفظ «تصدقت» إلا أن المالك له بطون متلاحقه، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر، وإذا جاز لا معه كما إذا بيع لضروره البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف [١] بيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل، ولذا لو فرض اندفاع الشرح:

من الأقسام وهو الوقوف التحريري؛ لأنه لا دليل على ضمان المال فيما لم يكن ملكاً لأحد أو عنوان. بل الموجب له إتلاف مال الغير، أو تلفه بيده في غير مورد الاستيمان.

والقسم الأخير من الوقف الوقف الانتفاعي، وهو ما إذا كان حبس العين لمجرد انتفاع الموقوف عليهم من غير أن تدخل العين أو منافعها في ملكهم حتى بعد القبض، كما في وقف بعض الأشجار لأكل الماره ووقف الخانات للمسافرين والزوار والمدارس والكتب العلميه لطلاب علم الدين. وفي هذا القسم لا تدخل العين ولا منفعتها في ملك الموقوف عليهم؛ ولذا لا يكون توارث ولا تصح المعاوضه على منافع العين لا من الموقوف عليهم ولا من المتولى، ولا يبعد أن يقال ببقاء العين

ومنافعها على ملك واقفها؛ ولذا يضمن العين أو منافعها بالإتلاف، ويكفى في اعتبار الملكية للواقف ترتب هذه الثمرة.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الوجوه المتقدمه؛ للاستدلال على خروج العين من ملك واقفها أو دخولها في ملك الموقوف عليهم، وأيضا ظهر أنّ الوقف في حقيقته عباره عن حبس العين؛ إما حبسا عنوانيا أو حبسا تمليكيًا أو حبسا صرفيا أو حبسا انتفاعيا. والمراد بالحبس جعل العين على حاله لا تخرج عنها بحسب قرار مالكها، أى لا تصلح للخروج عنها بحسبه كما لا يخفى.

[١] لا- يخفى أنّه لا- دلالة فيما ورد في جواز بيع الوقف وصرف ثمنه على ضروره البطن الموجود على ولايتهم على جعل العين الموقوفه ملكا طلقا عند البيع؛ ليقع البيع الضروره بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله، ولذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حدّا يجوز بيعه، معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادته بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت أنّ مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أنّ لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي، حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره: والذي يقتضيه مذهبنا أنّه بعد وقفه وتقييضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسئله، ولا بيعه، سواء كان بيعه أدرّ عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، أم لا. قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوّزين: وابن إدريس سدّ الباب، وهو نادر مع قوّته.

وقد ادّعى في السرائر عدم الخلاف في المؤيّد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنّما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم، وأمّا إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجوز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

وفيه نظر يظهر ممّا سيأتى من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤيّد. الشرح:

لهم، بحيث لو فرض فسخ العقد يصير الوقف ملكاً طلقاً لذلك البطن ولو مع اتفاق ارتفاع ضرورتهم عند حصول الفسخ، بل المقدار الثابت ولايه البطن الموجود على صرف ثمن الوقف في حوائجهم، إضافه على ولايتهم على بيعه، فيكون صرفهم نظير صرف أهل العلم مال الإمام عليه السلام على حوائجهم.

وحكى المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً إلا في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع. قال الإسكافي فيما حكى عنه في المختلف: إن الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سئله من منفعته فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح، انتهى.

وقال فخر الدين في الإيضاح في شرح قول والده رحمهما الله: ولو خَلِقَ حصير المسجد، وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع، بعموم النصّ في المنع: والأصحّ عندى جواز بيعه وصرف ثمنه في المماثل إن أمكن، وإلا ففي غيره، انتهى.

ونسبه المنع إليهما على الإطلاق لا بدّ أن تُبنى على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، وسيظهر هذا من عبارته الحلبي في الكافي أيضاً، فلاحظ.

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصّه دون المؤيّد، وهو المحكى عن القاضي، حيث قال في محكى المهذب: إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساده، أو كان بأربابه حاجه ضروريه يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم، أو يخاف من وقوع خُلفٍ بينهم يؤدّي إلى فساده، فإنّه حينئذٍ يجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. ولا يجوز هبه الوقف، ولا الصدقه به أيضاً.

وحكى عن المختلف وجماعه نسبه التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة

المحكيه عن كافيه لا تساعده، بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق، فراجع.

وحكى التفصيل المذكور عن الصدوق. والمحكى عن الفقيه: أنه قال بعد روايه على بن مهزيار الآتيه: إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم، ولو كان عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه أبداً.

ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيره فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضى، كما لا يخفى.

ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثه الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه. أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا- وجه للحكم بجواز بيعه وصرّف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم. وقد حكى القول بهذين عن القاضى، إلا- أن يوجه بأنه لا- يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف حتى يكون حسباً، بل هو وقف حقيقى وتمليك للموقوف عليهم مدّه وجودهم، وحينئذٍ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد.

لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي، المحكى عنه القول المتقدم، حيث إنه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف.

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة، وأما المنقطع فلم ينصوا عليه وإن ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناءً على قوله برجوع المنقطع إلى ورثه الواقف، كالشيخ وسائر رحمهما الله. ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم ابن زهره فلازمه جعله كالمؤبد.

وكيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء، فنقول: قال المفيد فى المقنعه: الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلا- أن يُحدِث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرّب إلى الله بصلّتهم، أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أدرّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله. وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع فى شىء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله. ومتى اشترط الواقف فى الوقف: أنه متى احتاج إليه فى حياته

لفقر كان له يبعه وصرف ثمنه فى مصالحه، جاز له فعل ذلك. وليس لأرباب الوقف بعد وفاه الواقف أن يتصرّفوا فيه ببيع أو هبه أو يغيّروا شيئاً من شروطه، إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، فلهم حينئذٍ يبعه والانتفاع بثمنه. وكذلك إن حصلت لهم ضروره إلى ثمنه كان لهم حلّه، ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضرورات. انتهى كلامه رحمه الله .

وقد استفاد من هذا الكلام فى غايه المراد جواز بيع الوقف فى خمس مباح، وضمّ صورته جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المباح الثلاثه المذكوره بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفاه الواقف، فلاحظ وتأمل.

ثم إنّ العلامة ذكر فى التحرير: أنّ قول المفيد بأنّه: لا يجوز الرجوع فى الوقف إلا أن يحدث إلى قوله: أنفع لهم من تركه على حاله، متأول. ولعلّه من شدّه مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد. وقال فى الانتصار على ما حكى عنه: ومما انفردت الإماميه به: القول بأنّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعاً جاز لمن هو وقف عليه يبعه والانتفاع بثمنه، وأنّ أرباب الوقف متى دعتهم ضروره شديده إلى ثمنه جاز لهم يبعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضروره. ثمّ احتجّ باتّفاق الإماميه، ثم ذكر خلاف ابن الجنيد، وردّه بكونه مسبقاً وملحوقاً بالإجماع، وأنّه إنّما عوّل فى ذلك على ظنون له وحسبانٍ وأخبارٍ شاذه لا يلتفت إلى مثلها.

ثمّ قال: وأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعاً، أو دعت أربابه الضروره إلى ثمنه، لشدّه فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز يبعه، لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه ولم يبق منفعه فيه إلاّ من الوجه الذى ذكرناه، انتهى.

وقال فى المبسوط: وإنّما يملك الموقوف عليه يبعه على وجه عندنا، وهو أنّه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجه شديده ولا يقدرّون على القيام به، فحينئذٍ يجوز لهم يبعه، ومع عدم ذلك لا يجوز يبعه، انتهى. ثمّ احتجّ على ذلك بالأخبار.

وقال سلاّر فيما حكى عنه: ولا يخلو الحال فى الوقف والموقوف عليهم:

من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديده جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع لهم، انتهى.

وقال في الغنيه على ما حكى عنه : ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً وخيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديده دعتهم الضروره إلى بيعه، بدليل إجماع الطائفة، ولأنّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعه إلا على الوجه الذي ذكرنا جاز، انتهى.

وقال في الوسيله: ولا يجوز بيعه يعني الوقف إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديده لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

وقال الراوندى في فقه القرآن ؛ على ما حكى عنه : وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديده، انتهى.

وقال في الجامع على ما حكى عنه : فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجة شديده، أو خيف وقوع فتنه بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه، انتهى.

وعن النزّه: لا- يجوز بيع الوقف إلا- أن يخاف هلاكه، أو يؤدى المنازعه فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمه شديده ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى.

وقال في الشرائع: ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود. وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليهم خلفٍ بحيث يُخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا- تُخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع، انتهى. ومثل عباره الشرائع في كتابي البيع والوقف عباره القواعد في الكتابين.

وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار لم تخرج العرّصه عن الوقف، ولم يجز بيعها. ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقاً وتنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف

على المنع في المؤبد. ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية كدار انهدمت وعادت مواتاً ولم يتمكن من عمارتها ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً، كان وجهاً، انتهى. وقال في بيع التحرير: ولا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، ولو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين أربابه مع بقائه على الوقف، انتهى.

وعن بيع الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأى. وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب.

وقال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: والوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكّن من عمارته، أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى. وقال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه، إذ القصد منه التأيد. نعم، لو كان بيعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه وخشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوّز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

وقال في غايه المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف، وإذا كان البيع أعود مع الحاجة. وقال في الدرّوس: لا يجوز بيع الوقف إلاّ- إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساد. وقال في اللمعه: لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه، فالمشهور الجواز، انتهى. وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: إنّ لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً- متعدّده، أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خلف وفتنه وخشى خرابه ولا يمكن سدّ الفتنه بدون بيعه، وهو قول الشّيخين، واختاره نجم الدّين والعلّامه، انتهى.

وقال في التنقيح على ما حكى عنه: إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً، جاز بيعه. وعن تعليق الإرشاد: يجوز بيعه إذا كان فساد يُستباح فيه الأنفس. وعن إيضاح النافع: أنّه جوّز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال ونهب الأموال ولم يندفع إلاّ- بالبيع. قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز، ولا- اعتبار بخشيه الخراب وعدمه، انتهى. ومثله كلامه المحكى عن تعليقه على الشّرائع. وقال في جامع المقاصد بعد نسبه ما في عباره القواعد إلى موافقه الأكثر: إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثه مواضع:

أحدها: إذا خرب واضمحَلَّ بحيث لا ينتفع به، كحُصْر المسجد إذا اندرست وجذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خُلْفٌ بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، ومستنده صحيحه على بن مهزيار. ويُشترى بثمنه في الموضوعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخُلْف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. ويتولَّى ذلك التَّيَازر الخاصَّ إن كان، وإلَّا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حَاجَه شديد ولم يكن ما يكفيهم من غلِّه وغيرها، لروايه جعفر بن حنَّان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه، رفع مقامه.

وقال في الرُّوضه: والأقوى في المسأله ما دلَّ عليه صحيحه على ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلْفٌ شديد، وعلَّه عليه السلام بأنَّه: ربَّما جاء فيه تلف الأموال والنَّفوس، وظاهره أنَّ خوف أدائه إليهما وإلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنَّه لذلك. قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف ولم يكفهم غلِّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممَّا قيل، لعدم دليل صالح عليه، انتهى. ونحوه ما عن الكفايه.

هذه جمله من كلماتهم المرثيه أو المحكيه. والظَّاهر أنَّ المراد بتأديه بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنِّ بذلك، الموجب لصدق الخوف، لا التأديه على وجه القطع، فيكون عنوان «التأديه» في بعض تلك العبارات متَّحداً مع عنوان «خوفها» و«خشيتها» في بعضها الآخر، ولذلك عبّر فقيه واحد تاره بهذا، وأخرى بذاك كما اتَّفَق للفاضلين والشَّهيد. ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأ-كثُر كالعلامه في التَّيذِكره، وإلى الأشهر كما عن إيضاح النَّافع، وآخر عنوان التأديه إلى الأكثر كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعه. فظهر من ذلك: أنَّ جواز البيع بظن تأديه بقاءه إلى خرابه ممَّا تحقَّقت فيه الشَّهره بين المجوِّزين، لكن المتيقِّن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه. اللهمَّ إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنصِّ كون الاختلاف من باب المقدمه وأنَّ الغايه المجوِّزه هي مظنَّه الخراب. إذا عرفت ما ذكرناه، فيقع الكلام تاره في الوقف المؤبَّد، وأخرى في المنقطع.

أمَّا الأوَّل: فالذي ينبغي أن يقال فيه: إنَّ الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، فيملكون منفعتَه، فلم يستجاره وأخذ أجرته ممَّن

انتفع به بغير حق. والثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد والمدارس والرُّبُط، بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه، فإنَّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعه، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنّه ليس عليه أجره المثل.

والظاهر أنّ محلّ الكلام في بيع الوقف إنّما هو القسم الأوّل. وأمّا الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه [١] لعدم الملك.

الشرح:

[١] لا- ينبغى الرّيب في أنّ الوقف إذا كان تحريراً فلا- يجوز بيعه ولا- سائر المعاوضه عليه بلا استثناء، والوجه في عدم الجواز ليس عدم كون العين ملكاً طلقاً، بل لعدم كونه قابلاً للتملك والبيع تمليك العين بعوض، وعلى ذلك فلو خربت القرية التي فيها المسجد أو انقطعت الماره عن الطريق الذي فيه المسجد لم يجوز بيعه. والظاهر أنّ هذا مما لا خلاف فيه.

نعم، ذكر كاشف الغطاء (١) رحمه الله بعد قوله بعدم جواز البيع في هذا القسم من الوقف لعدم كونه قابلاً للتملك؛ لرجوع العين إلى الله ودخولها في مشاعره التي يجب تعظيمها، الأرض مع اليأس عن الانتفاع بها في جهه المسجدية تؤجر للزراعه ويراعى فيها الآداب اللازمه للمسجد من حرمة تنجيسها ووجوب تطهيرها وحرمة مكث الجنب والحائض فيها ونحو ذلك. كما يجب المحافظه على كونها مسجداً بأحكام وبالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لا فيما لم يكن ملكاً، وحينئذٍ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت الماره عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجوز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم، ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر: أنّه لا- يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لا- لعدم تماميه الملك، بل لعدم أصل الملك، لرجوعها إلى الله ودخولها في مشاعره :

الشرح:

ص: ٢٨٣

قباله الإجاره وسندها؛ لثلا تكون يد المستأجر أماره على كونها ملكا له ويصرف عائد الأرض من الأجره على مماثله.

مثلاً: إذا كان المسجد فى قرية تصرف الأجره على مسجد قرية أخرى، احتياطاً فى كون ذلك المسجد أقرب إلى الموقوف وأحوج وأفضل، ومع تعارض الأقرب مع الأفضل مثلاً يلاحظ الراجح منهما، وإن تعذر صرف الأجره على المماثل تصرف فى غيره على مسجد البلد أو الحسينيه ونحو ذلك. وإن لم يمكن ذلك أيضاً تصرف على مصالح المسلمين، ولو بإحداث القنطره والضوء ونحوها، هذا بالإضافة إلى الأرض.

وأما غيرها من الآلات والأثاث والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها فإن أمكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص المحل الذى عُين لها فيجب إبقاؤها والانتفاع بأعيانها فى ذلك المحل، وإن لم يمكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص ذلك المحل ينتفع بأعيانها فى مثل ذلك المحل. وإن لم يمكن الانتفاع على ذلك انتفع بأعيانها فى مطلق مصالح المسلمين، كما إذا لم يمكن الانتفاع بخشبه سقف المسجد فى ذلك المسجد ولا فى مسجد آخر ينتفع بها، ولو فى مثل القنطره من مصالح المسلمين.

أنه مع اليأس عن الانتفاع به فى الجبهه المقصوده تؤجر للزراعه ونحوها، مع المحافظه على الآداب اللازمه لها إن كان مسجداً مثلاً. وإحكام السجلات، لثلا يغلب اليد فيُقضى بالملك، وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض فالمدار على الراجح، وإن تعذر صرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صرف فى مصالح المسلمين. وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها، فإن بقيت على حالها وأمکن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى أُعدت له، كانت على حالها، وإلا جعلت فى المماثل، وإلا فى غيره، وإلا فى المصالح، على نحو ما مرّ، وإن تعذر الانتفاع بها باقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحه، والعود ملكاً للمسلمين لتصرف فى مصالحهم، والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته تدخل فى مجهول المالك، ويحتمل بقاؤه على الوقف وبيع، احترازاً عن التلف والضرر ولزوم الحرج، وتصرف مرتباً على النحو السابق. وهذا هو الأقوى كما

صرّح به بعضهم، انتهى.

الشرح:

وإذا لم يمكن الانتفاع بأعيانها أصلاً، لا فى المحل ولا فى مماثله ولا فى غيره من مصالح المسلمين يكون فى البين احتمالات كونها من قبيل الملك بعد إعراض مالكة من دخولها فى المباحات، فىصح لكل أحد تملكها والتصرف فيها ودخولها فى ملك المسلمين كسائر أموال المسلمين، فتصرف على مصالحهم كيف اتفق وعودها إلى ملك واقفها أو ملك ورثتهم. ومع عدم عرفانهم تكون من قبيل الأموال المجهول مالكةا.

وفيه: أنّ إجاره الأرض وبيع الآلات [١] حسن لو ثبت دليل على كونها ملكاً للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنه، لكنّه غير ثابت، والمتيقّن خروجه عن ملك مالكة، أمّا دخوله فى ملك المسلمين فمنفى بالأصل.

الشرح:

والرابع: وهو الأقوى المصرّح به فى كلام بعضهم، عدم بطلان وقفها بخروجها عن الانتفاع بأعيانها كما ذكر، بل تباع احترازاً عن تلفها وتصرف فى المكان المعدّ له بحسب تعيين الواقف، أو على مماثله أو على مطلق مصالح المسلمين، على ما مرّ فى صورته إمكان الانتفاع بأعيانها.

[١] لا- يخفى أنّ ما ذكره كاشف الغطاء (١) من إجاره أرض المسجد للزراعة يصح لو قيل بأن الوقف بالإضافه إلى الأرض تملك للمسلمين أو انتفاعى لهم، ولو كان وقف الأرض كذلك يصح بيعها أيضاً، كما يأتى فى الوقف التملكى والانتفاعى، ولكن الظاهر أنّ الوقف فى المسجد والمشهد بالإضافه إلى أرضها تحريرى ومعه لا تصح إجارته كما لا يصح بيعها. لا باعتبار عدم كون الأرض ملكاً لمن ينتقل إليه العوض؛ ليقال: إنه لا يعتبر فى صحه البيع كون المبيع ملكاً له كما فى بيع الكلى، كما لا يعتبر فى الإجاره كون المنفعة ملكاً لمن تنتقل إليه الأجره، كما فى إجاره الحر نفسه، بل لا يصح بيعها ولا إجارته؛ لعدم إمكان صيروره الأرض أو منافعها ملكاً لأحد، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢). والبيع تملك العين

ص: ٢٨٥

١- (١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٤ ٨٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل.

للمشتري بعوض، والإجاره تملك المنفعه.

وبهذا يظهر عدم صحه سائر المعاوضات أيضا، فلا يختص عدم الجواز بالبيع أو الإجاره.

نعم، يمكن الحكم بإباحه الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحه، ولا يتعلّق عليهم أجره. ثم إنّه ربّما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثّاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبه وهبته، مثل روايه مروان بن عبد الملك: «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوه الكعبه ما قضى ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، وينتفع به ويطلب بركته. قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا». قيل: وفي روايه أخرى: «يجوز استعماله، ويبيع نفسه» وكذلك ما ذكره في بعض حُصُر المسجد إذا خَلِقَتْ،

الشرح:

ودعوى عدم صحه بيع الآلات أيضا، مع عدم إمكان صرفها على المماثل أو غيرها من وجوه الخير، مبنيه على كون وقفها أيضا من قبيل وقف الأرض، ولكن يمكن أن يقال: إن الوقف بالإضافه إلى نفس العرصه كذلك، وأما بالإضافه إلى آلات البناء، حيث إنّه لا تبقى على حالها إلى الآخر، يكون في نظر الواقف وقفا تملكيا أو انتفاعيا، كما هو الحال بالإضافه إلى فرش المسجد وحصيره وسائر ما يوضع فيه. ولا منافاه في الاختلاف في كيفية الوقف حتّى فيما كان في البين إنشاء واحد، فقول الواقف: «وقفت هذا البناء مسجدا»، لا ينافى كونه بالإضافه إلى العرصه تحريرا وبالإضافه إلى الآلات تملكيا أو انتفاعيا، نظير ما إذا فرش بساطا في البناء وجعل فيه حب الماء وغيره، وقال: «وقفت البناء وما فيه بعنوان المسجد».

وأما الاستشهاد على حكم حصير المسجد ونحوه بما ورد في ثوب الكعبه، فغير ظاهر؛ لأنّ الثوب المزبور لم يحرز كونه وقفا، بل الظاهر أنّه كسائر المال الذي يهدى للكعبه يصرف في الحجاج وزواره؛ ولذا أجاز أخذه والانتفاع به وبيعه إلى غير ذلك كما لا يخفى.

والعمده في المقام بيان الوجه فيما ذكر من استعمال الآلات وسائر الأثاث في

وجذوعه إذا خرجت عن الانتفاع. اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت والمسجد، فيكون كسائر أموالهما، ومعلوم أنّ وقفه أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيها بالبيع.

الشرح:

المماثل ثم في سائر وجوه الخير، مع ملاحظه الأقرب فالأقرب إلى الوقف، ومع عدم إمكان صرفه بعينه يباع ويصرف بدله على ما ذكر على الترتيب، مع أنّ الصرف في المماثل أو في الأقرب فالأقرب بعينه، ومع عدم الإمكان ببدله يكون خارج عن مدلول الوقف. وليس في البين إلا- دعوى استفاده تعدد المطلوب من الوقف في مثل هذه الموارد ممّا يكون قصد الواقف جعل العين مهما أمكن في الخير المرسوم بنفسها، وفي غيره على تقدير عدم إمكان ذلك الخير، وبديلها مع عدم إمكان استعمال العين، كما يدلّ عليه ويؤيّد ما ورد في قصور مال الوصيه وعدم إمكان صرفه في الجهة الموصى بها. وفي روايه على بن زيد صاحب السابري قال: «أوصى إلى رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه، فنظرت في ذلك فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحج إلى أن قال: فلقيت جعفر بن محمد عليه السلام . . . فقال: ما صنعت؟ قلت: تصدقت بها، قال: ضمنت إلا أن لا يكون يبلغ ما تحج به من مكة، فإن كان لا يبلغ ما تحج به من مكة فليس عليك ضمان»(١).

وفي روايه على بن أبي حمزه قال: سألت أبا الحسن عليه السلام «عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يُعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد ذلك؟ قال: يُشترى من الناس نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المُشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للنّاظر بيعه مع المصلحه ولو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، وبين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرّجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يُلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد: أنّ الحصير يتصوّر فيه كونه وقفاً

ص: ٢٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٣٤٩، الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

على المسلمين، لكن يضعه في المسجد، لأنه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبب الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به ولو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره ولو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام في مورد الشك، مثل ما إذا فرش حصيرا [١] في المسجد أو الشرح:

فيعتق^(١). وفي روايه محمد بن الزيان قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع في الباقي؟ «فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر»^(٢).

والحاصل: أن الوقف على الجهات التي يكون نظر الواقف فيها صرف المال على جهة من الخيرات فيه قرينه عامه على أن الوقف على جهة خاصه من قبيل تعدد المطلوب، بخلاف الوقف الخاص، حيث ينتهي أمد الوقف فيه بانتهاء الموقوف عليهم كما لا يخفى.

[١] إذا أحرز أن وقف الحصير على المسجد الفلاني ووضعه فيه لانتفاع وضع حب ماء فيه، وإن كان الظاهر في الأول الاختصاص وأوضح من ذلك الترتب الموضوعه فيه وفي الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصلاه في المسجد.

والحاصل: أن الحصير وشبهها الموضوعه في المساجد وشبهها يتصور فيها أقسام كثيره يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجرى في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أن المحكى عن العلامة وولده والشهيدان والمحقق الثاني جواز الشرح:

المصلين، من غير لحاظ خصوصيه في ذلك المكان، فلا كلام، ويجوز في الفرض لمتولى الوقف نقله إلى مسجد آخر، حتى مع إمكان الانتفاع به في ذلك المسجد، وذكر المصنّف رحمه الله أن هذا النحو من الوقف ظاهر في الماء الموضوع في المسجد، فإنه يوضع

ص: ٢٨٨

١- (١) المصدر السابق: ٤٠٥، الباب ٧٣ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٩٣، الباب ٦١ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

فى مسجد باعتبار أنه أحد المواضع التى ينتفع به المصلون، فيجوز معه الوضوء به من غير صلاه فى ذلك المسجد. وربما يظهر الاختصاص كما فى فرش حصير فى المسجد، وهذا الاختصاص فى الترتب الموضوعه أوضح، وفى مثل ذلك لا يجوز النقل مع إمكان الانتفاع به فى المكان الموضوع فيه.

أقول: لم يظهر وجه كون الاختصاص فى وقف الترتب أظهر من وقف الحصر، ومع ذلك لا- يمكن الاعتماد على ما ذكر من دعوى الظهور، بل لابد فى الموارد من ملاحظه السيره على عموم الانتفاع أو خصوصه، ومع الشك فى كون الموقوف عليهم هو العام أو الخاص، كما إذا شك فى وقف الماء على مطلق المصلين أو المصلين فى المسجد المزبور، فالأصل عدم العموم. ولا يعارض بأصله عدم الوقف على الخاص، فإن جواز تصرف المصلين فى المسجد المزبور محرز فلا مورد للأصل فيه.

بيعه وإن اختلفوا فى تقييد الحكم وإطلاقه كما سيجىء، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها وجعلها مسجداً فكذلك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

وكيف كان، فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف فى منافعها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه [١]. وأما أجزاءه كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينه الشرح:

[١] أى بدون ما ذكره بعض الأساطين (١)، بأن يزرع المسجد المزبور بدون إجاره، والعمده فى وجه ما ذكر كله من نقل الحصر ونحوه إلى سائر الأمكنه مع ملاحظه الأقرب فالأقرب هى استفاده تعدد المطلوب من وقف الواقف بقريته عامه تجرى غالباً فى موارد الوقف الانتفاعى، بل الصرفى. وتلك القرينه هى إحراز إرادته الواقفين من جعل العين فى مكان ووقفها عليه جعلها صدقه جاربه وتبديلها بعين أخرى فى بعض الموارد، فهو أيضاً لتلك القرينه المقتضيه للاشتراط الضمنى على المتولين أو الموقوف عليهم إبقاء تلك الصدقه مهما أمكن وبأى نحو تيسر المضى بقولهم عليهم السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

ص: ٢٨٩

١- (١) المعنى من بعض الأساطين هو كاشف الغطاء الذى مر ذكره آنفاً .

ولو توقف إبقاء العين على حالها ببيع بعضها وصرف صدقه ثمن ذلك البعض على الباقي يقدم، حيث إن إبقاء نفس العين صدقه بحسب تلك القرينه مقدم على إبقاء الصدقه بالعلاج في تمام العين بحسب ماليتها.

ولو أحرز في مورد عدم إرادته الواقف تعدد المطلوب وإبقاء الوقف بعد انتهاء الموقوف عليهم أو انتهاء عايد الوقف أو زوال العنوان من العين الموقوفه يكون فيه تعين، لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحه في رده جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدم من أن الوقف في المسجد وأضرابه فك ملك، لم يجوز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحيث إن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك كما عن الروضه وإلا صرف في مسجد آخر كما في الدروس وإلا صرف في سائر مصالح المسلمين.

قيل: بل لكل أحد حيازته وتملكه، وفيه نظر.

وقد أُلحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفه على الطريقه المعروفه، والكتب الموقوفه على المشتغلين، والعبد المحبوس في خدمه الكعبه ونحوها، والأشجار الموقوفه لانتفاع المازّه، والبارى الموضوعه لصلاه المصلين، وغير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجاره ونحوها وصرفها في مصارفها كما في الحمامات والدكاكين ونحوها، جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقاؤها على الإباحه كالطرق العامه والأسواق.

وهذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تملياً. ولو أُلغ شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان وجهان [١]:

الشرح:

الوقف من المنقطع الآخر، وسيأتي إن شاء الله تعالى حكمه.

[١] لا يخفى أنّ مفاد حديث «على اليد» (١) ضمان من تكون يده على العين بغير من عموم «على اليد»، فيجب صرف قيمته في بدله. ومن أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة بأجره منافع هذه لو استفادها ظالم كما لو جعل المدرسه بيت المسكن أو محرزاً، وأنّ الظاهر من التأديه في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأملك الناس، والأول أحوط وقوّاه بعض.

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الشّرح:

الائتمان، سواء كان هو المتلف أم لا، وقاعده الإلتلاف مفادها ضمان المتلف، سواء كان المال بيده أو بيد مالكة فتعليه رحمه الله ضمان الإلتلاف بقاعده اليد من سهو القلم.

وكيف كان، فالعمده في دليل الضمان في موارد اليد والإلتلاف، السيره العقلانيه مع ورود روايات في موارد هما في الأبواب المتفرقه، ومقتضاهما عدم الفرق بين كون المال ملكاً للشخص أو الطبيعي والعنوان كما يشهد بذلك ما ورد في تلف الزكاه ومال الوصيه قبل إقباضهما، كصحيحه محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام «رجل بعث بزكاه ماله لتقسّم فضاعت، هل عليه ضمانها حتّى تقسّم؟ قال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتّى يدفعها، وإن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان» (٢). حيث إن بعث الزكاه من العزل الموجب لتعيين الزكاه التي تكون ملكاً للعنوان قبل التقسيم والإقباض، وهذه الصحيحه قرينه على الجمع بين الروايات الوارده في بعث الزكاه، وأيضاً لا فرق بين ضمان العين ومنافعها.

وما ذكر قدس سره من عدم ضمان المنافع لا يزيد على مجرد الدعوى. نعم، لم يحرز وجه للضمان في موارد الوقف التحريري من السيره أو غيره، فلاحظ والله سبحانه هو العالم.

الأولى: أن يخرب الوقف [١] بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق. والأقوى جواز بيعه، وفاقاً لمن عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم، لعدم جريان أدلّه المنع.

الشّرح:

ص: ٢٩١

١- (١) عوالي اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩: ٢٨٥، ٢٨٦، الباب ٣٩ من أبواب المستحقين للزكاه، الحديث الأول.

[١] الصوره الأولى من صور جواز بيع الوقف ما إذا خرب بحيث تسقط العين عن قابليه الانتفاع بها كالحصير الخلق والجدع البالى أو الحيوان المذبوح، والمراد عدم إمكان انتفاع البطون اللاحقه من عين الوقف كما فى المذكورات لا سقوطها عن قابليه الانتفاع، حتى بالإضافة إلى البطن الموجود، وإلا سقطت ماليتها فلم يجز بيعها باعتبار عدم ماليتها.

والحاصل: أن المراد صيروره العين بحيث لو انتفع البطن الموجود بها يكون الانتفاع بها من قبيل إتلافها، كصرف الجدوع الباليه فى الإحراق فلا تبقى عين حتى تنتفع بها البطن اللاحقه، والقرينه على كون المراد من ذلك ما يذكره رحمه الله من دوران الأمر فى هذه الصوره بين أمور ثلاثه:

الأول: أن لا يتصرف البطن الذى تكون العين ملكهم فعلاً، بل تبقى العين بحالها حتى تتلف.

الثانى: انتفاع البطن الموجود بها بإتلافها، كما فى الحيوان المذبوح بأكله وفى الجدوع الباليه والحصير الخلق بالإحراق.

والثالث: بيعها وشراء ما يكون قابلاً للانتفاع، حتى بالإضافة إلى البطون اللاحقه.

ثم ذكر أولاً: أن جواز البيع فى هذه الصوره ليس باعتبار قيام دليل خاصّ عليه، بل باعتبار قصور المقتضى وعدم الدليل على عدم جواز بيع الوقف فى مثل هذه الحاله، فإن عدم جواز بيع الوقف لم يعم الفرض، وروايه عدم جواز شراء الوقف منصرفه إلى ما يكون قابلاً للانتفاع البطن اللاحقه من العين مع انتفاع البطن الموجوده منها، وروايه: أما الإجماع، فواضح. وأما قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» فلا نصرافه إلى غير هذه الحاله. وأما قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» فلا يدلّ على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر فى متن العقد، للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه، وقد تقدّم ذلك وتضعيف قول من قال ببطول العقد إذا حكم بجواز بيعه. ولو سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، والمفروض تعدّره هنا.

الشرح:

«الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١)، ناظره إلى إمضاء الوقف بما رسمه الواقف وعدم جواز بيعه ليس ممّا رسمه، بل هو حكم شرعى كما مر، بل لو كان إبقاء العين رسمه الواقف كان رسم الواقف واشترائه فى صورته قابليه العين للانتفاع.

وحيث كان، لقائل يقول: إذا لم يكن دليل على جواز البيع ومنعه تصل النوبه إلى الأصل العملى وهو استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

وذكر ثانيا: ترديد الأمر فى هذه الصورة بين أمور ثلاثه، ثالثها جواز البيع وشراء ما يصلح للبقاء، وجزم ببطلان الأولين ليتعين الثالث فلا- تصل النوبه إلى الأصل العملى، وأضاف إليه عدم جريان الاستصحاب المزبور فى نفسه بدعوى أنه لو فرض عدم الجواز فعلاً لكان هذا منعا جديدا غير المنع السابق، فإن المنع السابق كان فى ضمن وجوب رعايه الحقوق للبطون اللاحقه، فلم تبق تلك الحقوق بعد سقوط العين عن قابليه الانتفاع بها كما تقدم.

والحاصل: أنّ جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو المتولّى.

والحاصل: أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكلّ.

والأوّل: تضييع مناف لحق الله وحقّ الواقف وحقّ الموقوف عليه، وبه يندفع استصحاب المنع، مضافاً إلى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان فى ضمنه.

وأما الثّانى: فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأوّل، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله.

والثالث: هو المطلوب.

الشرح:

أقول: ظاهر كلامه فرض الخراب فى الوقف الخاصّ، ومن الظاهر العين الموقوفه فيه باعتبار عدم القرينه العامه على اشتراط إبقاء الوقف بدلها لو وصلت إلى حد يكون

ص: ٢٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل.

انتفاع البطن الموجود منها بإتلافها والوقف يقتضى جواز الانتفاع بها فعلاً، وإذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه تبقى العين للبطن الآتية يجوز للبطن الموجود ذلك الانتفاع، كأكل الحيوان المذبوح وجعل الجذوع الباليه وقوداً. كما يجوز لهم بيعها وبالبيع أو الإتلاف ينتهى أمد الوقف، ولا- يحتاج البيع إلى إذن المتولى للبطن الآتية؛ لأنّ مع عدم قابليه العين للبقاء مع انتفاع البطن الموجوده لا- يثبت للبطن اللاحقه حق فى الثمن ليشتري بها ما يكون وقفاً للبطن، كما لا يمنع الوقف عن بيع البطن الموجوده لكون العين ملكهم على الفرض.

نعم يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى [١] بحسب استعداده العادى إلى آخر البطن فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمنه بقاءه، فتأمل.

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطن اللاحقه، فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى إتلافه.

الشرح:

[١] إذا كانت العين ملكاً طلقاً للبطن الموجوده بحيث يترتب عليها جواز إتلافها أو بيعها واختصاص الثمن للبطن المزبور يكون ذلك بعينه ما تقدّم من صاحب «الجواهر» رحمه الله من انتهاء الوقف وانحلاله بجواز البيع، فيرد الإشكال المتقدّم من أنّه لو فرض بقاء العين إلى زمان البطن اللاحق كما إذا لم تبعها البطن الموجوده ولم ينتفعوا بها ولو بإتلافها لزم أن لا تكون العين ملكاً للبطن اللاحقه، بل ملكاً لورثه البطن الموجوده، ولعله إلى ذلك أشار بقوله: فتأمل.

ولكن الظاهر عدم انحلال الوقف بالحكم بجواز البيع، حيث إنّه لو انحل الوقف بجوازه لرجعت العين إلى ملك الوقف ولا تكون ملكاً للبطن الموجوده أيضاً، فإن ملكيتهم قد حصلت بالوقف وبانتهائه وانحلاله تنتهى الملكيه.

والحاصل: أنّ الملكيه المجعلوه للبطن اللاحقه بمقتضى الوقف التملكى على تقدير بقاء العين إلى زمانهم، وإذا فرض عدم حصول المجوز للبيع تبقى العين إلى زمانهم بفساد البيع على تقديره، وأما إذا فرض جواز بيعها أو إتلافها فباعتها البطن الموجوده لا- تبقى عين ويكون الثمن ملكاً للبطن الحاضر. وأما إذا لم تبعها البطن الموجود ولم تلتف وبقيت إلى زمان البطن اللاحقه، تكون ملكاً لهم.

وعلى الجملة، يكون انحلال الوقف بالبيع أو الإتلاف فيما إذا لم يكن في البين اشتراط إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بماليته، فتدبر.

ومما ذكرنا يظهر: أنّ الثمن على تقدير البيع [١] لا يخصّ به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالإسكافي والعلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني، وحكى عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفوائد لاقتضاء البديله

الشرح:

[١] تعرّض رحمه الله في المقام لأمر:

الأول: أنّه مع بيع العين الموقوفه لا تختص البطن الموجوده بالثمن، بل الثمن يكون ملكاً للبطن على حد ملك المعوض لهم؛ ولذا لا يحتاج البديل فيما كان قابلاً للانتفاع مع بقاء عينه إلى إنشاء الوقف، بل يكون ملكاً للبطن على حد المعوض بمقتضى المبادله، ومع عدم كون البديل قابلاً للانتفاع مع بقاء عينه يشتري به ما يكون قابلاً للانتفاع كما ذكر.

وذكر رحمه الله في وجه ذلك كلّ ما توضيحه: أنّ العين الموقوفه ملك فعلي للبطن الموجوده لكن لا بملكه مطلقه، بل الملكيه للبطن الموجوده مؤقّته من حيث المنتهى بحال حياتهم؛ ولذا لا يجوز في الوقف الخاص نقل العين إلى الغير بإعطاء ملكيتها الأبدية، كما لا يجوز لهم إجاره العين بأزيد من مده حياتهم إلا فضولاً. بخلاف مالك العين بالملكه المطلقه، فإنّه يجوز له أن يتصرّف في ماله بإعطاء ملكيته الأبدية للغير وإجارتها بمده تزيد على مده حياته، فإن ذلك مقتضى الملكيه المطلقه الثابته له.

والحاصل: أنّ العين في الوقف الخاص ملك للبطن الموجود فعلاً وملك شأنى للبطن اللاحقه، بمعنى أنّ العين تصير ملكاً فعلياً للبطن اللاحقه بعد انقضاء البطن الموجوده بملكه يتلقونها من الواقف، أى بمقتضى جعله لا من البطن الموجوده كما في موارد الإرث. وعلى ذلك، فإن كانت العين الموقوفه ملكاً فعلياً للبطن الموجوده يكون بدل العين بمقتضى المعاوضه كذلك، حيث لو أمكن عدم قيام البديل مقام العين كما ذكر، بأن لا يكون البديل ملكاً شأنياً للبطن اللاحقه لأمكن أن لا يكون ملكاً فعلياً ذلك، فإن المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوه كان الثمن كذلك، فإن الملكيه اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعتر عند تحقق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم

مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف. وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلى، لا الشأني.

الشرح:

للبطن الموجوده.

ثم إن الحكم بكون البدل ملكا فعليا للبطن الموجوده وشأني للبطن اللاحقه أولى ممّا ذكروه في ديه العبد الموقوف المقتول، حيث قالوا: إنّ الديه تكون ملكا للبطن الموجوده والبطن اللاحقه على قرار الوقف. ووجه الأولويه أنّ الديه بدل شرعى حكم بها بعد تلف العين، فيمكن أن تختص بالبطن الموجوده.

وكذلك بدل العين الموقوفه أولى بعدم الاختصاص للبطن الموجوده ممّا ذكروه في تلف العين المرهونه، حيث قالوا: إن بدل تلك العين يكون رهنا.

ووجه الأولويه أنه يمكن أن يقال: إن العين المرهونه كانت رهنا بما أنها ملك للمالك المديون وقد فرض زوال ملك المديون عن العين، فيمكن أن يزول الرهن عنها من غير أن يتعلق بالبدل، بخلاف الملك الشأني للبطن اللاحقه، حيث إنّ تعلقه بالعين لا بما أنها ملك للبطن الموجوده، بل بما أنّ الملكيه المزبوره كالمملكه الفعليه للبطن الموجوده مجعوله بجعل الواقف وإنشائه، وكل من الملكيتين مؤفته كما تقدم.

أقول: كلّ ذلك حسن، ولكنه رحمه الله غفل عن نكته واحده، وهى أنه لا- معنى للملك الشأني في المقام، إلا أنّ العين على تقدير بقائها إلى زمان انقضاء البطن الموجوده تصير ملكا فعليا لتلك البطن، وأنّ الملكيه المؤفته للبطن الموجوده فى هذا الفرض فقط. وأمّا على تقدير تلف العين أو إتلافه حقيقه أو حكما بحيث لا تبقى إلى زمان انقضاء ودعوى: أن الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود. فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه إلى ملك الغير بعوض لا- يدخل فى ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجود. وإليه أشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى، حيث قال: إنه يعنى الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على

الشرح:

البطن الموجوده، فلم يجعل للبطن اللاحقه ملكيه، ولا تكون ملكيه البطن الموجوده فى فرض تلف العين محدوده مؤفته؛ ولذا لا تضمن البطن الموجوده للبطن اللاحقه

ص: ٢٩٦

شيئاً فيما إذا انتفعوا بالعين المخروبه بإتلافها، كجعل الجدوع الباليه وقودا.

وعلى ذلك، فإن أتلفوا العين ببيعها مع جواز البيع فلا يكون للبطن اللاحقه ملكيه ليدخل البدل فى ملكهم. نعم، إذا بقيت العين ولم تتصرف فيها البطن الموجوده أصلاً حتى وصلت العين إلى البطن اللاحقه تكون ملكا لهم، فلاحظ وتدبر.

الثانى: أنه لا يجرى على البدل حتى فيما إذا كان قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه حكم الوقف الابتدائى من عدم جواز بيعه، بل يجوز معاوضته بعين أخرى مع صلاح البطون، فإنّ عدم جواز البيع حكم شرعى بالإضافه إلى الوقف الابتدائى، أى ما يكون وقفاً بإنشاء الواقف ولا- يعم ما كان وقفاً بالمبادله. ولو كان عدم جواز البيع باعتبار الاشتراط من الواقف فلا ينبغى الريب فى أنّ الاشتراط بالإضافه إلى ما أنشأ الوقف له ولا يجرى فى بدله.

الثالث: أنه لا يجب شراء مماثل الوقف بحسب العنوان، بل يجوز شراء كل ما يكون صالحاً لانتفاع البطون مع رعايه صلاحهم، والوجه فى ذلك ما تقدّم من عدم كون العين الموقوفه ملكاً طلقاً للبطن الموجوده، بل يتعين بيعها وشراء ما يكون قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه، ولولم يكن البدل داخلاً فى عنوان المبدل ومماثلاً له.

حدّه. خلافاً لظاهر بعض العباثر المتقدّمه، واختاره المحقق فى الشرائع فى ديه العبد الموقوف المقتول. ولعلّ وجهه: أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غايه الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقه به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، ولا- دليل عليه. ومجرد البدليه لا- يوجب ترتّب جميع اللوازم، إذ لا- عموم لفظى يقتضى البدليه والتنزيل، بل هو بدل له فى الملكيه وما يتبعها من حيث هو ملك.

الشرح:

ولكن ذكر فى محكى التذكره أنّ الوقف مع وصوله إلى حد الخراب يباع ويصرف ثمنه فى جهه الوقف، ويكون صرفه فيها بشراء المماثل مع إمكانه، ومع عدمه يشتري ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه، وإن لم يمكن ذلك أيضاً يدفع الثمن إلى الموقوف عليهم الموجودين يتصرفون فيه بما شاؤوا. وعلل شراء المماثل مع إمكانه وشراء مطلق ما يصح وقفه مع عدم إمكانه بالجمع بين غرض الواقف، وهو انتفاع البطون والعمل باشتراط إبقاء العين، حيث إنّ شراء المماثل إبقاء للعين بحسب نوعها، واحتمال لزوم

إبقائها بشخصها غير صحيح؛ لاستلزامه فى الفرض فوت غرضه بتمامه. كما أنّ احتمال عدم لزوم الشراء أصلاً بأن يدفع الثمن إلى البطن الموجوده فيتصرفون فيه بما شاؤوا أيضا غير صحيح؛ لأنّه إخراج للعين أو بدلها عن ملك البطن اللاحقه، مع استحقاقهم تلك العين مع عدم وجودهم فعلاً كاستحقاق الموجودين.

وذكر المصنّف رحمه الله فى عدم اعتبار شراء المماثل أمرين:

أحدهما: أنّه لم يظهر أنّ شراء المماثل أقرب إلى غرض الواقف، فإنّ غرضه يختلف ولا يقف على حد. مثلاً ربما يكون غرضه الانتفاع بثمره البستان، وإذا لم يمكن الانتفاع لغور مائه، ودار الأمر بين شراء بستان لا ينتفع الموقوف عليهم بثمرته بل يصل إليهم قيمته، وبين شراء ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة، فلا وجه للقول بأن وفيه: أنّ ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقّت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمرّاً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقرّ الذى لا يزول إلا بالنقل، فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصله للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثلين.

الشرح:

شراء البستان أقرب إلى غرض الواقف، خصوصاً إذا كان الملك الآخر أكثر نفعاً.

وثانيهما: أنّه لا دليل على وجوب رعايه غرض الواقف، بل اللازم اتباع الوقف على النحو الذى رسمه الواقف، وإذا كان غرض الواقف خارجاً عن مدلول إنشائه ووقفه فلا يعمّه قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (١).

والحاصل: أنّ غايه ما يمكن أن يقال فى المقام: إن العين المخروبه لا تخرج عن ملك البطن، ومقتضى ذلك أنّه لا يجوز للبطن الموجوده الانتفاع من الوقف بإتلافها كجعل الجذوع الباليه وقوداً، بل يتعين على تقدير إرادتهم الانتفاع بتبديلها بشراء ما يصلح لانتفاع البطن، سواء كان مماثلاً للعين الموقوفه أم لا، كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع ونفوذه بعد إحراز جواز بيع تلك العين، فيكون المقام نظير ما إذا أحرز جواز بيع المصحف وشك فى اعتبار إسلام مشريه كما لا يخفى.

ص: ٢٩٨

أقول: لو كان المتبع مدلول الوقف فقد ذكرنا أنّ مدلوله ثبوت الملكيه للبطن اللاحقه على تقدير بقاء العين إلى زمانهم مع إمكانه، وإذا فرض وصول العين من الخراب إلى حد لم يمكن إبقاء العين للبطن اللاحقه مع انتفاع البطن الموجوده لم يكن على البطن الموجوده إلزام بإبقاء العين من ناحيه رسم الواقف ولا من ناحيه الشارع، ومما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في ديه العبد المقتول، حيث إنه بدل شرعى يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سرايه حقّ البطون اللاحقه إليه، بخلاف الثمن، فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوض.

ومن هنا اتضح أيضاً أنّ هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهناً، لأنّ حقّ الرهنيه متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكة الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكيه المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائماً بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه فى الوجود.

وقد تبين ممّا ذكرنا: أنّ الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى وينتفع به البطن على نحو المبدل وكانت مصلحه البطون فى بقائه أبقى، وإلا أبدل مكانه ما هو أصلح.

الشرح:

فيجوز للبطن الموجوده إتلاف عينه أو نقله إلى الغير مجاناً أو مع العوض. وبكل منهما ينتفى التقدير الذى جعل الملكيه للبطن اللاحق على ذلك التقدير، فيختص الثمن بالبطن الموجوده، فلا يجب عليهم شراء البدل فضلاً عن صيرورته وفقاً بمجرد الشراء.

نعم، إذا أمكن إبقاء بعض الوقف ببيع بعضه وصرف ثمنه على الباقي تعين ذلك؛ لأنّ إلزام الواقف بالإضافه إلى البعض ونهى الشارع عن بيع كله بحاله. هذا كله فيما لم يكن فى البين قرينه عامه على إبقاء الوقف مهما أمكن كما فى الوقف العام، وإلا تعين شراء البدل.

ومن هنا ظهر عدم الحاجه إلى صيغه الوقف فى البدل، بل نفس البديله

تقتضى كونه كالمبدل، ولذا علّله الشَّهيد قدس سره في غايه المراد بقوله: لأنَّه صار مملوكاً على حدِّ الملك الأوَّل، إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه.

ثمَّ إنّ هذه العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليهم أن ينظر فيه ويتصرّف فيه بحسب مصلحه جميع البطون ولو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلاّ لعذر، لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، وبدل الوقف إنّما هو بدل له في كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

ومما ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائده: بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح، لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين فاللّازم ملاحظه مصلحتهم، خلافاً للعلامة وولده والشَّهيد وجماعه فأوجبوا المماثلة مع الإمكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّه، وقد يتعلّق بكون منفعه الوقف مقداراً معيناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يُشترى بثمانه بستان في موضع لا يصل إليهم إلاّ- قيمه الثمره، وبين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً- إلاّ- أنّه ليس أقرب إلى غرض الواقف: أنّه لا- دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى مقصوده، إنّما اللّازم ملاحظه مدلول كلامه في إنشاء الوقف، ليجرى «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها».

فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلاّ مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلاّ مصلحتهم.

هذا وقال العلامة في محكي التذكرة: كلّ مورد جوّزنا بيع الوقف فإنّه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به كان أولى، وإلاّ جاز شراء كلّ ما يصح وقفه، وإلاّ صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء، لأنّ فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النصّ الدالّ على عدم جواز مخالفه الواقف، حيث شرط التأيد،

فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشَّخص وأمكن بحسب النَّوع وجب، لأنَّه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأوَّل الذى وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصيه الكليه تُفضى إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأنَّ قصر الثَّمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنَّه يستحقُّون من الوقف كما يستحقُّ البطن الأوَّل، ويقدر وجودهم حال الوقف.

وقال بعض علمائنا والشافعيه: إنَّ ثمن الوقف كقيمه الموقوف إذا تلف فيصرف الثَّمن على الموقوف عليهم على رأى، انتهى. ولا يخفى عليك مواقع الردِّ والقبول فى كلامه قدس سره .

ثمَّ إنَّ المتولَّى للبيع هو البطن الموجود [١] بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر الشَّرح:

[١] ذكر رحمه الله أنَّ المتولَّى للبيع هو البطن الموجوده مع الحاكم الشَّرعى، حيث إنَّه ولى على البطون اللاحقه وليس للناظر إلى الوقف ولا-يه بالإضافه إلى بيع العين الموقوفه، حيث إنَّ النظاره المجمعوله له منحصره بالأُمور الراجعه إلى صوره بقاء العين وإبقائها.

ويمكن أن يقال: إن البيع راجع إلى الناظر ولا- يكون للبطن الموجوده ولا- الحاكم الشَّرعى مع الناظر إلى الوقف أمر، حيث إنه منصوب من قبل الواقف للأُمور الراجعه البطون ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنَّه المنصوب لمعظم الأُمور الراجعه إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجمعوله من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. ويحتمل بقاءه لتعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق بدلها.

ثمَّ إنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثَّمن ممَّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا- يجوز دفعه إلى البطن الموجود [١]؛ لما عرفت من كونه كالمبيع الشَّرح:

إلى الوقف وبيعه، وشراء البدل من تلك الأُمور.

ودعوى عدم شمول حق النظاره للتصرف فى العين بإخراجها عن ملك البطون فى صوره جوازه شرعا لم يعلم وجهها بعد كون ذلك من تلك الأُمور. نعم، لا يبعد سقوط نظارته بالإضافه إلى البدل، مع إمكان القول ببقاء نظارته حتَّى بالإضافه

إلى البدل.

أقول: بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفة ملك البطن الموجوده فعلاً ولهم نفى التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحقه فلا معنى لدخاله الناظر فى نفى ذلك التقدير من البطن الموجوده، سواء كان ذلك النفى بإتلاف العين حقيقه أو حكما بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت فى الوقف قرينه ولو كانت عامه على إبقاء الوقف بأى وجه أمكن ولو بيع الموقوفه وإبدالها، كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى، يكون ذلك للمتولى من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعى، حيث إن إبدال العين الموقوفه فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسيه الراجعه إليه كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم ممّا ذكرنا أنّ الثمن فى الوقف الخاصّ يكون للبطن الموجوده مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتى يتمكّن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّه، ولو طلب ذلك البطن الموجود، فلا- يبعد وجوب إجابه، ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضى الموجود بالأتجار به وكانت المصلحه فى التّجاره، جاز مع المصلحه إلى أن يوجد البدل، والربح تابع للأصل [١] ولا- يملكه الموجودون، لأنّه جزء من المبيع، وليس كالثمن الحقيقى. ثمّ لا- فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه الشّرح:

ولا- يجب عليهم شراء عين أخرى قابله للوقف إلا مع الاشرط عليهم فى الوقف وبدون ذلك يكون الشّراء احتياطاً استجابياً، ويؤيد، بل يدلّ عليه بعض ما ورد فى بيع الوقف المزبور على ما تسمع.

نعم، لو لم يمكن فى الوقف الصرفى والانتفاعى شراء البدل ينتظر زمان التمكن على شراء البدل، ومع الصلاح يجوز للمتولى الاتجار بثمرن الوقف ويكون ربحه تابعاً للأصل، ولا- يصرف ذلك الربح إلى الموقوف عليهم إلا إذا فهم من الوقف الصرف عليهم فى كلّ زمان بأى نحو أمكن.

[١] يعنى إذا كان ثمن الوقف مئة درهم مثلاً- فشرىوا به فرسا وباعوه بعد ذلك بمئتين فيكون تمام المئتين ملك البطون ولا يختص الربح بالبطن الموجوده، ووجهه: أن الفرس كان ملكا للبطون على ما تقدّم، وتمام المئتين بدل عن الفرس فلا بد من دخول المئتين فى ملك من يخرج عن ملكهم الفرس، وهم تمام البطون على قرار ما زعمه المصنّف رحمه الله . ولا- امتياز فى ذلك بين مئة الربح ومئة الأصل، وهذا بخلاف ما إذا وقف حيوانا على أولاد زيد فأنجب الحيوان الولد، فإنّ ذلك الولد ملك للبطن جاز مع رضا الكلّ؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحه. ومنه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم. ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي وإن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان [١] فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا- يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعتة الحاضره التى يستحقّها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤنه الوقف عن منفعتة قبل قسمته فى الموقوف عليهم. وهنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الشرح:

الموجوده، كما هو مقتضى تملك المنفعه للبطن الموجوده وحبس العين على البطون.

[١] إذا احتاجت العين الموقوفه إلى التعمير والترميم لأجل بقائها وحصول النماء، فإن عين الواقف ما يصرف فى تعميرها فهو، وإلا صرف نماؤها فى تعميرها مقدما على حق الموقوف عليهم، بلا فرق بين الوقف الخاص والعام، حتى فيما إذا استلزم صرف نمائها على تعميره حرمان البطن الموجوده، وذلك فإن المتفاهم العرفى من الوقف إبقاؤها وأن وصول منافعتها إلى الموقوف عليهم ملك أو صرف أو انتفاع بعد لحاظ إبقائها، وكأن هذه قرينه عامه فى كلّ وقف كما لا يخفى.

ولكن هذا لا- يجرى فيما إذا كان بعض الوقف خرابا بحيث يجوز بيعه، فإنه بالبيع يختص الثمن بالبطن الموجوده على قرار ما تقدّم، فلا يجب عليهم صرفه فى عماره الباقي أو فى عماره وقف آخر، وإن كان ذلك أحوط.

ص: ٣٠٣

الصّوره الثّانيه: أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع [١] المعتقد به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدار انهدمت فصارت عرّصه تؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتداً به. فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعه العرّصه، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز. وإن كان يُعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعه العرّصه، بل يساوى منفعه الدّار، ففي جواز البيع وجهان:

من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قئدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً، وقد تقدّم التصريح من العلامه في التحرير بأنّه: لو انهدمت الدّار لم تخرج العرّصه من الوقف، ولم يجز بيعها.

اللهمّ إلا أن يحمل النفع المنفّى في كلام المشهور على النفع المعتقد به بحسب حال العين، فإنّ الحّمّام الذى يستأجر كلّ سنه مئه دينار إذا صارت عرّصه تؤجر كلّ سنه خمس دراهم أو عشره لغرض جزئى كجمع الزبائل ونحوه يصدق عليه أنّه لا يجدى نفعاً، وكذا القرية الموقوفه، فإنّ خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون بسلب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرّصه الدار المنهدمه مواتاً لا ينتفع بها بالكلّيه مع أنّها كثيراً ما تُستأجر للأغراض الجزئيه.

الشرح:

[١] المراد بالخراب فى هذه الصوره أن تصل العين الموقوفه من الخراب إلى الحد الذى لا يصل إلى الموقوف عليهم من المنفعه أو النفع إلا مقدار يسير يلحق بالمعدوم، مع إمكان تعميره من عائده أو بيعه بعضه على ما تقدم. والموجب لجواز البيع فى هذه الصوره أيضاً قصور المقتضى على قرار ما تقدم فى الصوره الأولى، ويجرى على بيعه من اختصاص الثمن بالبطن الموجوده أو تحصيل ما يقبل الوقف بذلك الثمن ما جرى على البيع فى الصوره الأولى فلا نعيد.

فالظاهر دخول الصوره المذكوره فى إطلاق كلام كلّ من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، ويشمله الإجماع المدعى فى الانتصار والغنيه، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلّه وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين، وعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف مشكل».

ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخله المنقلعه،

بناءً على جواز الانتفاع بها في وجوهٍ أُخرى، كالتسقيف وجعلها جسراً ونحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى رحمهما الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورته عدم إمكان الانتفاع به في منفعه أُخرى الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً.

نعم، لو كان قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام «لا يجوز شراء الوقف» إلى غير هذه الحالة.

وكذا حبس العين وتسييل المنفعة، إنّما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتدّ بها موجوده، وإلا فمجرد حبس العين وإمساكه ولو من دون منفعه، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى.

ثمّ إنّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثمّ إنّك قد عرفت فيما سبق أنّه ذكر بعض: أنّ جواز بيع الوقف [١] لا يكون إلاّ مع بطلان الوقف وعرفت وجه التّنظر فيه ثمّ

الشرح:

[١] البعض هو صاحب «الجواهر» (١) رحمه الله، فإنه ذكر في وجه بطلان الوقف في صورته خراب الوقف أنّ من شرط الوقف كون العين مع بقائها صالحه للانتفاع الموقوف وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامه، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

الشرح:

عليهم، وهذا الشرط يكون مراعى في حدوث الوقف وبقائه.

وفيه: أنّه لا دليل على اعتبار ما ذكر إلاّ في حدوث الوقف، حيث إن الوقف في حقيقته تحريري وتمليكي وصرفي وانتفاعي، ولا يقتضى شيء من ذلك تمام الوقف بالخراب على ما تقدّم، مثلاً لا تخرج العين الموقوفه عن ملك البطن الموجوده أو الطبيعي بمجرد سقوطها عن قابليه الانتفاع بها، وكذلك في الوقف الانتفاعي فيما إذا لوحظ في الوقف الانتفاع ولو ببدلها.

والحاصل: ليس اشتراط الوقف بكون العين قابله للانتفاع بها إلاّ كاشتراط المالىه

ص: ٣٠٥

فى العوضين فى البيع، وإذا اشترى مالاً- وخرج بعد ذلك عن المالىه لا- يكون خروجه عنها موجبا لبطلان البيع وانحلاله. وفى المقام يكون سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع المعتد به مع عدم إمكان علاجها لا يوجب إلّا جواز بيعها وإبطال وقفيتها مطلقا كما فى الوقف الخاص، أو إلى بدل كما فى الوقف العام من الصرفى والانتفاعى على ما مرّ.

وألحق رحمه الله انعدام عنوان العين الموقوفه بصوره خرابها فى انحلال الوقف، كما إذا أوقف بستانا فغارت ماؤه ويست أشجاره فإنّه يبطل الوقف، وبطلانه لانتفائه العنوان عن العين المنشأ لها الوقف بذلك العنوان.

«وربما يؤيد ذلك بما ذكروا من أنه لو أوصى لزيد دارا وانهدمت الدار قبل موت الموصى بطلت الوصيه»(1)، وأورد المصنّف رحمه الله على ما ذكر من أنّ انعدام العنوان بعد تمام الوقف ليس كأنعدام عنوان المبيع بعدم تمام البيع، كما لو اشترى بستانا وغار ماؤه وفيه: ما عرفت سابقاً من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له فى الوقف المؤبد، مع أنّه لا دليل عليه. مضافاً إلى أنّه لا- دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامه، فإنّ الشروط فى العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المالىه ولا- يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أنّ جواز بيعه لا- يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم.

الشرح:

ويست أشجاره بعد ذلك، فإن ذلك لا يوجب انحلال البيع وخروج الأرض والأشجار اليابسه عن ملك المشتري.

وكذلك الأمر فى الوقف وحتّى فى الوصيه بعد تمامها، وأمّا بطلانها بانعدام العنوان قبل موت الموصى فهو باعتبار أنّ متعلق التملك فى الوصيه هو البستان حال موت الموصى؛ ولذا لا يعتبر وجود الموصى به حال الوصيه، ومع انعدام العنوان قبل موته لا يكون الموصى به، وإلى ذلك أشار رحمه الله: من أنّ بطلان الوصيه بانتفاء العنوان قبل موت الموصى من جهة أخرى، لا من جهة اعتبار بقاء العنوان فى بقاء الوصيه أو الوقف.

ص: ٣٠٦

أقول: ما ذكر رحمه الله حسن فيما إذا كان العنوان المأخوذ مشيراً إلى العين الخارجيه فقط، كما فى قوله: «بعت هذه بكذا»، وأما إذا لوحظ مشيراً إليها وتحدد الوقف بما دام ذلك العنوان، نظير العنوان المأخوذ فى موضوعات الأحكام، كما فى قوله: «أكرم كلّ عالم»، حيث إن عنوان العالم وإن يؤخذ عنواناً للخارج، إلا أنه مع ذلك لوحظ تحديد الحكم به فلا محاله يرتفع الوقف بارتفاع العنوان. وإذا قال: «وقفت هذا البستان على كذا مادام كونه بستاناً»، فبارتفاع العنوان عنه بالمره يرتفع الوقف وتعود العين بعده إلى ملك واقفها، أى يكشف عن عدم جعل الملكيه بعد ذلك للموقوف عليهم من الأول؛ ثم ذكر: أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً فى عنوان وقفه البستانيه، فخربت حتى خرجت عن قابليه ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف. واحتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقيه، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها، يدفعه: أن العرصه كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهى حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه، ولو فرض إرادته وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصيه: من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن «الداريه» و«البستانيه» ونحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف وإن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين.

أقول: يرد على ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب الشرح:

ولذا تدخل العين فى ملك ورثه الواقف زمان موته لا ورثته فى زمان زوال العنوان.

وإذا مات الواقف عن ولدين ثم مات أحد الولدين عن بنت فترث العين المزبوره البنت مع عمها بالمناصفه، نظير ما سيأتى فى غير هذا الفرض من الوقف المنقطع آخره، أى العين الموقوفه التى تبقى بعد انتهاء الموقوف عليهم. نعم، فيما إذا

لم تقم قرينه على تحديد الوقف بالعنوان، نظير ما في المثال، فمقتضى كون الوقف من قسم المعاملات كون العنوان مأخوذاً لمجرد الإشارة إلى العين كما لا يخفى.

بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير العنوان كما لا يخفى: أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنّه:

إن أريد ب «العنوان» ما جعل مفعولاً- في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا- شكّ في أنّه ليس إلّا كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التملك المعلق بعنوان، لا- يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلّقه بالعنوانات.

وإن أريد ب «العنوان» شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زياده على عنوانه؟

وأما تأييد ما ذكر بالوصيه، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه؟

نعم، الوصيه قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر.

ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

الصوره الثالثه: أن يخرب بحيث يقلّ منفعتّه، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسأله النخله المنقلعه، حيث جوز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجّاً بأنّه لا- يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه، لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده، ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه، وحكي موافقته عن الفاضلين والشّهيدين، والمحقّق الثّاني وأكثر المتأخّرين. وحكي في الإيضاح عن والده: أنّ النزاع بين الشيخ والحلّي

لفظى، واستحسنه، لأنّ فى تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعتها، والحلّى فرض وجود منفعه ومنع لذلك بيعها. قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعايه المنفعه المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعه الوقف من دون خراب، فلا- يجوز بذلك البيع إلا- إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجىء تفصيله.

الصّوره الرابعه: أن يكون بيع الوقف أنفع [١] وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعه الحاصله تدريجاً مدّه وجود الموقوف عليه. وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، وقد تقدّم عبارته، فراجع.

الشرح:

[١] المنسوب إلى المفيد (١) رحمه الله جواز بيع الوقف إذا كان أعود وأنفع للموقوف عليهم، وزيادة النفع قد تلاحظ بالإضافة إلى جميع الموقوف عليهم كما إذا اشترى بثمان الوقف عينا تكون وقفاً على قرار العين الموقوفه، وقد تلاحظ بالإضافة إلى البطن الموجود كما إذا قيل باختصاص الثمن للبطن الموجود.

ولكن لا- يخفى أنّه إذا كان الدليل على جواز البيع فى هذه الصوره روايه على بن رثاب عن جعفر بن حيان (٢) أو روايه «الاحتجاج» (٣) فمقتضاهما كون البيع أنفع وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبه إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبه إلى جميع البطنون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمانه. والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكلّ، بناءً على ما تقدّم: من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، وعلى تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أنّ كلام المفيد متأول.

وكيف كان، فلا- إشكال فى المنع، لوجود مقتضى المنع، وهو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، وغير ذلك. وعدم ما الشرح:

ص: ٣٠٩

١- (١) نسبة إليه الشهيد فى الدروس ٢ : ٢٧٩ ، والمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩ : ٦٨ ، وانظر المقنعه : ٦٥٢ ٦٥٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨ .

٣- (٣) الاحتجاج ٢ : ٣١٣ ٣١٢ ، ووسائل الشيعه ١٩ : ١٩١ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٩ .

بالإضافة إلى البطن الموجوده، بل مقتضى ما تقدّم أنّ مع بيع البطن الموجوده ينتهى التقدير الذى جعلت معه الملكيه للبطن اللاحقه على ذلك التقدير؛ ولذا يختص الثمن بالبطن الموجوده.

ومع الإغماص عن ذلك، ما ذكر المصنّف رحمه الله من ولاية البطن الموجوده أو بائع الوقف على إسقاط حقوق البطون الآتية قبل بيعهم؛ ليكون المبيع ملكا طلقا لهم فيباع لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه من المحتمل ولايتهم على التصرف فى الثمن الذى لا يكون ملكا طلقا لهم.

وتظهر الثمره بين هذا وما ذكره رحمه الله من صيروره الوقف ملكا طلقا للبطن الموجوده قبل بيعهم فيما لو انفسخ البيع المزبور لجهه، فإنّه الوقف يرجع إلى حاله بناءً على ما ذكرنا، وإلى البطن الموجوده طلقا بناءً على ما ذكره رحمه الله، وأيضا لو كان للبطن الموجود الولاية على إبطال الوقف قبل بيعهم لبطلت ملكيتهم للعين أيضا؛ لأنّ ملكيتهم كانت بالوقف فترجع العين إلى ملك الواقف كما لا يخفى.

وكيف ما كان، فالصحيح عدم صحه بيع الوقف وعدم جوازه حتّى فى هذه الصوره، باعتبار ضعف الروايتين سندا ودلاله على ما ستسمع.

يصلح للمنع عدا روايه ابن محبوب عن على بن رثاب عن جعفر بن حنّان، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّه له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّه ليس بينه وبينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كلّ سنه، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه، فقال عليه السلام: جائز للذى أوصى له بذلك. قلت: رأيت إن لم يخرج من غلّه تلك الأرض التى أوقفها إلاّ خمسمائه درهم؟ فقال: أليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلّه ثلاثمائة درهم، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّه شيئا حتّى يُوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: رأيت إن مات الذى أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميّت، يردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسّم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّه. قلت: فللورثه من قرابه الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّه؟ قال: نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا».

والخبر المروى عن الاحتجاج: أنّ الحميرى كتب إلى صاحب الزّمان جعلنى الله فداه : أنه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور:

«أنّ الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلاً، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع، أم لا- يجوز إلا- أن يجتمعوا كلّهم على ذلك؟ وعن الوقف الذى لا- يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام : إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين، إن شاء الله».

دلّت على جواز البيع، إمّا فى خصوص ما ذكره الرّواى وهو كون البيع أصلاً وإمّا مطلقاً، بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم روايه جعفر. كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ [١] فى روايه جعفر على صورته بيع تمام الوقف، لا اعتباره فى بيع كلّ واحد، بقرينه روايه الاحتجاج. ويؤيّد المطلب صدر روايه ابن مهزيار الآتيه لبيع حصه ضيعه الإمام عليه السلام من الوقف.

الشرح:

[١] حاصله: أنّ المستفاد من روايه جعفر بن حيان(١) اعتبار اجتماع أمور ثلاثه فى جواز بيع الوقف: الأول: حاجه الموقوف عليهم، أى البطن الموجوده. والثانى: كون البيع أنفع لهم من بقاء الوقف بحاله. والثالث: اجتماعهم على البيع، فلا يجوز لبعضهم بيع الوقف، ولكن الأمر الثالث لا- يعتبر فى بيع الحصه ويحمل اعتبار الاجتماع على صورته بيع تمام الوقف، فإن هذا الحمل مقتضى الجمع بين هذه الروايه وروايه «الاحتجاج»(٢) المجوزه لبعضهم بيع ما قدر عليه من حصته، وأنه لا يعتبر فى نفوذ هذا البيع اجتماع الموقوف عليهم على الرضا.

وبتعبير آخر: روايه الجعفرى دالّه بالإطلاق على عدم نفوذ بيع البعض حتّى فى حصته وروايه «الاحتجاج» داله على نفوذ خصوص بيع البعض حصته من الوقف فيرفع اليد عن الاطلاق بالثانى، ويؤيد ذلك صدر روايه على بن مهزيار(٣) الآتيه الدالّه

ص: ٣١١

١- (١) مرّت آنفاً .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٧ ١٨٨ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٥ و ٦ .

على إذنه عليه السلام فى بيع حصته من الوقف مع كونها بعضا منه، ويبقى اعتبار الأمرين الأولين.

ولا- يمكن الاستدلال بالرواية على جواز بيع الوقف لمجرد بيعه أنفع للموقوف عليهم كما هو المفروض فى الصورة الرابعة، بل يمكن أن يقال بأن مدلول الرواية جواز والجواب: أما عن روايه جعفر، فبأنها إنما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزاهة. وسيجىء الكلام فى هذا القول. بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعديداً، بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل، يعنى: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع ورأيت أنه أصلح من تركه فبع، وهذا ممّا لا يقول به أحد. ويحتمل أيضاً أن يراد من الخير خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل.

الشرح:

بيع الوقف لمجرد حاجة الموقوف عليهم وليس كون البيع خيراً لهم شرطاً فى جوازه، فإن قوله عليه السلام: «وكان البيع خيراً لهم»، تمهيداً لذكر الجواب وهو جواز البيع مع حاجتهم إلى ثمنه وليس من الشرط التعبدى. ووجه ذكره تمهيداً أنّ الموقوف عليهم حيث لا يقدمون عادة على البيع فيما إذا لم يكن البيع أصلح بحالهم ولا يحصل لهم الداعى إلى البيع المزبور إلا فى هذا الحال، ذكر أنه إذا كان البيع أصلح بحيث حصل لهم الداعى إلى البيع فلا بأس.

والحاصل: الشرط المزبور لا يكون قيداً لجواز البيع، بل من قبيل فرض الداعى إلى البيع، مع احتمال أن يراد بكون البيع خيراً لهم رفع حاجتهم التى فرضها السائل، فيكون ظاهر الرواية أو محتملها جواز البيع مع حاجة الموقوف عليهم إلى ثمنه، وهذا غير الصورة الرابعة، بل أمر لم يلتزم به أحد كما يأتى فى الصورة الخامسة.

لا- يقال: روايه الجعفرى وارده فى الوقف المنقطع للاقتصار فيها بذكر الأعقاب ولم يذكر فيها أنّ المال كان وقفاً على فقراء المسلمين مثلاً مع انقضاء الأعقاب ليكون وقفاً مؤبداً. فإنه يقال: عدم ذكر ذلك لا يدل على الانقطاع، بل كان على

وعن المختلف وجماعه الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد، لاقتصاره على ذكر الأعتاب.

وفيه نظر، لأنَّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلُّ على الاختصاص، إذ يصحُّ أن يقال في الوقف المؤبد: إنَّه وقف على الأولاد مثلاً، وحينئذٍ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم.

وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيَّة إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به، عدا ما يوهمه ظاهر عبارته المفيد المتقدِّمه.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن روايه الحميرى [١].

الشرح:

الإمام عليه السلام الاستفصال في جوابه بين كون الوقف مؤبداً كما ذكر أم لا- على تقدير الفرق بينهما في الحكم، مع أنه لا يمكن الالتزام بجواز بيع وقف المنقطع أيضاً بمجرد حاجه البطن الموجوده، ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله بقوله: فافهم.

[١] لا- يخفى أنَّ روايه الحميرى (١) ظاهرها جواز بيع الوقف فيما إذا لم يكن المال موقوفاً على إمام المسلمين، ولم يؤخذ فيها قيد الحاجه، بل لم يؤخذ فيه كون البيع أصلح بناءً على إطلاق الذيل وعدم كونها في صدرها شرطاً تعديداً، فكيف يظهر الجواب عنها ممَّا ذكره في روايه الجعفرى (٢)؟ وأيضاً إذا فرض أنه ليس كون البيع خيراً شرطاً تعديداً لقضاء العاده بأن الإنسان لا يُقدِّم على البيع إلا- إذا كان أصلح لجرى ذلك في الحاجه أيضاً، فإن الإنسان لا يقدم عاده على بيع سكنه أو ضيعته إلا إذا كان محتاجاً إلى ثمنه. فلا- تكون الحاجه إلى الثمن ككون البيع خيراً شرطاً تعديداً، مع أنَّ الحاجه قد تمَّ لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأوَّل البائع يتصرف فيه على ما شاء.

ومنه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد، فإنَّ مقتضى كون العين مشتركه بين البطن كون بدله كذلك، كما تقدَّم من استحاله كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصوره والتصرّف في الثمن رخصه

ص: ٣١٣

١- (١) وهى الروايه الوارده فى الاحتجاج التى مرّت آنفاً.

٢- (٢) مرّت آنفاً .

من الشّارع للبائع فى إسقاط حقّ اللّاحقين أنّا ما قبل البيع نظير الرّجوع فى الهبة المتحقّق ببيع الواهب لثلاً يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصّاً.

الشّرح:

فرضت فى السّؤال ولم تؤخذ فى الجواب لىوجب رفع اليد عن إطلاق الجواز الوارد فى روايه الحميرى .

والحاصل: أنّ مقتضى الروايتين جواز بيع الوقف فيما إذا لم تكن العين موقوفه على إمام المسلمين مطلقاً، أو فيما كان البيع أصلح بحال البطن الموجوده ولا يعتبر فيه حاجه الموقوف عليهم.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر النّائينى رحمه الله من أنّ النسبه بين روايه الحميرى ومثل روايه أبى على بن راشد(١) الدالّه على عدم جواز بيع الوقف وشرائه هى التباين(٢)، ولكن صوره الخراب خارجه عن مدلول روايه أبى على بن راشد، حيث تقدّم جواز شراء الوقف فى تلك الصوره، وبعد إخراج تلك الصوره عن مدلولها تكون أخص مطلق بالاضافه إلى روايه الحميرى فيرفع اليد بها عن إطلاق روايه الحميرى الصّوره الخامسه: أنّ يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده. وقد تقدّم عن جماعه تجويز البيع فى هذه الصّوره، بل عن الانتصار والغنيه: الإجماع عليه. ويدلّ عليه روايه جعفر المتقدّمه.

الشّرح:

وكذا روايه الجعفرى بحملهما على صوره خراب الوقف. فتكون النتيجة عدم جواز بيع الوقف فى غير صوره الخراب وجوازه فيها.

ووجه الظهور: أنّ روايه أبى على بن راشد فى نفسها لا تعمّ صوره الخراب فكيف تكون النسبه بينها وبين روايه الحميرى التباين ليعالج بما ذكر؟ هذا أولاً.

وثانياً: أنّه لا يمكن حمل روايه الحميرى على صوره خراب الوقف، فإنّ هذا الحمل لولم يكن من حمل الإطلاق على الفرض النادر فلا أقل من كونه منافياً للتفصيل بين ما إذا كان الوقف على إمام المسلمين وغيره كقوم من المسلمين، فإنّ جواز البيع فى

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل .

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٨٧ .

صوره خراب الوقف يعمّ كلا القسمين، وروايه ابن حنان(١) قد فرض فيها ثبوت الغلّة للأرض الموقوفه.

وثالثاً: أنّ النسبه بين الروايتين العموم من وجه، لأخذ خصوصيه عدم الخراب في روايه أبي علي بن راشد المانع عن بيع الوقف وأخذ خصوصيه الوقف على غير الإمام في الروايه المجوّزه، فتعارضان فيما إذا لم يخرب الوقف على غير الإمام، وبعد تساقطهما يرجع إلى عموم حل البيع كما لا يخفى. وأما صدر صحيحه على بن مهزيار(٢) الداله على جواز بيع حصه الإمام عليه السلام من الوقف، فلم يظهر منها أنّ البيع المزبور بيع بعد تمام الوقف كما يأتي.

....

الشرح:

وعن بعض الأجلّه(٣) أنّه يحتمل أن يكون البيع الأرض المفروضه في روايه جعفر بن حيان على القاعده بأن لا يكون المراد من وقف الغلّة الوقف المصطلح، فإنّه لم يفرض في الروايه وقف الأرض ذات الغلّه، بل ذكر فيها وقف الغلّه. وكما يحتمل يكون المراد بالغلّه الأرض ذات الغلّه يحتمل أن يراد بالوقف معناه اللغوي، أي الإسكان والإيقاف عليهم بأن يعين المالك الغلّه على قرابته من أمّه وأبيه بعد إخراج مقدار منها يقدر بثلاثمئه درهم على الآخر الذي لا قرابه بينه وبين الواقف.

والحاصل: أنّ الوقف بمعناه اللغوي تصح نسبته إلى الغلّه والمنفعه، وما ذكر في الروايه رجل أوقف غلّه على قرابته؛ إما أن يراد به الوقف المصطلح بأن يحمل الغلّه على الأرض ذات الغلّه، حيث إن المنفعه بنفسها غير قابله للوقف، وإما أن يراد من وقف الغلّه معناها اللغوي، ويؤيد ذلك ما في نسخه «التهذيب»: أوقف غلّه له(٤)، والإيقاف كما قيل بأن استعماله في الوقف المصطلح قليل. وما في قوله: «من غلّه الأرض التي وقفها»، يحتمل أن يكون (التي . . .) وصفاً للغلّه لا الأرض، و(من) في قوله: «يرد ما يخرج من الوقف»(٥) بيانا لما يخرج، وعلى ذلك يكون بيع الأرض مع

ص: ٣١٥

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨ .
- ٢- (٢) مرّت آنفاً .
- ٣- (٣) الجواهر ٢٢ : ٣٧٢ .
- ٤- (٤) التهذيب ٩ : ١٣٣ ، الحديث ١٢ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨ .

هذا الإيقاف اللغوى على القاعده، ويرجع الموصى له إلى المشتري بمقدار حقه أو يشترط البائع على المشتري حقه إليه.

أقول: إن كان المراد من وقف الغله أو إيقافها الإيقاف الخارجى بأن هيا حال حياته أرضا ذات غله وتركها لتكون غلتها فى تناول يدى قرابته من أبيه وأمه مع الوصيه ويرده: أن ظاهر الروايه أنه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمؤونه سنه الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقل مراتب الفقر الشرعى [١] والمأخوذ فى عبارته من تقدم من المجوزين اعتبار الضروره والحاجه الشديده وبينها وبين مطلق الشرح:

ببعض الغله للآخر يكون المراد بالغله أيضا الأرض ذات الغله، وأنه لا وجه للسؤال بذلك التعبير، بل المناسب أن يقول: رجل ترك أرضا ذات غله وأوصى من غلتها للآخر. هذا، مع أن التعبير عن الوقف المعروف بالإيقاف غير عزيز، فلاحظ حسنه أبى على بن راشد المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام: «ادفعها إلى من أوقف عليه». وإن كان المراد الإيقاف المعاملى، فلا نتصور تلك المعامله إلا الحبس المعروف بالعمرى والوصيه والوقف بمعناه المعروف.

والحبس المعروف بالعمرى لا يلائم ما فى ذيلها من تجويز البيع بعد انقضاء الموصى له وعقبه لورثه قرابه الميت إن لم يكفهم الغله، حيث إن ذكر عدم كفايه الغله قرينه على أن المراد من الورثه، الورثه للقرابه من أبيه وأمه لا- ورثه نفس الميت، ولو كان الأرض ذات الغله حبسا كما ذكر لكان البائع ورثه نفس الميت، أى ولو كانوا ورثه ورثته.

وإرادته الوصيه من الوقف بقرينه التفصيل بين قرابه الميت من أبيه وأمه والآخر الأجنبى فى التعبير غير مناسب، أضف إلى ذلك ما فى الروايه من موارد الظهور فى الوقف المعروف كقوله: «يرد ما يخرج من الوقف»، وكون التى وقفها وصفا لنفس الأرض.

[١] ذكر فى السؤال حاجه الموقوف عليهم وعدم كفايه الغله لهم، والظاهر أن الثانى بيان لحاجتهم وأن المراد عدم كفايتها لمؤونه سنتهم، فيكون ظاهر الجواب جواز

بيع العين الموقوفه مع فقر الموقوف عليهم وإمكان علاجه بالبيع المزبور. وأما الحاجه الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجه شديده، بل مطلق الحاجه لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه، وقد يتفق الحاجه والضّروره الشديده في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنه سنته. فالزوايه بظاهرها غير معمول بها. مع أنه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجه.

وكيف كان فلا يبقى للجواز عند الضّروره الشديده إلاّ الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعه، وفي الخروج بهما عن قاعده عدم جواز البيع، وعن قاعده وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين وجماعه من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته بالإجماع المدعى في السرائر إشكال.

الصّوره السّادسه: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه [١] أو إذا كان فيه مصلحه البطن الموجود أو جميع البطن، أو عند مصلحه خاصّه على حسب ما يشترط. فقد اختلفت كلمات العلّامه ومن تأخّر عنه في ذلك.

الشرح:

الشّديده المعبر عنها بالاضطرار العرفي فهي أمر آخر غير الفقر الشّرعي، والنسبه بينهما عموم من وجه، ومن الظاهر أنّ الدليل على ثبوت الحكم لعنوان تكون النسبه بينه وبين الآخر العموم من وجه لا- يقتضى ثبوت ذلك الحكم لذلك العنوان الآخر. والمتحصّل: أنّه لا يمكن إثبات جواز بيع العين الموقوفه في الصّوره الخامسه كالزّابعه والثالثه.

[١] الظاهر أنّ المراد اشتراط الواقف أن يبيع الموقوف عليهم العين الموقوفه عند حاجتهم إلى ثمنه، وأمّا إذا كان الشرط بيع الواقف العين لنفسه عند حاجته إلى ثمنه فإن كان وقفه بعنوان الصدقه كما إذا كان بقصد القربه فلا ينبغى الرّيب في بطلان شرطه، فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضّرر كالخراج والمؤن من قبل الظّالم وشراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز، انتهى.

وفي القواعد: ولو شرط بيعه عند الضّروره كزياده خراج وشبهه وشراء غيره بثمانه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلّه نفعه، ففي

صحة الشرط إشكال. ومع البطلان، ففي إبطال الوقف نظر، انتهى.

الشرح:

فإن كل ما كان بقصد القربه فلا يجوز الرجوع فيه، سواء كان بالإنشاء أو بالفعل، ومن الفعل البيع المشترط.

بل يمكن أن يقال: بطلان الوقف مع الاشتراط المزبور، كما ربما يستظهر من صحيحه ابن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» (١). أضف إلى ذلك عدم إحراز صدق عنوان الوقف مع الاشتراط المزبور؛ ليعمّ قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢). وبهذا يظهر الحال فيما إذا لم يكن مع الاشتراط المزبور قصد القربه.

والحاصل: مع عدم إحراز صدق عنوان الوقف يؤخذ باستصحاب بقاء المال في الملك، وهذا بخلاف صورته اشتراط البيع للموقوف عليهم في بعض الموارد، فإن الاشتراط لا ينافي الوقف كما يظهر ذلك من صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الآتيه الوارده في الوقف ينبع.

وذكر في الإيضاح في وجه الجواز روايه جعفر بن حنّان المتقدمه، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع: أن الوقف للتأيد، والبيع ينافيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

وقال الشهيد في الدروس: ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنه بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان اشتراط البيع للموقوف عليهم مطلقاً بأن يبيعوا العين في أي زمان شاؤوا فلا يبعد منافاته لأصل الوقف أيضاً، خصوصاً فيما إذا لم يكن فيه قيد كون البدل وقفاً أو شراء البدل، فإن حقيقه الوقف في حدوثه يتقوم باشتراط إبقاء العين بحيث لا ينافيه الاستثناء في بعض الموارد.

ص: ٣١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٧، ١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون اشتراط البيع كذلك منافياً لقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»^(١)، ولا يفيد مع النهى الوضعى مثل قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، فإنه لا يعمّ إلا الالتزام والإلزام بين الطرفين مطلقاً، أو لم يكن ابتدائياً كما إذا كان فى ضمن عقد والوقف لا- يكون من العقد ولا- الشرط فيه بمعنى الإلزام والالتزام من الطرفين. ولا قوله: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، فإنه مقيد بما إذا لم يكن إنشاء الوقف على نحو غير مشروع، وإنشأؤه بحيث جاز بيعه وشراؤه وقف بوجه غير مشروع، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف».

وعلى الجملة: لا يرفع اليد عن النهى فى بيع الوقف إلا فيما كان الاشتراط للموقوف عليه بمنزلة الاستثناء عما يقتضيه الوقف فى بعض الموارد.

ويظهر منه: أنّ للشّروط تأثيراً، وأنّه يحتمل المنع من دون الشرط، والتّجوز معه. وعن المحقّق الكركى أنّه قال: التحقّق أنّ كلّ موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنّه شرط مؤكّد، وليس بمناف للتأييد المعتبر فى الوقف، لأنّه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، وما لا، فلا [١] للمنافاه. فلا يصحّ حينئذٍ حبساً. لأنّ اشتراط شراء شىء بثمنه يكون وقفاً منافاً لذلك لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال بعد التمسّك فى الجواز بعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» «والمؤمنون عند شروطهم» بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرّو مسوّغاته، فإنّ التحقّق كما عرفت سابقاً أنّ جواز البيع لا- يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً. ثمّ إنّ لو سلّم المنافاه فإنّما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأمّا تبديله بوقف آخر فلا تنافى بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرّف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأمّا حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه وتجرّده عن مسوّغات الإبدال، شرعيّه كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشراط فى متن العقد، فتأمل.

ص: ٣١٩

١- (١) المصدر: ١٨٥، الباب ٦، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

الشرح:

[١] يعنى إذا لم يكن شرط البيع فى موارد يجوز بيع الوقف فيها بلا اشتراط فلا يصح لا الشرط ولا الوقف، بل لا يقع التصرف المزبور حبساً أيضاً، والوجه فى عدم وقوعه حبساً أنّ مورد الحبس يبقى المال فى ملك الحابس ويكون للمحبوس له ملك الانتفاع، وإلزام الواقف فى الفرض بشراء البدل ينافى بقاء المال على ملكه، باعتبار ظاهر شرط شراء البدل فرض خروج المال عن ملكه.

ثمّ إنّه روى صحيحاً فى الكافى ما ذكره أميرالمؤمنين عليه السلام فى كيفيته وقف ماله فى عين ينبع. وفيه: «فإن أراد يعنى الحسن عليه السلام أن يبيع نصيباً من المال» [١]

ليقضى به الدّين ليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرى الملك. وإنّ ولد على ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن على. وإن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقه فبداله أن يبيعها فليبيعها إن شاء ولا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً فى سبيل الله ويجعل ثلثاً فى بنى هاشم وبنى المطلب وثلثاً فى آل أبى طالب، وإنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

الشرح:

والحاصل: لا يكون التصرف المزبور وفقاً لبطلانه ببطلان شرطه، ولا يقع حبساً لما ذكر.

أقول: عدم وقوع الحبس باعتبار عدم قصده، وإلا - شرط شراء البدل؛ ليكون وفقاً على قرار المبدل، لا ينافى بقاء المال على الملك كما فى الوقف الانتفاعى.

[١] ظاهره إرادته بيع بعض الوقف فتكون الزوايه دليلاً على جواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجوده، وحمله على إرادته بيع بعض ثمرته ضعيف، فإنه لو كان المراد بيع ثمره الوقف وصرّف ثمنه فى أداء دينه لكان الأنسب أن يقول: فإن أراد أن يقضى به دينه فلا حرج عليه. فالعدول عن الضمير إلى الاسم الظاهر أى التّصيب من المال مع ذكر البيع بقريته ما قبله من «أنه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله فى حلّ محلّ لا حرج عليه» (١) ظاهره إرادته بيع الوقف.

وكذا قوله: فبدا له أن يبيعها فليبيعها، حيث إنّ الضمير يرجع إلى دار الصدقه

ص: ٣٢٠

واحتتمال رجوعه إلى داره عليه السلام ضعيف؛ لأنّ جواز بيع الحسن عليه السلام داره لا- يحتاج إلى ثمّ قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث. فإنّ الآخر منهما ينظر في بنى عليّ إلى أن قال: فإنّه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم، وإنّه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله وينفق الثّمرة حيث أمره به من سبيل الله ووجهه وذوى الرّحم من بنى هاشم وبنى المطلب والقريب والبعيد، لا- يباع شىء منه ولا- يوهب ولا يورث. . . الزّوايه». وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما ينتفعون به. والسّند صحيح، والتأويل مشكل [١] والعمل به.

الصّوره السّابعه: أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه [٢] علماً أو ظناً، وهو المعبر عنه الشّرح:

الاشتراط عليه. أضف إلى ذلك اشتراط تقسيم ثمنها أثلاثاً.

[١] فإنّ الروايه ظاهرها وقف الأموال المزبوره لا الوصيه بها، ويفصح عن ذلك قوله عليه السلام: «وإن الذى كتبت من أموالى هذه صدقه واجبه بتله حياً أنا أو ميتاً» (١)، حيث إنّه لو كانت وصيه لكانت صدقه واجبه بعد مماته عليه السلام فقط.

والمتحصّل أنّ الروايه ظاهرها الوقف العام الصرفى وقد اشترط فيه للمتولى الإذن فى بيع نصيب من المال حينما أراد به قضاء الدّين أو مطلقاً، كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن شاء جعله شروى الملك» (٢). ولا يبعد التّعدى إلى الوقف الخاصّ؛ لعدم احتمال الفرق، بل إلى صوره اشتراط بيع تمام الوقف وتملكه؛ لما ذكرنا من عدم احتمال الفرق كما لا يخفى.

[٢] الصّوره السّابعه: وهى صوره الخوف من بقاء الوقف وعدم بيعه إلى خرابه ب «خوف الخراب» فى كثير من العبائر المتقدّمه. والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، وقد يكون لا له. والخراب المعلوم أو المخوف، قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتدّاً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعه. وأمّا إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلاّ على ما استظهره بعض من تقدّم كلامه سابقاً: من أنّ تغيّر عنوان الوقف

ص: ٣٢١

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) المصدر السابق.

يسوّغ بيعه وقد عرفت ضعفه. وقد عرفت من عبارات جماعه تجويز البيع في صورته التأديبه إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقيدهم به.

الشرح:

مستقبلاً، بأن علم ذلك أو ظن، سواء كان ذلك للاختلاف بين الموقوف عليهم أو لأمر آخر. والمراد بالخراب إما سقوط العين الموقوفه عن المنفعه المعتد بها، أو ما يعم نقص المنفعه.

وأما إذا كان الخراب غير موجب لسقوطها عن المنفعه المعتد بها، بأن فرض الانتفاع بها بوجه آخر، كما إذا كان الوقف قبل خرابه بستاناً وبعد خرابه تصير أرضاً زراعيه لا تقل منفعتها عن منفعه البستان، لم يجز بيعها. نعم، لو قيل بأن زوال عنوان الوقف يوجب انتهاء الوقف كما تقدّم عن صاحب الجواهر رحمه الله، جاز بيعها(1).

والصّوره الثّامنه: وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم المؤدى مع بقاء الوقف وعدم بيعه إلى تلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً. والفرق

بين الصورتين أنّ الصوره السابعه لم تؤخذ فيها خصوصيه الاختلاف بين الموقوف عليهم، ولكن أخذت خصوصيه العلم أو الظن بخراب الوقف مستقبلاً. وفي الصّوره الثّامنه أخذت خصوصيه اختلاف الموقوف عليهم ولكن لم يؤخذ الأداء إلى الصوره الثّامنه: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا- يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظن بذلك. فإن الظاهر من بعض العبارات السابقه جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصوره التاسعه: أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الشرح:

خراب خصوص الوقف، بل الخوف فيها تلف المال سواء كان مال الوقف أو غيره، بل لم يؤخذ خصوص تلف المال، بل يعم تلف النفس، كما لم يؤخذ خصوص العلم أو الظن، بل ما يعم احتمال التلف.

الصّور التاسعه: أنّ يكون بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدى مع بقاء الوقف

ص: ٣٢٢

وعدم بيعه إلى ضرر كبير، سواء كان الضرر ضرر العرض أو النفس.

الصورة العاشره: أنّ يكون بقاء الوقف وعدم بيعه موجبا للفساد والخلاف بين الموقوف عليهم، بحيث يكون الاختلاف والفساد مظنه تلف النفوس واستباحتها.

وذكر رحمه الله أنه لو كان بقاء الوقف وعدم بيعه في هذه الصورة مؤدياً إلى خراب الوقف بحيث لا تكون له منفعة معتد بها، بأن يكون ساقطاً عن المنفعة رأساً، فلا يبعد جواز بيعه، وأمّا في غير ذلك فلا، والوجه في جواز بيعه في الصورة المزبوره فلأن بيعه لا ينافي وقف الواقف وغرضه كما لا تنافيه الأدله الشرعيه ولا حقوق البطون الآتيه المعبر عنها فيما تقدم بحق الواقف وحق البطون وحق الشارع.

أمّا عدم منافاته لوقف الواقف وغرضه فإنّ غرضه الانتفاع بالعين، وإذا أحرز أنه لا يمكن الانتفاع بالعين مستقبلاً ودار الأمر بين عدم الانتفاع لا بشخصها ولا بنوعها، بأن يبقى الوقف بحاله حتى يخرب أو ينتفع لا بشخصه، بل بنوعه بأن بيع بما يبقى لانتفاع البطون، فإنّ الثاني أقرب إلى غرض الواقف ووقفه. والأدله الشرعيه المانعه عن الصورة العاشره: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس، والأقوى: الجواز مع تأديه البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، والمنع في غيره من جميع الصور.

أمّا الجواز في الأول، فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى، فليس فيه منافاه لغرض الواقف أصلاً.

الشرح:

بيع الوقف أيضاً لا تعمّ الغرض؛ لعدم تمام الإجماع فيه على عدم جواز البيع، والروايه المانعه منصرفه إلى غيرها، كما مر في بيان جواز البيع في الصورة الأولى.

إن قلت: ما الفرق بين هذا الفرض والصيوره الأولى؟ قلت: كان المفروض في الصورة الأولى عدم وقوع البيع قبل الخراب وإمكان بيع الوقف بعد خرابه وشراء ما يصلح لكونه وقفاً، والمفروض في هذه الصورة إمكان البيع قبل خراب الوقف وإمكان شراء البدل بما تنتفع به البطون، بحيث لا يمكن بيعه وشراء البدل وتحصيل البدل بعد الخراب.

أقول: لو كان الوقف بحيث لا يمكن بيعه بعد الخراب أو كان البديل المشتري به بعد الخراب ممّا لا يكون له نفع معتد به فلا ينبغي الإشكال في جواز بيعه في آخر أزمته إمكان بيعه وشراء البديل فيما إذا كان الوقف من وقف العام، سواء كان صرفياً أو انتفاعياً، فإن المفروض فيه قيام القرينه العامه على شرط بقاء الوقف مهما أمكن على ما تقدم. وأما إذا أمكن البيع وشراء البديل بعد الخراب أيضاً ولو كان البديل قليل المنفعه بالإضافة إلى العين الموقوفه حال عمارتها، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز وأما الأدله الشرعيه، فغير ناهضه، لاختصاص الإجماع، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصوره.

وأما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، وقيام الناظر العامّ أو الخاصّ مقام غير الموجود. نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرّر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البديل، أو كون البديل قليل المنفعه بالنسبه إلى الباقي.

وممّا ذكر يظهر أنّه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه [١] ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال. ولو دار الأمر بين بيعه الشرح:

شراء الوقف» (١)، بل قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

وأما الوقف الخاصّ، فإن كان الخراب المترقب في زمان البطن الموجوده بحيث لا يمكن بيعه بعد فعلية الخراب جاز بيعه في آخر أزمته إمكانه ويصير الثمن ملكاً للبطن الموجوده، حيث تقدم أنّ لهم نفى التقدير الذي جعل معه الملك للبطن اللاحقه مع فعلية الخراب، ويجرى ذلك الوجه في الفرض. وأما إذا كان الخراب المترقب في زمان البطن اللاحقه فلا موجب معه لرفع اليد عن إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، فتدبر جيداً.

[١] يعنى إذا فرض إمكان بيع الوقف واستبداله بعين أخرى في زمان لا يمكن بعده البيع ولا الاستبدال فالجواز ظاهر، وأما إذا فرض إمكان البيع في ذلك الزمان ولكن لا يمكن شراء البديل فيه بحيث لو أريد شراء البديل فلا بد من وقوع البيع قبل ذلك

ص: ٣٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

الزمان، ففي تقديم جانب البطون بتقديم البيع إشكال.

والإبدال به، وبين صرف منفعة الحاصله مدّه من الزمان لتعميره ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف وسائر البطون المتأخّره المتعلّق بشخص الوقف وجهان لا يخلو أوّلهما عن قوّه [١] إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدّماً على الموقوف عليه.

وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا، بما عن التنقيح: من أنّ بقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعه وإتلاف للمال، وهو منهى عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً. ولعلّه أراد الجواز بالمعنى الأعمّ، فلا يرد عليه: أنّه يدلّ على وجوب البيع.

وفيه: أنّ المحرّم هو إضاعه المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلّا لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

والحاصل: أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير. ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكّره والمهدّب وغايه المرام: من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعدّرت، فيجوز إخراجه عن حدّه، تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها الشّرح:

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم الإشكال في تقديم البيع في الوقف الصرفي أو الانتفاعي للزوم إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بنوعه، وأما في الوقف الخاص فلا يقدم البيع على ما ذكر.

[١] قد تقدم أنه إذا دار الأمر بين صرف منافعه على عمارته لتبقى العين للبطون أو صرفها على البطن الموجوده فالأظهر صرفها لعمارتها، خلافاً للمصنّف رحمه الله، حيث رجح الثاني. ووجه ما ذكرنا: أنّ ظاهر الوقف هو أنّ للموقوف عليهم المقدار الباقي من حاجه الوقف.

تضييع للغرض، كما أنّه لو تعطّل الهدى ذبح في الحال وإن اختصّ بموضع، فلنّياً تعدّرت مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاص المتعدّرت.

وفيه: أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنّه الذي دلّ عليه صيغه الوقف، والمفروض تعدّرته فيسقط. وقيام الانتفاع بالنوع مقام

الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض. فالأولى منع جريان أدله المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعه رأساً، وجعل ذلك مؤيداً.

وأما المنع في غير هذا القسم من الصوره السابعه وفيما عداها من الصور اللاحقه لها، فلعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّه في ملكك»، فإنّ ترك الاستفصال [١] فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزه وعدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحه يدلّ على أنّ الوقف ما دام له غلّه لا يجوز بيعه. وكذا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»، وما دلّ على أنّه: يترك حتّى يرثها وارث السماوات والأرض.

الشرح:

[١] يعنى لو جاز بيع الوقف فى غير سقوط العين عن الانتفاع لما أجاب عليه السلام فى روايه عليين راشد(١) بعدم جواز شراء الوقف بلا استفصال، والوجه فى ذلك أنه لو كان فى البين مجوّز آخر لبيعه غير خرابه يكون للمشتري الشراء مع احتمال ذلك المجوز حملاً لفعل البائع على الصحه. ولكن على الإمام عليه السلام الاستفصال عن احتمال ذلك المجوز وعدمه، فحكمه عليه السلام بعد الجواز من غير استفصال مقتضاه عدم جواز بيع الوقف المعمور.

هذا كلّه، مضافاً إلى الاستصحاب فى جميع هذه الصور وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهوره التى انحصرت تمسيك كلّ من جوزه فى هذه الصور فيها، وهى مكاتبه ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام: أنّ فلاناً ابتاع ضيعه فأوقفها، وجعل لك فى الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك فى بيع حصّتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفه؟ فكتب إلى: أعلم فلاناً أنّى أمره ببيع حصّتى من الضيعه، وإيصال ثمن ذلك إلى، إنّ ذلك رأى إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له. قال: وكتبت إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعه اختلافاً شديداً، وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسان

ص: ٣٢٤

منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه: وأعلمه أن رأبي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز [١] بها في القسم الثاني من الصورة السابعه، بناءً على أن قوله: «فإنه . . . الخ» تعليل لجواز البيع في صورته الشرح:

لا يقال: لو تمّ لكان مقتضياً لعدم جواز بيع الوقف المعمور حتى في صورته إحراز خرابه مستقبلاً، فإن مع عدم خرابه فعلاً ووجود الغله له يدخل في ظاهر النهي عن الشراء، فإنه يقال: نعم، ولكن قد تقدم جواز البيع مع اشتراط البائع والقرينه العامه في الوقوف العامه على إبقاء الوقف مهما أمكن مساوق لاشتراط بيعه في آخر أزمته إمكان البيع والاستبدال على ما تقدم.

[١] المراد بالقسم الثاني من الصورة السابعه كون بقاء الوقف وعدم بيعه مؤدياً علماً أو ظناً إلى خرابه، بمعنى قلّه منفعتّه، كما أن المراد بالقسم الأول ما إذا كان بقاؤه مؤدياً كما ذكر إلى سقوطه عن الانتفاع رأساً بحيث لا يبقى له منفعة معتدّ بها.

الاختلاف، وأن المراد بالمال هو الوقف، فإنّ ضمّ النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنّه كلّما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

الشرح:

وقد أورد رحمه الله على دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف في القسم الثاني المزبور بأمور:

الأول: أنّ المدعى في ذلك القسم جواز بيع ما إذا علم أو ظن أداء بقائه إلى خرابه كما هو تصريح بعض (١)، وظاهر تعبير بعض آخر عنه بخوف الخراب (٢)، والخوف كما يظهر من كلماتهم وموارد استعمالاتهم لا يصدق بمجرد الاحتمال ما لم يكن في البين أماره، كما في خوف الضرر في وجوب الإفطار وحرمة السفر مع خوف الهلاك . . . إلى غير ذلك. مع أنّ الوارد في الروايه لفظ «ربما» وظاهرها يعم الاحتمال حتى ما إذا كان ضعيفاً.

الثاني: أنه على تقدير كون المراد بالمال في الروايه الوقف، فظاهر تلفه سقوطه

ص: ٣٢٧

١- (١) الشرائع ٢: ٢٧٠، والقواعد ٢: ٢٣، واللمعه: ٩٥، وغيرها.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٠٠، والغنيه: ٢٩٨، والجامع للشرائع: ٣٧٢، وغيرها.

عن الانتفاع رأساً كما هو القسم الأول من الصورة السابعة، فلا تعمّ الرواية القسم الثاني.

الثالث: أنّ ظاهر تلف المال فى مقابل تلف النفس تلف مطلق المال، سواء كان هو الوقف أو غيره، فىكون مقتضى الرواية جواز بيع الوقف تحفظاً للمال الآخر، وهذا غير المدعى.

أقول: الخوف كما يظهر للراجع إلى وجدانه حاله يحصل للنفس بمجرد الاحتمال أيضاً، غاية الأمر قد لا يكون مجرد الخوف موجباً للحكم، كما فى السفر المخوف فيه هلاك الشخص، فإنه لو كان بمجرد موجباً لحرمة لا يبقى فى البين سفر وفيه: أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا- مجرد كونه ربما يؤدى إليه المجامع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظ «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته ولا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقائه إلى الخراب، لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم: «أدى بقاؤه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه».

والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم: «يجب الإفطار والتميم مع خوف الضرر»، «ويحرم السفر مع خوف الهلاك» لا- يتحقق إلا- بعد قيام أماره الخوف. هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذى جوّزنا فيه البيع، فلا- يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنّه لا وجه بناءً على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف. وأمّا تقريب الاستدلال بالمكاتبه [١] على جواز البيع فى الصورة الثامنة وهى صورته وقوع الاختلاف الذى ربما أوجب تلف الأموال والنفس فهو: أنّ الشرح:

حلال يوجب القصر إلا نادراً، ويكون ذلك قرينه على كون المراد به السفر الذى فيه أماره موجبه للظن بالهلاك كما لا يخفى.

[١] الصورة الثامنة: ما إذا كان بين الموقوف عليهم خلاف بحيث يخاف تلف المال أو النفس فى صورته بقاء الوقف وعدم بيعه، والوجه فى جواز البيع فيها ظهور المكاتبه فى اعتبار الاختلاف الخاص وجواز البيع معه؛ لأنّ الوارد فيه وإن كان جواز

البيع مع اختلاف الموقوف عليهم، إلا أن تعليل الجواز بأنه ربما يجيء في الاختلاف تلف المال والنفس مقتضاه تقييد الاختلاف بالاحتمال المزبور.

الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلا أن قوله: «فإنه ربما . . . الخ» مقيد بالاختلاف الخاص وهو الذى لا يؤمن معه من التلف، لأن العلة تقيد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرمان لأنه حامض.

وفيه: أن اللازم على هذا، تعميم الجواز فى كل مورد لا- يؤمن معه من تلف الأموال والنفس وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه وإن لم يكن لها دخل فى الوقف. اللهم إلا- أن يدعى سوق العلة مساق التقريب، لا التعليل الحقيقى حتى يتعدى إلى جميع موارد. لكن تقييد الشرح:

وفيه: أن قوله عليه السلام: «ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفس»^(١)، أمره دائر بين حمله على التعليل أو على التقريب وبيان الحكمه لجواز البيع مع الاختلاف، ولو حمل على التعليل فمقتضاه عدم الخصوصية للاختلاف، بل كل ما كان مع بقاء الوقف احتمال تلف المال والنفس من الموقوف عليهم أو غيرهم وأمكن علاج ذلك ببيع الوقف جاز. ولو حمل على بيان الحكمه والتقريب فلا يكون فى البين تقييد للاختلاف، حيث إن الحكمه للحكم لا يكون مقيداً له.

ويظهر الحمل على الحكمه من كلام الشهيد رحمه الله فى «الروضه»^(٢) فإنه ذكر بما حاصله أنه لا يعتبر فى جواز بيع الوقف الاختلاف الخاص، أى الاختلاف الذى يكون فيه احتمال تلف المال أو النفس، بل يجوز بيعه مع اختلافهم مطلقاً، باعتبار أن فى الاختلاف بحسب نوعه خوف تلف المال والنفس، ولا ينظر إلى أشخاصه. وكيف ما كان، فشىء من الحملين لا يناسب فرض الصوره الثامنه كما لا يخفى.

الاختلاف حينئذٍ بكونه ممّا لا يؤمن، ممنوع. وهو الذى فهمه الشهيد رحمه الله فى الروضه كما تقدّم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور. فلا يبقى حينئذٍ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد، مع ما فيها من ضعف الدلاله، كما سيجىء إليه الإشاره. وممّا ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصوره

ص: ٣٢٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٨ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٦ .

٢- (٢) الروضه البهيه ٣ : ٢٥٥ ، الثالثه يشترط فى المبيع أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف .

وأما تقريب الاستدلال على الصّوره العاشره [٢] فهو: أنّ ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال مع أنّ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشّدّه إلى حيث يُخاف منه تلف النفس ولا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

الشرح:

[١] الصوره التاسعه: ما إذا كان بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدي ذلك الاختلاف مع بقاء الوقف إلى ضرر عظيم، سواء كان مال الوقف أو غيره، واستفاده الجواز في هذه الصوره من المكاتبه مبني على تقييد الاختلاف فيها بما ذيلها من قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» (١).

ولكن يرد على ذلك أيضاً أنه إن كان الذيل تعليلاً فلا بد من إلغاء الاختلاف والالتزام بجواز بيع الوقف كلما كان بقاؤه مؤدياً إلى تلف المال أو النفس، ومع عدم كونه تعليلاً، بل تقريباً لجواز بيع الوقف مع الاختلاف فلا بد من الالتزام بجواز بيع الوقف مع اختلاف الموقوف عليهم كان مؤدياً إلى التلف المزبور أم لا.

[٢] الصوره العاشره: ما إذا لزم من بقاء الوقف وعدم بيعه فساد تستباح فيه الأنفس، ووجه استظهار جواز بيعه في الفرض من المكاتبه هو أنّ ضمّ تلف الأنفس وفيه: أنّ اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم. بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كلّ فتنة مع أنّ ظاهر الروايه كفايه كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، والمقصود كما يظهر من عبارته الجامع المتقدّمه هو اعتبار الفتنة التي يُستباح بها الأنفس.

والحاصل: أنّ جميع الفتاوى المتقدّمه في جواز بيع الوقف الراجعه إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاصّ أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره. والأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس لا مطلق الاختلاف؛ لأنّ الذيل مقيّد [١] ولا خصوص

ص: ٣٣٠

الشرح:

فيها إلى تلف المال باعتبار أن خوف تلف الأنفس يقارن غالباً لتلف المال، لا لكون تلف المال مجوّزاً بنفسه.

ولكن لا- يخفى أن مدلول الرواية على ما ذكر جواز علاج كلّ فتنه موجه للاستباحة المزبوره ببيع الوقف ولولم تكن الفتنه بين الموقوف عليهم، وظاهر الصورة العاشره وقوع الفساد بينهم كما أنّ ظاهر الروايه كفايه الاختلاف الذى يحتمل فيه مع بقاء الوقف الاستباحه المزبوره، والمفروض فى الصورة العاشره كون بقاء الوقف ملازماً لذلك الفساد لا أمراً محتملاً.

أضف إلى ذلك ذكر استباحه الأموال مع استباحه النفوس، باعتبار تقارن الأول بالثانى نوعاً خلاف ظاهر الروايه، بل ظاهرها كون احتمال كلّ من الضررين مجوّزاً لبيع الوقف.

[١] يعنى يكون الموجب لجواز البيع بحسب ظهور الروايه هو الاختلاف الموجب لتلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً لا الاختلاف مطلقاً، والوجه فى المؤدى علماً أو ظناً، لأنّ موارد استعمال لفظه «ربما» أعمّ من ذلك، ولا- مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الدليل فى التعليل بحيث يتعدى عن مورد النصّ وإن كان فيه إشاره إلى التعليل. وعلى ما ذكرنا، فالمكاتبه غير مفتى بها عند المشهور، لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنه الموجه لاستباحه الأموال والأنفس، فيكون النسبه بين فتوى المشهور ومضمون الروايه عموماً من وجه.

لكن الإنصاف: أنّ هذا لا- يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه وقصور مقاومتها للعمومات المانع، بالشهره، لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف فى فهم المناط الذى أنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الشرح:

تقييد الاختلاف بذلك ليس حمل قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف . . .» (١)، على التعليل الحقيقى؛ ليقال: إن لازمه اعتبار كلّ فتنه يكون فيها احتمال تلف المال أو

ص: ٣٣١

النفس، بل الذيل بحسب المتفاهم العرفي يكون تقييداً للاختلاف، وأن الموضوع لجواز البيع هو الاختلاف الخاص.

وعلى ذلك تكون النسبه بين فتوى المشهور ومضمون الروايه العموم من وجه؛ لأن فتاويهم تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف خوف خراب الوقف، بمعنى قلّه نفعه، والروايه لا- تعمّ إلّا تلف المال أو النفس، كما أنّ فتاواهم لا تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف مجرد احتمال التلف ولكن الروايه تعمه. فتجتمعان في الاختلاف المؤدىّ علماً أو ظناً إلى تلف العين الموقوفه، وتفترقان في الاختلاف المؤدىّ علماً أو ظناً إلى نقص منفعه الوقف في الاختلاف المؤدىّ إلى تلف المال أو النفس بنحو الاحتمال.

الاختلاف . . . المنضم إلى قوله: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف . . .».

وأما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجبره بالشهره، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق، وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف كما عن الإيضاح وأوضحه الفاضل المحدّث المجلسي، وجزم به المحدّث البحراني، ومال إليه في الرياض. قال الأوّل في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار: إنّ يخطر بالبال أنّه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يُقبضهم الضيعه الموقوفه عليهم، ولم يدفعها إليهم، وحاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف ويشتدّ، لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعه أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفه ويدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعدّ ويدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ انتهى موضع الحاجه.

والإنصاف: أنّه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب. كما أنّ عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطن، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والحاصل: أنّ المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام

المؤيد، لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين [١] المذكورتين.

الشرح:

[١] الفقرة الأولى قوله عليه السلام: «إن كان علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهة أخرى، وهى: أن مقتضى القاعده كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، وظاهر الروايه تقريره عليه السلام للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع، لتقع المعاوضه فى مالهم. وإما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعنى: الحبس الذى لا إشكال فى بقائه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغه الوقف وإن تحقق التوطن عليه. وتسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

الشرح:

الوقف أمثل»، حيث يحتمل فى هذه الفقرة أن يكون المراد الاختلاف مطلقاً أو الاختلاف الخاص، والفقره الثانيه قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والأنفس»^(١)، حيث يحتمل كونه تعليلاً- حقيقياً أو تقييداً أو مجرد تقريب للحكم. والمتحصّل من كلماته رحمه الله أن فى دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف بعد تمامه تأملاً، وعلى تقدير دلالتها فى الأخذ بها إشكالاً، وقد تعرّض رحمه الله للإشكالات فى الدلاله وللإشكالات فى الأخذ بها فى طى الكلمات السابقه.

أقول: لا يوجب شىء مما ذكر الخلل فى ظهور المكاتبه فى جواز بيع الوقف بعد تمامه؛ لدفع الاختلاف أو تفاقمه الموجب ولو احتمالاً- لتلف الأموال والأنفس، وظاهر السؤال هو الوقف المعروف لا- الحبس الذى يبقى العين فى ملك الحابس، ويكون للمحبوس له الانتفاع أو المنفعه فى مده معينه أو مادام حياه أحدهما.

ويشهد لذلك السؤال عن بيعها ودفع ثمنها إلى الموقوف عليهم بمقدار ويؤيده: تصدى الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال:

ص: ٣٣٣

إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبه. بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمه الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها مع أن المركز في الأذهان إشتراك جميع البطون في الوقف وبدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الوقف، لانقطاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيده: أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً. إلا أن يصلح هذا الخلل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد الشرح:

حصصهم من الوقف، حيث إن الثمن في الحبس يختص بالحابس ولا يدفع إلى المحبوس له، وعدم ذكر العقب في الوقف لا يدل على إرادته الحبس، بل عدم تعرض السائل لذكره لعدم الحاجة إلى ذكرهم، حيث إن غرضه السؤال عن بيعه ودفع ثمنه إلى البطن الموجوده. وحملها على الوقف قبل تمامه بالقبض غير صحيح، فإنه ينافيه تجويز البيع في الجواب بلا استفصال عن حصول القبض وعدمه، بل بما أنه عليه السلام قد فهم من السؤال أن الواقف قد جعل لنفسه التولية كما هو ظاهر قول السائل، وليس يأمن أن يتفاقم الخلاف بعده، أي بعد حياته وانقضاء تصديقه للوقف لم يستفصل عن حصول القبض، حيث يكفي فيه قبض المتولى على ما يشهد به مثل صحيحه صفوان بن يحيى المتقدمه، كما لم يستفصل عن وجه تصديقه لبيع الوقف مع أن الواقف يصير بالوقف أجنبياً عن العين الموقوفه.

وأما بالإضافه إلى حصه الإمام فيمكن أن لا يجعل التولية لنفسه بالإضافه إليه، ولذا سأل أولاً عما يصنع بخمس الضيعه أو جعل لنفسه التولية بالإضافه إليه أيضاً وسأل عن جواز بيعها وكان عند الإمام عليه السلام مجوز لبيعها كحاجته عليه السلام إلى الثمن أو غير ذلك، والله سبحانه هو العالم.

التام، ويقال: إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهره مخصّصاً لقاعده المنع عن بيع الوقف، وموجباً لتكليف الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادته البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمه الثمن إلى الموجودين.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف

ونفوس الموقوف عليهم كان أولى. والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذى جَوَزنا فيه البيع: أن المناط فى ذلك القسم: العلم أو الظن بتلف الوقف رأساً. والمناط هنا: خراب الوقف، الذى يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإن الزائد من المقدار الباقى مال قد تلف. وليس المراد من التلف فى الرواية تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب فى تلف الضيعة التى هى مورد الرواية، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعة المطلوبه منها بحسب شأنها.

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمه، بل المحكى عن الأ-كثر: أن الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود. إلا- أن ظاهر كلام جماعه، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو: أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. وهذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الروايه فى تقرير السائل فى قسمه الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفه مقتضى قاعده المعاوضه من اشتراك جميع البطون فى البديل كالمبدل، لكن الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع، للحاجه الشديده، تمسكاً بروايه جعفر، فتعين الأول، وهو منع التقرير. لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الروايه.

وأما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض [١] بناءً على صحته كما هو المعروف، فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. وعلى الثانى: فإما أن يملكوه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما أن يقال بصيرورته فى سبيل الله.

الشرح:

[١] وهل يصح الوقف المنقطع، وهو الذى يوقف المال فيه على ما يكون معرضاً للانقضاء والانتهاى كوقف البستان على زيد وعقبه، فالأظهر صحته بشهاده صحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو؟ فقد روى أن الوقف إذا كان غير مؤقت فهو باطل مردود على الورثه، وإذا كان مؤقتاً فهو صحيح ممضى. وقال قوم: إن المؤقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان

وعقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وقال آخرون: هذا مؤقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها... إلى أن قال عليه السلام في الجواب: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها»(١).

وأما تحديد الوقف بالزمان كقوله: وقفت هذا البستان لزيد عشر سنوات، فإن أريد به الحبس الآتي فيصح حبساً وإلا بطل، وذلك لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأييد عدم تحديده بالزمان، بأن لا يكون بعد ذلك الزمان وقفاً فإنه لو لم يكن ذلك محرزاً فلا أقل من احتمالها. وأما التأييد بمعنى بقاء الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها فهو غير معتبر، كما هو ظاهر الصحيحه وغيرها.

....

الشرح:

ثم إنه هل يدخل هذا القسم من الوقف في ملك الموقوف عليهم مستقراً بحيث تكون العين بعد انقراض الأخير من الموقوف عليهم لوارثه ومع عدم الوارث له للإمام عليه السلام، حيث إنه وارث من لا- وارث له، أو يكون ملكه غير مستقر يثبت مادام كون الموقوف عليه موجوداً أو يكون بعده للواقف أو ورثته أو تبقى العين من الأول على ملك واقفها. ولا يبعد الثاني، وذلك فإن كون العين ملكاً للموقوف عليهم مقتضى إنشاء الوقف بالصدقة حتى في الوقف على الأشخاص كما تقدم في بعض الروايات، ويؤيده عدم وجدان الفرق بين الوقف المؤبد والمنقطع في مدلول الوقف ولو كان الوقف في المؤبد تملكاً كان كذلك في المنقطع.

ووجه عدم استقرار الملك أن الموقوف عليهم، كما تقدم بيانه سابقاً، يتلقون الملك من الواقف ولا يكون تلقى كل طبقة عن سابقتها على حد الإرث وعلى ذلك ففيمما كان عقب زيد منقضيّاً في طبقة فلا تكون الملكية المجعولة لتلك الطبقة مطلقه، بل مقيدة كالطبقات السابقة بما دامت حياتهم، فالملكية بعد ذلك باقية للواقف لم يجعلها لأحد، فإن الملكية المجعولة بالإضافة إلى الطبقة الأخيرة كالمجعولة لما قبلها بحسب ظهور قول الواقف: وقفت على زيد وعقبه بطناً بعد بطن مؤقتة ومحدوده بما

ص: ٣٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٢ ١٩٣، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

دامت حياة البطن. اللهم إلا أن يقال: تحديد الملكية لبطن بما دامت حياته باعتبار أن ملكية العين بعده مجعوله لبطن آخر، وإذا فرض في بطن عدم ملكية البطن الآخر بعده ولو باعتبار انقضاء البطون تكون الملكية لذلك البطن مطلقه، ويؤيد ذلك ماتقدم من ظهور الروايات من أن الثمن على تقدير بيع العين الموقوفه يكون ملكاً للبطن الموجوده، ويمكن منع التأييد فإنه لم يثبت بيع الوقف إلا في موارد:

منها: الاختلاف بين الموقوف عليهم، ويكون اختصاص الثمن فيه بالبطن.

الشرح:

الموجود بالنص، أو باعتبار وقوع البيع عن الواقف المتولى وإرادته دفع الثمن إليهم.

ومنها: موارد اشتراط الواقف بيع الوقف لبطن وصرف ثمنه في ضرورياتهم، وهذا باعتبار نفوذ الشرط وكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

ومنها: مورد الخراب، ولم يثبت فيه اختصاص الثمن بالبطن الموجوده؛ ولذا ذكرنا الأحوط فيه اشتراء البديل مهما أمكن. والحاصل: أنه لو شك أيضاً في جعل الملكية المطلقة للبطن الأخيره، بحيث تنتقل العين الموقوفه إلى وارثهم ولو كان الوارث الإمام عليه السلام، فالأصل عدم جعل تلك الملكية لهم ولا تعارض باستصحاب بقاء العين في ملكهم لانقضاء الملكية في موت البطن الأخيره قطعاً، سواء كان بالإرث أو بنحو انقضاء البطن كما لا يخفى.

وعن المحقق القمي (1) رحمه الله أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبساً، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعه منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقاً يلزم مادامت حياة الحابس.

ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وقفاً لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأييد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وأما وقوعه حبساً فاستشهد بصحيحه عمر بن أذينة قال: «كنت شاهداً عند أبي ليلي وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غله داره ولم يؤقت وقتاً، فمات الرجل

ص: ٣٣٧

فحضر ورثته ابن أبي ليلي وحضر قرابته الذي جعل له غله الدار، فقال ابن أبي ليلي: فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك وفي جوازه للواقف مع جهاله مدّه استحقاق الموقوف عليهم إشكال [١] من حيث لزوم الغرر بجهاله

الشرح:

أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى: أما إنّ على بن أبي طالب قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر بن محمد بن على عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث، فقال له ابن أبي ليلي: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتنى به، فقال له محمد بن مسلم: على أنّ لا تنظر من الكتاب إلا فى ذلك الحديث، قال: لك ذلك. قال: فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فى الكتاب فردّ قضيته» (١).

أقول: كان فى نسخته رحمه الله ولم يوقف وقفاً، وفهم منه أنّ الجعل إذا لم يكن وقفاً يكون حبساً، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أى إرادته تمليك العين كما هو الفرض لا يتحقّق الحبس، والروايه ظاهره فى إرادته الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أنّ ما كان لله لا يرد؟ فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعامله الواقعه بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعامله فلا يدخل فى مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق بمنفعه داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدّه لا يكون استرجاع الدار منافعاً له، وبهذا يظهر الحال فى الحبس بقصد القربه، فتدبر جيداً.

[١] أقول: لا يبعد جواز بيع الدار التى تسكنها المطلقه بالأقراء، باعتبار أنّ جهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، ولذا منع الأصحاب كما فى الإيضاح على ما حكى عنهم، بيع مسكن المطلقه المعتدّه بالأقراء، لجهاله مدّه العده مع عدم كثره التفاوت.

الشرح:

ص: ٣٣٨

مدته عدتها مع عدم اختلافها بكثير لا يوجب اتصاف البيع بكونه غررياً، وأما في مثل المقام فلا ينبغي التأمل في صدق الغرر في البيع، باعتبار الجهل بزمان استحقاق تسلّم العين بمنافعها مع احتمال الاختلاف فيه بفاحش. ولا يقاس مورد الكلام ببيع الدار مع كونها مستأجره في جواز البيع، غايه الأمر يثبت الخيار لمشتريها مع جهله بالحال؛ لأنّ مورد الإجاره باعتبار معلومه زمان الإجاره لا- يوجب غرراً في البيع، بخلاف المقام ولكن مع ذلك دليل النهى عن بيع الغرر لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات التي يرفع اليد عنهما بالخاص أو المقيد.

وما رواه المشايخ في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف ظاهر في صحه البيع مع جهاله استحقاق المشتري تسلّم العين بمنافعها. قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه من بعده كما شرط؟ قال: نعم، قلت له: فإن احتاج يبيعه؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيع الدار السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره ولا السكنى، ولكن تبيعه على أنّ الذى اشتراه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضى السكنى كما شرط» (١).

ولا يخفى عدم اختلاف الوقف المنقطع والسكنى بناءً على أنّ الأول كالثانى فى بقاء العين على ملك مالکها الأول، كما أنّ إطلاق الروايه وعدم الاستفصال فيها عن بيع نعم، المحكى عن جماعه كالمحقق والشهيدى فى المسالك والدروس وغيرهم صحه البيع فى السكنى المؤقتة بعمر أحدهما؛ بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه. ولعلّه إمّا لمنع الغرر، وإمّا للنص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده قال: هي له ولعقبه الشرح:

الدار ممن جعل له سكنها أو من غيره جواز البيع فى كلا الفرضين فلا وجه للتفصيل بين البيع منه أو من غيره.

نعم، مع الإغماض عنها فقد يذكر هذا التفصيل، باعتبار عدم كون البيع ممن جعل

ص: ٣٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٣٤، الباب ٢٤ من كتاب الإجاره، الحديث ٣، الكافى ٧: ٣٨ / ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ / ١٨٥، التهذيب ٩: ٥٩٣ / ١٤١.

له السكنى غرراً ولو باعتبار انضمام السكنى، حيث إن استحقاق المشتري فيه العين بمنافعها محرز، وكذا الحال فيما إذا باع الواقف العين ممن انتقلت إليه منفعة العين عن الموقوف عليه. ولكن هذا التفصيل غير صحيح، باعتبار كون البيع فى نفسه كالفرض الثانى غررياً، ألا- ترى أنه لا- يمكن الالتزام بصحة البيع فيما إذا كانت صبرتان مختلفتان فى الكيل وقد علم كيل مجموعهما، وقد وهب المالك إحداها من أحد ثم أراد بيع الثانى منها بلا كيل، فإن الغرر لا يرتفع عن البيع بالهبة السابقه.

نعم، إذا كان انتقال المنفعة إلى الواقف ثانياً وأراد الواقف بعد ذلك بيعها بمنافعها فلا مورد للمناقشه، كما أنه لا مورد لها فيما إذا اجتمع الموقوف عليه والواقف على المعاوضه فيكون العوض موزعاً على العين والمنفعه، ويلزم كون المعاوضه بعنوان الصلح؛ لأن غير ه ومنه البيع لا يتضمن نقل كل من العين والمنفعه استقلالاً.

أقول: إذا كان الوقف المنقطع محكوماً بالصحة فيحكم بطلان بيعه، سواء قيل ببقائه على ملك الواقف أو دخوله فى ملك الموقوف عليهم أخذاً بما دل على عدم جواز شراء الوقف، ولا موجب لدعوى انصرافه إلى الوقف المؤبد بعد كون الوقف من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج إلى بيعها، قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى؟ كذلك، سمعت أبى يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا- ينقض البيع الإجاره ولا السكنى ولكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضى السكنى على ما شرط... الخبير». ومع ذلك فقد توقّف فى المسأله العلامه وولده والمحقق الثانى.

ولو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعه الوقف، فالظاهر جوازه لعدم الغرر. ويحتمل العدم، لأن معرفه المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا توجب معرفه المبيع. وكذا لو باعه ممن انتقل إليه [١] حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صحّ جزماً.

الشرح:

المنقطع كالوقف الانتفاعى وفقاً مع بقاء العين فيهما على ملك مالكةا. والصحيحه المزبوره لا تعم الوقف المزبور؛ لعدم دخوله فى عنوان السكنى.

نعم، لا بأس بالعمل بالصحيحه فيجوز البيع مع السكنى حتى فيما إذا كانت السكنى محدودهً بعمر أحدهما، كما هو مورد هـا.

وأما فى الوقف المنقطع، فلا- يجوز البيع ولا- المصالحة وغيرها من المعاملات الناقله للعين، فإن الوقف لا يباع ولا يوهب وليس النهى فيه مختصاً بالبيع، ومما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر رحمه الله من أنّ المعامله لو كانت مركبه من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعه من قبل الموقوف عليهم بطور المصالحة ليكون العوض موزعاً عليهما صحت، لا يمكن المساعده عليه.

اللهم إلا أن يقال بانصراف النهى عن بيع الوقف عن الفرض، وهو بيعه زمان البطن الأخيره كما يأتى.

[١] أى يجرى فى بيع العين ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم ما تقدم فى بيعها وأما مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأ-جنبى؛ لأنّ المنفعه مال لهم فلا- تنتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم، أو يكون المعامله مركبه من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعه من قبل الموقوف عليهم؛ فيكون العوض موزعاً عليهما. ولا بدّ أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأنّ غيره لا يتضمّن نقل العين والمنفعه كليهما خصوصاً مع جهاله المنفعه.

ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل [١] فيما حكى عن التنقيح: من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكى عنه فى مسأله السكنى [٢] حيث أجاز الشرح:

من الموقوف عليهم من احتمال عدم الجواز؛ لأنّ معرفه المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا يوجب خروج البيع عن كونه غريباً.

ولا- يخفى أنّ حكمه رحمه الله بالصحة أولاً، ثمّ احتمال عدم الجواز ثانياً، يختص بما إذا أراد الواقف بيع العين من البطن الأخيره، أو ممن انتقل إليه حق هذا البطن، وأما إذا أريد بيعها من البطن الأول أو الوسط أو ممن انتقل إليه حق أحدهما فلا يجوز البيع المزبور؛ لأنّ خروج حق البطن الأخيره عن المعامله مع جهالته يوجب الغرر فى البيع.

[١] الظاهر أنّ مراده (١) رحمه الله ممّا ذكره هو لزوم كون المعامله بطور المصالحة وأنّ

ص: ٣٤١

١- (١) أى مراد صاحب التنقيح الرائع ٢ : ٣٢٩ ٣٣٠، وحكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٧ .

نقل العين مع الجهاله بمدّه استحقاق الموقوف عليهم غررى، سواءً بيع ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم أو من غيرهم.

[٢] أى يدلّ على جواز البيع مع اتفاقهما كلامه المحكى فى السكنى (١)، ولعل استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الإنتفاع أو المنفعة. نعم، لو كان للموقوف عليه حق الإنتفاع من دون تملك للمنفعه كما فى السكنى على قول صحّ ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحقّ بالإسقاط بخلاف المال، فتأمل [١].

وتمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى والحبس إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وجه دلالتة أنه إذا جاز بيع المالك بالإضافة إلى العين خاليه عن المنفعة كما هو مقتضى عدم رضا الساكن الذى هو مالك المنفعة أو الإنتفاع، جاز أيضاً فيما كان فى البين رضاه، فإنه لا يحتمل دخل عدم رضاه فى جواز بيعها.

[١] أقول: لم يحرز أنّ الثابت فى السكنى للساكن حق بحيث يقبل الإسقاط منه، بل من المحتمل أنّ يكون الثابت بها مجرد جواز الإنتفاع بالسكنى، وكذلك الأمر فى بعض موارد الحبس بأن يحبس العين للإنتفاع بها، وعلى ذلك فيجوز للساكن أو المحبوس له المصالحة مع المشتري بأن لا ينتفع بالعين فلا يجوز لهم بعد المصالحة مزاحمة المشتري فى الإنتفاع بالعين مدته التحبوس أو السكنى عملاً بقصد المصالحة.

وعدم جواز الإنتفاع بهذا العنوان لهما لا- ينافى جواز الإنتفاع بها الثابت لهما قبل هذه المصالحة، نظير ما إذا حلف الساكن أو المحبوس له بترك الإنتفاع كما لا يخفى.

والحاصل: أنّ المستفاد من مجموع الروايات أنّ الحبس والسكنى والعمرى من العناوين المنشأه، ويكون اختلافها بالإنشاء ويتفق بعضها مع بعض فى النتيجة، ويُجِلّ الأحكام، فإنّ بالحبس ينشأ عنوان الحبس الذى لا يكون العين خارجه عن ملك مالكها بأن يكون منافعها ملكاً لذلك الغير أو ينتفع الغير بها أو يصرف منافعها أو ينتفع بها مطلقاً أو مادامت العين باقيه أو إلى مدته. وأما السكنى فهو إنشاء جعل سكنى الدار للغير بأن يسكن فيها مطلقاً أو إلى مدته. وأما العمرى وهى جعل الإنتفاع بالعين مادام أحدهما فى مقابل الرقبى وهو جعل الإنتفاع بالعين فى زمان، وعلى ذلك فإن كان مفاد أحدها

ص: ٣٤٢

وعلى الثاني: فلا يجوز [١] البيع للواقف لعدم الملك، ولا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

وعلى الثالث: فلا يجوز [٢] البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف، لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً

الشرح:

مجرد الانتفاع فلا يحرز فيه حق قابل للإسقاط، بل تجوز المصالحة بنحو ما تقدم، وإن كان مفادها تملك المنفعة فيجوز التصرف فيها كما لا يخفى.

[١] عدم جواز البيع للواقف ظاهر، فإنه على الثاني تدخل العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم مستقراً، بحيث تنتقل العين من البطن الأخير إلى ورثتهم بالوراثه، وأما عدم جواز البيع للموقوف عليهم ففيه منع ظاهر؛ لأن اشتراط الواقف إبقاء العين بغرض وصولها إلى البطن اللاحق وكذلك النهى عن بيع الوقف ينصرف إلى ذلك، وإذا فرض انتهاء البطن ووصول العين بيد البطن الأخير كما هو الفرض، فلا يبقى منع عن بيعهم، لا عن الواقف ولا عن الشارع، فتدبر.

[٢] أى على القول بدخول العين في ملك الموقوف عليهم من غير استقرار، بأن ترجع العين إلى الواقف بعد انقضاء البطن الأخير، يكون عدم جواز بيع الموقوف عليهم، أى البطن الأخير، ظاهراً لاشتراط الواقف عليهم إبقاء العين ولو لرجوعها إليه، وكذا الحال فى النهى الشرعى. وأما عدم جواز بيعها للواقف باعتبار عدم ملكه العين فعلاً، ولا يفيد إجازة البطن الأخير؛ لأنه يعتبر أن يكون المجيز له سلطاناً على بيع المال والبطن المزبوره ليست كذلك. نعم، إذا قلنا بالصحة فى مسأله من باع شيئاً ثم ملكه كان بيع الواقف الواقع حال وجود البطن الأخير محكوماً بالصحة بعد انقراضهم.

ينبغى فى المقام التعرض لأمر، منها: أنّ الوقف يكون من المنقطع آخره أو المنقطع الأول أو الوسط، ولعل المشهور على صحه الأول وبطلان الثانى، وعلى بطلان وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال، بناءً على أنّ الموقوف عليه هو المالك فعلاً ليس له الإجازة، لعدم تسلّطه على النقل، فإذا انقرض الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف.

الشرح:

الثالث بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وقوى السيد اليزدى رحمه الله صحة المنقطع الأول أيضاً بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وصحة المنقطع الوسط بالإضافة إلى الأول والأخير، بدعوى أن الوقف المنشأ في المقام نظير الوقف على ما يصح عليه الوقف وما لا يصح عليه في عرض واحد، كما إذا قال: «وقفت الضيعة على العلماء ومن سيولد لزيد من الأولاد»، حيث إن الوقف يصح في نصفه بالإضافة إلى العلماء ويبطل في نصفه الآخر. ودعوى انحلال الوقف في فرض الجمع دون الوقف المنقطع الأول أو الوسط لا يمكن مساعدته عليه، وإلا لما صح الوقف بالإضافة إلى الأول أيضاً في المنقطع الوسط.

لا- يقال: الحكم بالتبويض في الصحة في المنقطع الأول أو الوسط يوجب التعليق في الوقف بأن يكون المال وقفاً، على تقدير انقضاء ذلك الأول أو الوسط.

فإنه يقال: التعليق الموجب للبطلان في العقود والإيقاعات ما إذا كان إنشاء الوقف معلقاً، وأما إذا كان إنشائه مطلقاً وكان التعليق لازم التبويض في الحكم بالصحة فلا يضر، نظير الغرر الحاصل للبيع من الحكم بالتبويض كما إذا باع ماله ومال غيره بثمان معلوم، فلا يوجب الغرر في الثمن الحاصل من الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى مال الغير الغررى في إنشائه. وعلى ذلك فيبقى المقدار المحكوم بالبطلان من الوقف على ملك الواقف، فله نماؤه.

ويمكن دفع التنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمه وهو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك بمراجعته المسأله في كتاب الوقف.

وعلى الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف.

الشرح:

أقول: لا ينبغي الريب في عدم انحلال الوقف بالإضافة إلى الموقوف عليهم، أى

البطون، بخلاف انحلاله بالإضافة إلى أفراد البطن الواحد من الموقوف عليهم، وإذا قال: «وقفت الضيعة على أولاد زيد وأولاد بكر»، وأراد ما ظاهره من كون نصف الضيعة وفقاً لأولاد زيد ونصفها الآخر لأولاد الآخر، فلا يوجب بطلان الوقف بالإضافة إلى نصفها بطلانه بالإضافة إلى النصف الآخر. بخلاف ما إذا كان الوقف للبطون وحكم بفساده بالإضافة إلى البطن، فإنه لو حكم ببطلان الوقف بالإضافة إلى البطن الأول، كما في المنقطع الأول، يخرج الوقف المزبور من عموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها من الأول. فالحكم بدخوله ثانياً بعد انقضاء البطن المزبور موقوف على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه في زمان، يخلاف المنقطع الوسط، فإنه لا- موجب لرفع اليد عن العموم المزبور ابتداءً، فيعمه العموم المزبور مادام البطن الأول موجوداً وبعد انقضائه يرجع إلى ملك الواقف أو ورثته عند موته.

والحاصل: ما ذكره رحمه الله مبنى على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه من الأول أو الوسط في زمان وشك في دخوله في العموم المزبور بعد ذلك الزمان، وإلا- وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. وأما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من الشرح:

فالوجه ما هو المنسوب إلى المشهور، والله العالم.

الثاني: قد تقدم أنه يجوز أن يشترط في الوقف بيع العين الموقوفة أو بعضها للموقوف عليهم، بأن يكون ثمنه لهم، وأما اشتراط بيعها أو بيع بعضها للواقف كذلك فهو غير جائز، بل يوجب الاشتراط المزبور بطلان الوقف بشهاده صحيحه إسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجتُ إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» (1). حيث إن ظاهر قوله عليه السلام: «يرجع ميراثاً على أهله»، الإرشاد إلى بطلان الوقف المزبور، وإلا فلو كان الوقف تاماً لما عاد المال إلى أهله ميراثاً، وحمله على ما إذا تحقق احتياج واقفه وعود المال إليه ثم موته، كما عن السيد اليزدي رحمه الله كما

ص: ٣٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٧ ١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

ترى. فإنه لم يستفصل الإمام عليه السلام بطرو الحاجة عليه وعدمه، بل حكم بكون المال ميراثاً، والتعبير بالرجوع مع بطلان الوقف من الابتداء بلحاظ نظر الواقف حيث كان يرى انعقاد الوقف.

ومما ذكرنا يظهر فساد ما أفاده رحمه الله من الحكم بصحة الشرط المزبور، أخذاً بقوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١)، وأن مرجع الاشتراط المزبور وقف المال مادام كونه غنياً، فيكون الوقف مع الشرط المزبور من الوقف البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، وفي الجواز في الصور التي جوّزنا، لاشتراك دليل المنع، ويتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

الشرح:

المنقطع، حيث لا فرق في الوقف المنقطع بين كون انقطاعه لاعتبار وصف الموقوف عليهم بأن يقف المال عليهم مادام كونهم عدولاً وبين اعتبار وصف في الواقف.

أقول: الوارد في السؤال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، يعم ما إذا كان المراد عود الوقف إلى المالك وانتهاءه عند طرو حاجته إليه وما إذا كان المراد سلطانه على المال بالتصرف فيه ببيعه لنفسه أو صرف غلته لنفسه كسائر الملاك. ومقتضى إطلاق الجواب بطلان الوقف في جميع ذلك، وبهذا يرفع اليد عن عموم: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، ولكن يمكن المناقشة في ذلك أن المفروض في الرواية عنوان الصدقة والوقف بقصد التقرب، فالتعدى إلى الوقف المجرد لا يخلو عن الإشكال؛ لاحتمال أن يكون هذا الحكم باعتبار كون الوقف لله.

نعم، في المروى عن دعائم الإسلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث»^(٢)، ودلالته على كون ذلك من حكم مطلق الوقف ظاهر، ولكن في جواز الاعتماد عليه مع ضعف السند تأمل.

ص: ٣٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥ ، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ : ٣٤٤ / ١٢٨٨ .

اعتبار مطابقيه الإجازة للعقد ٥٠٠٠

انحلال البيع وعدمه ١٠٠٠٠

في شرائط المميز ١٣٠٠٠

من باع شيئاً ثم ملكه ٢٠٠٠٠

لو باع عن المالك وكاله ثم بان انزاله ٥٨٠٠٠

لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً ٥٩٠٠٠

لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً ٦١٠٠٠

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا ٦٣٠٠٠

لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له ٧٢٠٠٠

شرائط العقد المّجاز ٧٢٠٠٠

تتبع العقود ٧٩٠٠٠

الردّ وأحكامه ٨٠٠٠٠

حكم المالك مع المشتري لو لم يجر ٩٧٠٠٠

حكم المشتري مع الفضولي ٩٩٠٠٠

ضمان البائع فضولاً الثمن ١٠٨٠٠٠

ضمان سائر الغرامات ١١٢٠٠٠

حكم غرامه المشتري للمالك ١١٧٠٠٠

قرار الضمان على البائع ١٢١٠٠٠

تعاقب الأيادي ١٣٣٠٠٠

ما أفاده صاحب الجواهر فى وجه الرجوع ... ١٣٩

المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر ... ١٣٩

لو كانت العين باقيه فى الأيادى المتعاقبه ... ١٤٢

بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره ... ١٤٤

كيفيه تقسيط الثمن ... ١٤٩

بيع من له نصف الدار نصفها ... ١٥٥

الإقرار بالحصّه للغير ... ١٦١

مسأله الإقرار بالنسب ... ١٦٨

بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله ... ١٦٩

ولايه الأب والجد ... ١٧٤

اعتبار العداله فى ولايه الأب والجد ... ١٧٧

اعتبار الصلاح فى تصرّف الأب والجد ... ١٨٢

اعتبار عدم المفسده فى تصرّف الأب والجد ... ١٩٠

حكم ما إذا فقد الأب وبقي الجد القريب والبعيد ... ١٩١

ولايه الجد مع الأب فى مال الطفل

ولايه الفقيه ... ١٩٤

ولايه النبي صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام ... ١٩٧

ولايه الفقيه ... ٢٠٢

الاستدلال على ولايه الفقيه ... ٢٠٦

ولايه الفقيه ... ٢١٦

ولايه عدول المؤمنين ... ٢٣١

ولايه فقيه لفقيه آخر ... ٢٤٦

معانى القرب فى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ» ... ٢٥١

اعتبار المالىه فى العوضين ... ٢٧١

الأرض الموات بالأصالة ... ٢٧٨

الأرض العامره بالأصالة ... ٢٨٦

ما عرض له الحياه بعد الموت ... ٢٩١

ما عرض له الموت بعد العماره ... ٢٩٢

الأراضى المفتوحه عنوه ... ٢٩٧

بيع الأراضى الخراجيه ... ٢٩٨

حكم الأراضى الخراجيه ... ٣٠٥

التصرف فى الأراضى الخراجيه ... ٣٠٩

اعتبار كون ملك العوضين طلقاً ... ٣١٥

عدم جواز بيع الوقف ... ٣٢١

المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر وكاشف الغطاء ... ٣٣٨

عدم جواز بيع الوقف التحريرى ... ٣٤٧

فى الوقف التحريرى وآلاته ... ٣٥٠

من أتلف الموقوفات فهو ضامن ... ٣٥٦

موجبات جواز بيع الوقف ... ٣٥٨

الكلام فى الوقف المنقطع ... ٤١٢

ص: ٣٤٩

المجلد ٥

كتاب البيع

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الخامس

ص: ٤

مسأله: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيروره المملوكه أم ولد لسيدها، فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائده، وفي بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام، مثل ما روى من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع أمه أرضعت ولده، قال له: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أم ولدي؟». وفي حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن، كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد:

منها: جعل أم الولد ملكاً غير طلق، كالوقف والرهن. وقد عرفت أن المراد من الطلق: تماميه الملك والاستقلال في التصرف، فلو جاز الصلح عنها وهبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها، كما أن المجهول الذي يجوز الصلح عنه وهبته والإبراء عنه ولا يجوز بيعه، لا يخرج عن كونه طلقاً.

ومنها: كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها.

ومنها: كلماتهم في استيلاد المشتري في زمان خيار البائع، فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أن البائع لو فسخ يرجع إلى قيمه، لامتناع انتقال أم الولد، وكذا في كلام العلامة وولده وجامع المقاصد ذلك أيضاً في زمان

ومنها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً وقبولاً، فإنّها كالصريحه في أنّ الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

وبالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

ومع ذلك كلّ، فقد جزم بعض ساده مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل، للأصول وخلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع. وقد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفه، ومع ذلك فهو الظاهر من المبسوط والسرائر، حيث قال: إذا مات ولدها جاز بيعها وهبتها والتصرّف فيها بسائر أنواع التصرّف. وقد ادّعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل، وأرسله بعضهم كصاحب الرياض وجماعه إرسال المسلّمات، بل عبارته بعضهم ظاهره في دعوى الاتفاق، حيث قال: إنّ الاستيلاء مانع من صحه التصرّفات الناقله من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرّضه لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك. ثمّ إنّ عموم المنع لكلّ ناقل وعدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، والوجه فيه: ظهور أدلّه المنع المعنونه بالبيع في إرادته مطلق النقل، فإنّ مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الروايه السابقه: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أمّ ولدي؟» يدل على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات، وهو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها وعدم جوازه فيما سوى ذلك. هذا مضافاً إلى ما اشتهر وإن لم نجد نصّاً عليه: من أنّ الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها.

والحاصل: أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل. ثمّ إنّ المنع مختص بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز اتفاقاً فتوىً ونصّاً. ولو مات الولد وخلّف ولداً: ففي إجراء حكم الولد عليه، لأصالة بقاء المنع، ولصدق الاسم فيندرج في إطلاق

الأدلة، وتغليباً للحريه أو العدم، لكونه حقيقه فى ولد الصلب، وظهور إرادته من جمله من الأخبار، وإطلاق ما دلّ من النصوص والإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثاً، لعدم ولد الصلب للمولى، وعدمه، لمساواه الأول مع ولد الصلب فى الجبهه المقتضيه للمنع، وجوه: حكى أولها عن الإيضاح، وثالثها عن المهذب البارع ونهايه المرام. وعن القواعد والدروس وغيرهما: التردّد.

بقى الكلام فى معنى «أمّ الولد»، فإنّ ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل، إذ لا يصدق الولد إلا بالولاده. لكن المراد هنا مجازاً ولدها ولو حملاً، للمشارفه. ويحتمل أن يراد الولاده من الوالد دون الوالده.

وكيف كان، فلا إشكال، بل لا خلاف فى تحقّق الموضوع بمجرد الحمل. ويدلّ عليه: الصحيح عن محمّد بن مارد، عن أبى عبدالله عليه السلام: فى الرجل يتزوّج أمه، فتلد منه أولاداً، ثم يشترىها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له فى بيعها، قال: «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء أعتق»، وفى روايه السكونى عن جعفر بن محمد، قال: «قال على بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين فى مكاتبه يطؤها مولاهما فتحبل، فقال: يرّد عليها مهر مثلها، وتسعى فى رقبتهما، فإن عجزت فهى من أمّهات الأولاد». لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر، لأنّ زمان الحكم بعد تحقّق السعى والعجز عقيب الحمل، والغالب ولوج الروح حينئذ.

ثم الحمل يصدق بالمضغه اتّفاقاً، على ما صرّح فى الرياض، واستظهره بعض آخر وحكاه عن جماعه هنا وفى باب انقضاء عدّه الحامل. وفى صحيحه ابن الحجّاج قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطاً تمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغه، أتنفضى عدّتها؟ فقال عليه السلام: كلّ شىء وضعته يستبين أنّه حمل تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغه».

ثمّ الظاهر صدق الحمل على العلقه، وقوله عليه السلام: «وإن كانت مضغه» تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقل مراتب الحمل كما عن الإسكافي وحينئذٍ فيتّجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض، بل عن الإيضاح والمهذب البارع: الإجماع عليه. وفي المبسوط فيما إذا أُلقت جسدًا ليس فيه تخطيط لا ظاهر ولا خفيّ، لكن قالت القوابل: إنه مبدأ خلق آدمي، وإنه لو بقي لتخلّق وتصور: قال قوم: إنها لا تصير أمّ ولد بذلك. وقال بعضهم: تصير أمّ ولد. وهو مذهبا، انتهى. ولا يخلو عن قوه، لصدق الحمل.

وأما النطفه: فهي بمجردّها لا عبره بها ما لم تستقرّ في الرحم، لعدم صدق كونها حاملًا، وعلى هذا الفرد يُنزّل إجماع الفاضل المقداد على عدم العبره بها في العدّه. وأما مع استقرارها في الرحم، فالمحكي عن نهايه الشيخ: تحقّق الاستيلاد بها، وهو الذي قوّاه في المبسوط في باب العدّه بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدّه به مستدلًا بعموم الآيه والأخبار، ومرجعه إلى صدق الحمل.

ودعوى: أنّ إطلاق «الحامل» حينئذٍ مجاز بالمشارفه، يكذبها التأمل في الاستعمالات. وربما يُحكى عن التحرير موافقه الشيخ، مع أنّه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم، في بعض نسخ التحرير لفظ يوهّم ذلك. نعم، قوّى التحرير موافقه فيما تقدّم عن الشيخ في مسأله الجسد الذي ليس فيه تخطيط ونُسب القول المذكور إلى الجامع أيضًا.

واعلم أنّ ثمره تحقّق الموضوع فيما إذا أُلقت المملوكه ما في بطنها، إنّما تظهر في بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى حاملًا وأما بيعها بعد الإلقاء فيصحّ بلا إشكال. وحينئذٍ فلو وطأها المولى ثم جاءت بولد تامّ أو غير تامّ، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أوّل زمان العلق وزمان الإلقاء. وعن المسالك: الإجماع على ذلك. فذكر صور الإلقاء المضغه، والعلقه، والنطفه في باب العدّه

إنّما هو لبيان انقضاء العده بالإلقاء، وفي باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أنّ المملوكه بعد الوطء صارت أمّ ولد، لأنّ البيع الواقع قبل تحقّق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفه علقه، ولذا عبّر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلوق الذي هو اللقاح.

نعم، لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان، صحّ البيع قبل العلق. ثم إنّ المصرّح به في كلام بعض حاكياً له عن غيره: أنّه لا يعتبر في العلق أن يكون بالوطء، فيتحقّق بالمساحقه، لأنّ المناط هو الحمل، وكون ما يولد منها ولدًا للمولى شرعاً، فلا عبره بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم، يشترط في العلق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرّماً، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعه الوطء شرعاً لعارض آخر، أمّا الأمه المزوّجه فوطؤها زناً لا يوجب لحوق الولد. ثم إنّ المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أمّ ولد. خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن حمزه فاعتفيا بكونها أمّ ولد قبل الملك، ولعلّه لإطلاق العنوان، ووجود العله، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

ويردّ الأول: منع إطلاق يقتضى ذلك، فإنّ المتبادر من «أمّ الولد» صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضه لها بوصف المملوكيه، كالمدبر والمكاتب. والعه المذكوره غير مطّرده ولا منعكسه كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدّمه. ثمّ إنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه مستفاده من الأخبار كروايته السكوني ومحمد بن مارد المتقدّمين، وصحيحه عمر بن يزيد الآتيه وغيرها. ومن الإجماع على أنّها لا تباع إلاّ لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظه الحق الحاصل منها بالاستيلاء أعنى تشبّثها بالحرّيه ولذا كلّ من جوّز البيع في مقام، لم يجوّز إلاّ بعد إقامه الدليل الخاص. فلا بد من

التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظه في نظر الشارع من الحق المذكور، فلا يُصغى إذاً إلى منع الدليل على المنع كلياً والتمسك بأصالة صحته البيع من حيث قاعده تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج.

ثم إنَّ المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره في الجملة، لكن المحكي في السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع وعدم الاستثناء. وهو غير ثابت، وعلى تقدير الثبوت فهو ضعيف، يرده مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار قوله عليه السلام في صحيحه زراره وقد سأله عن أمِّ الولد، قال: «تباع وتورث، وحدها حدُّ الأمه» بناءً على حملها على أنها قد يعرض لها ما يجوز ذلك.

وأما المواضع القابله للاستثناء وإن وقع التكلم في استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظه من الحق فهي صور، يجمعها: تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق. أو تعلق حق سابق على الاستيلاء أو عدم تحقق الحكمة المانعه عن النقل.

فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دين ولم يكن له ما يؤدى هذا الدين. والكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، وقد يقع فيما إذا كان غير ثمنها وعلى الأول، يقع الكلام تاره بعد موت المولى، وأخرى في حال حياته.

أما بعد الموت، فالمشهور الجواز، بل عن الروضه: أنه موضع وفاق، وعن جماعة: أنه لا خلاف فيه ولا ينافى ذلك مخالفه السيد في أصل المسأله، لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء في بيع أمِّ الولد، أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبته، في مقابل صورته حياه المولى المختلف فيها.

وكيف كان، فلا إشكال في الجواز في هذه الصوره، لا لما قيل: من قاعده

تسلط الناس على أموالهم، لما عرفت من انقلاب القاعده إلى المنع فى خصوص هذا المال، بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسأله، فقال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه أمهات الأولاد؟ قال: فى فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ولم يؤد ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ منها ولدها ويبيعت، وأدى ثمنها. قلت: فئيعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا».

وفى روايه أخرى لعمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام، قال: «سألته عن أمّ الولد، تباع فى الدين؟ قال: نعم، فى ثمن رقبته» ومقتضى إطلاقها، بل إطلاق الصحيحه كما قيل: ثبوت الجواز مع حياه المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان، وعن نهايه المرام والكفايه: أنّ المنع نادر، لكنّه لا يخلو عن قوه وربما يتوهم القوه من حيث توهم تقييدها بالصحيحه السابقه، بناءً على اختصاص الجواز فيها بصوره موت المولى، كما يشهد به قوله فيها: «ولم يدع من المال... الخ»، فيدلّ على نفى الجواز عمّا سوى هذا الفرد، إمّا لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد، فيدلّ على الحصر. وإمّا لأنّ نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصوره يشمل بيعه فى الدين مع حياه المولى. واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح.

نعم، يمكن أن يقال فى وجه القوه بعد الغض عن دعوى ظهور قوله: «تباع فى الدين» فى كون البائع غير المولى فى ما بعد الموت: أنّ النسبه بينها وبين روايه ابن مارد المتقدمه عموم من وجه، فيرجع إلى أصاله المنع الثابته بما تقدّم من القاعده المنصوصه المجمع عليها.

نعم، ربما يمنع عموم القاعده على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصّص،

فيقال بمنع الإجماع في محل الخلاف، سيما مع كون المخالف جَلّ المجمعين، بل كلّهم إلا نادراً، وحينئذٍ فالمرجع إلى قاعده «سلطنه الناس على أموالهم». لكن التحقيق خلافه، وإن صدر هو عن بعض المحققين، لأنّ المستفاد من النصوص والفتاوى: أنّ استيلاء الأُمّة يحدث لها حقّاً مانعاً عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة.

وربما توهم معارضه هذه القاعده وجوب أداء الدين، فيبقى قاعده «السلطنه» وأصاله بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، ولا يعارضها أصاله بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى. ويندفع أصل المعارضه بأنّ أدلّه وجوب أداء الدين مقیده بالقدره العقلية والشرعية، وقاعده المنع تنفي القدره الشرعية، كما في المرهون والموقوف.

فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق روايه عمر بن يزيد على إطلاق روايه ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثمّ يبدو له في بيعها»، مع أنّ ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

وبالجمله، فبعد منع ظهور سياق الروايه فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها على دلاله روايه ابن مارد على المنع، كما يظهر بالتأمل، مضافاً إلى اعتضاها بالشهره المحقّقه. والمسأله محلّ إشكال. ثمّ على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين ولو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو مما عداها كما عن جماعه؟ الأقوى هو الثاني، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق، لأنّ الحكم بالجواز في هذه الصوره في النصّ والفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهه الاستيلاء، فتكون ملكاً طلقاً كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات.

فحاصل السؤال في روايه عمر بن يزيد: أنه هل تباع أم الولد في الدين على حد سائر الأموال التي تباع فيه؟

وحاصل الجواب: تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبه، فيكون ثمن الرقبه بالنسبه إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبه إلى سائر الأموال. ومما ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أم الولد ممّا يحتاج إليها المولى للخدمه فلا تباع في ثمن رقبته، لأنّ غايه الأمر كونها بالنسبه إلى الثمن كجاريه أخرى يحتاج إليها. ومما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤونه التجهيز، فإذا كان للميت كفنٌ وأمّ ولد، بيعت في الدين دون الكفن، إذ يصدق أنّ الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها، لأنّ الكفن لا يؤدى عنه الدين. ثمّ إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع، أو استدان الثمن واشترى به. أمّا لو اشترى في الذمه ثم استدان ما أوفى به البائع فليس يبيعها في ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل فيما قبله، فتأمّل. ولا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمه أو بعضه، ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غايه المراد التصريح به.

ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل وإن كان مأبوساً من الأداء عند الأجل. وفي اشتراط مطالبه البائع، أو الاكتفاء باستحقاقه ولو امتنع عن التسلم، أو الفرق بين رضاه بالتأخير وإسقاطه لحقّ الحلول وإن لم يسقط بذلك وبين عدم المطالبه فيجوز في الأوّل دون الثاني وجوه، أحوطها الأوّل، ومقتضى الإطلاق الثاني. ولو تبرّع متبرّع بالأداء، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمه المشتري ولا يجوز بيعها، وإن سلّم إلى المولى أو الورثه، ففي وجوب القبول نظر، وكذا لو أرضى البائع باستسعائها في الأداء. ولو دار الأمر بين بيعها ممّن تنعتق عليه أو بشرط العتق، ويبيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأوّل وجهان. ولو أدى الولد ثمن نصيبه، انعتق عليه، وحكم الباقي يعلم من مسائل السرايه. ولو أدى ثمن

جميعها، فإن أقبضه البائع فكالمتبرع، وإن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر: من الإطلاق، ومن الجمع بين حق الاستيلاء والدين. ولو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر، فلجواز بيع البائع لها مقاصه مطلقاً، أو مع إذن الحاكم وجه. وربما يستوجه خلافه، لأن المنع لحق أم الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، ولظاهر الفتاوى وتغليب جانب الحرّيه. وفي الجمع نظر. والمراد بثمانها: ما جعل عوضاً لها في عقد مساومتها وإن كان صلحاً.

وفي إلحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مده معينه إشكال.

وعلى العدم، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت، وإن قلنا بمنعه عنه فينتقل إلى قيمه. ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء قيمه أمكن القول بجواز استردادها، لأن المانع عنه هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل قيمه لم يمنع عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبته. هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها.

وأما بيعها في دين آخر، فإن كان مولاها حياً، لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرح به في كلام بعض. وإن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً، لأصالة بقاء المنع في حال الحياه، ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين منطوقاً ومفهوماً. وبهما يخصيص ما دلّ بعمومه على الجواز مميّاً يتخيّل صلاحيته لتخصيص قاعده المنع عن بيع أم الولد، كمفهوم مقطوعه يونس: «في أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها، ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، لا يحل لأحد تزويجها إلاّ بعثق من الورثه، وإن كان لها ولدٌ وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه وتستسعى في بقيه ثمنها».

خلافاً للمحكى عن المبسوط، فجوز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين والجواز ظاهر للمعتين وكنز العرفان والصيبرى. ولعل وجه تفصيل الشيخ: أنّ الورثة لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعقاد أمّ الولد الذى هو الغرض من المنع عن بيعها. وعن نكاح المسالك: أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، وإن مُنع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين، ويلزمه أداء قيمه النصيب من ماله. وربما ينتصر للمبسوط على المسالك:

أولاً: بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها: أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، وإتّما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمه أمّه، هل تقوم عليه، أو تسعى هى فى أداء قيمتها؟

وثانياً: بأنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلاّ ما يفضل من التركة بعد أداء الدين وسائر ما يخرج من الأصل. والمقصود منه النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له، تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

وثالثاً: أنّ ما ادعاه من الانعقاد على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينصّ عليه الأصحاب، ولا دلّ عليه دليل معتبر، وما يوهمه الأخبار وكلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم، ولذا لا يحكم بانعقاد العبد الموقوف على من ينعتق عليه، بناءً على صحّ الوقف وانتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

ورابعاً: أنّه يلزم على كلامه أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوى قيمه أمّه تقوم عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، وسواء كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الديون ونحوها يساوى قيمتها أم لا، وكذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنّه يقوم نصيبه عليه كائناً ما كان ويسقط من قيمه نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب. ويطلب بالباقي. وهذا ممّا

لا يقوله أحد من الأصحاب، وينبغي القطع ببطلانه.

ويمكن دفع الأول: بأنّ المستفاد من ظاهر الأدلّة انعتاقها من نصيب ولدها حتّى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد، لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمه الولد قهراً بقيمه نصيبه أو وجوب بيعها فى قيمه جمعاً بين ما دلّ على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها، وبين ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقرّ له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حقّ الديان، غايه الأمر سقوط حقّهم عن عين هذا المال الخاصّ وعدم كونه كسائر الأموال التى يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها ودفع عينها إلى الديان، ويكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

والحاصل: أنّ مقتضى النهى عن بيع أمّ الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلّط الديان على أخذها ولو مع امتناع الولد عن فكّها بالقيمه، وعدم تسلّط الولد على دفعها وفاءً عن دين أبيه، ولازم ذلك انعتاقها على الولد. فيتردّد الأمر حينئذٍ بين سقوط حقّ الديان عن ما قابلها من الدين، فتكون أمّ الولد نظير مؤونه التجهيز التى لا يتعلّق حقّ الديان بها. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على من تتلف فى ملكه وتنعتق عليه، وهو الولد. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مدّه طويله يفى أجرتها بدينهم، كما قيل يتعلّق حقّ الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلس.

ولا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتعق على كلّ حال، ويبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل. وممّا ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى، فإنّ مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها.

ومنه يظهر الجواب عن الوجه الثالث، إذ بعدما ثبت عدم تعلق حقّ الديان

بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعقادها. ولا جامع بينها وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق.

وأما ما ذكره رابعاً، فهو إنّما ينافي الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلقاً بالولد، أما إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شيء.

فالضابط حينئذٍ: أنه ينعقد على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك في رقبته. ومما ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقاً لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين، فينعقد نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصته التي فكها من الديان، وإما أن يخلى بينها وبين الديان فتنعقد أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم. وأما حرمان الديان عنها عيناً وقيمه وإرث الورثة لها وأخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها وصرافها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدله ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أم الولد لذلك.

ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه: أن الجمع بين فتاوى الأصحاب وأدلتهم مشكل جداً، حيث إنهم قيدوا الدين بكونه ثمناً وحكموا بأنّها تعقد على ولدها من نصيبه، وأن ما فضل عن نصيبه ينعقد بالسرايه وتسعى في أداء قيمته. ولو قصدوا: أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملاً بالنصوص المزبورة، فله وجه، إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات، ولا ذكر في النصوص صريحاً، انتهى.

وأنت خبير بأن النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان، كما

ومنها: تعلق كفن مولاها بها على ما حكاه فى الروضه بشرط عدم كفايه بعضها له، بناءً على ما تقدم نظيره فى الدين: من أن المنع لغايه الإرث، وهو مفقود مع الحاجه إلى الكفن، وقد عرفت أن هذه حكمه غير مطرده ولا منعكسه. وأما بناءً على ما تقدم: من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فيبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً، بناءً على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها، بناءً على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد، وإلا لُصِرَفَ مقابله فى ثمنها ولم تُبع.

ومن ذلك يظهر النظر فيما قيل: من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب.

وتوضيحه: أنه إذا كان للميت المديون أم ولد ومقدار ما يجهز به، فقد اجتمع هنا حق الميت، وحق بائع أم الولد، وحق أم الولد، فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد، دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن، وإهمال حق أم الولد ببيعها. فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناءً على ما تقدم فى المسأله السابقه كان معناه: تقديم حق الميت على حق أم الولد، ولازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين، وانحصار الحق فى الميت وأم الولد.

اللهم إلا- أن يقال: لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها، وثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين، اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها فى ثمنها بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن، لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف فى الدين، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها فى الثمن تقديم الدين على الكفن. أما إذا لم يكن هناك دين

وتردّد الأمر بين حقّها وحقّ مولاها الميت، فلا دليل على تقديم حقّ مولاها، ليخصّص به قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، عدا ما يُدعى: من قاعده تعلق حق الكفن بمال الميت. لكن الظاهر اختصاص تلك القاعده بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه، والاستيلاء من ذلك الحقّ، ولو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصاله فساد بيعها قبل الحاجه إلى الكفن، فتأمل. نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين: من أنّ الولد يرث نصيبه وينعتق عليه ويتعلّق بذمّته مؤونه التجهيز، أو تستسعى أمّه ولو بإيجار نفسها في مدّه وأخذ الأجره قبل العمل وصرّفها في التجهيز. والمسأله محل إشكال.

ومنها: ما إذا جنت على غير مولاها في حياته، أمّا بعد موته، فلا إشكال في حكمها، لأنّها بعد موت المولى تخرج عن التشبّث بالحرية، إمّا إلى الحرّيه الخالصه، أو الرقيّه الخالصه. وحكم جنايتها عمداً: أنّه إن كان في موردٍ ثبت القصاص، فللمجنى عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، وله استرقاقها كلاً أو بعضاً على حسب جنايتها، فيصير المقدار المسترقّ منها ملكاً طلقاً.

وربما تخيّل بعضٌ أنّه يمكن أن يقال: إنّ رقيتها للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول، لأنّها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول. ثم ادّعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلّه المنع خصوصاً صحيحه عمر بن يزيد المتقدّمه في عدم بيع أمّ الولد مطلقاً. والظاهر أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلّا فهو احتمال مخالف للإجماع والنص الدالّ على الاسترقاق، الظاهر في صيروره الجاني رقاً خالصاً. وما وجه به هذا الاحتمال: من أنّها تنتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنّه ليس في النصّ إلا الاسترقاق، وهو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال: إنّها إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول.

والحاصل: أنّ المستفاد بالضرورة من النصّ والفتوى: أنّ الاستيلاء يحدث للأمة حقاً على مستولدها يمنع من مباشره بيعها ومن البيع لغرضٍ عائد إليه، مثل قضاء ديونه، وكفنه، على خلافٍ في ذلك. وإن كانت الجنايه خطأً: فالمشهور أنّها كغيرها من المماليك، يتخيّر المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنّي عليه، وبين أن يفديها بأقلّ الأمرين على المشهور، أو بالأرش على ما عن الشيخ وغيره. وعن الخلاف والسرائر واستيلاء المبسوط: أنّه لا خلاف في أنّ جنايتها تتعلّق برقيبتها. لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنايتها على سيّدها بلا خلاف إلّا من أبي ثور، فإنّه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق وهو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. وربما يوجه بإرادته نفي الخلاف بين العامه، وربما نسب إليه الغفله، كما عن المختلف. والأظهر: أنّ المراد بكونها على سيّدها عود خساره الجنايه على السيّد، في مقابل عدم خساره المولى لا من عين الجاني ولا من مال آخر وكونها في ذمّه نفسها تتبع بها بعد العتق، وليس المراد وجوب فدائها. وعلى هذا أيضاً يحمل ما في روايه مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام، «قال: أمّ الولد جنايتها في حقوق الناس على سيّدها، وما كان من حقوق الله في الحدود، فإنّ ذلك في بدنها»، فمعنى كونها على سيّدها: أنّ الأمه بنفسها لا تتحمّل من الجنايه شيئاً. ومثلها ما أرسل عن علي عليه السلام في: «المعتق عن دبرٍ هو من الثلث، وما جنى هو والمكاتب وأمّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهم». والمراد من جميع ذلك: خروج ديه الجنايه من مال المولى المرّدّد بين ملكه الجاني أو ملك آخر.

وكيف كان، فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك سليمه عن المخصّص. ولا يعارضها أيضاً إطلاق المنع عن بيع أمّ الولد، لأنّ ترك فدائها والتخليه بينها، وبين المجنّي عليه ليس نقلاً لها.

خلافاً للمحكي عن موضع من المبسوط والمهذّب والمختلف: من تعيين

الفداء على السيد. ولعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر، بناءً على أنه لا فرق بين إبطال أحد طرفى التخيير بعد الجنايه كما لو قتل أو باع عبده الجانى وبين إبطاله قبلها، كالأستيلاد الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها. وقد عرفت معنى الروايتين، والمؤيد مصادره لا يبطل به إطلاق النصوص.

ومنها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى، فهل تعود ملكاً طلقاً بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هو المحكى فى الروضه عن بعض وعدّها السيورى من صور الجواز أم لا؟ كما هو المشهور، إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها، وأما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل.

وما يقال فى توجيهه: من «أن الأسباب الشرعيه تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجنايه الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، وهو استقلال جديد فى التصرف فيها، مضافاً إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذى أنيط به الجواز فى صحيحه ابن يزيد المتقدمه مضافاً إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانى عمداً» فمندفع بما لا يخفى.

وأما الجنايه على مولاها خطأً، فلا إشكال فى أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، وروى الشيخ فى الموثق عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام: «أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهى حرّه لا سعايه عليها». وعن الشيخ والصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه صلوات الله وسلامه عليهما: «أنّ أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهى حرّه لا سبيل عليها، وإن قتلت عمداً قتلت به».

وعن الشيخ، عن حماد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إذا قتلت أمّ الولد مولاها

سعت في قيمتها». ويمكن حملها على سعيها في بقيه قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار: الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع.

ومنها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها، فإنها لو لم تكن مستولده كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها، وبين إمساكها، ولا شيء له، لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، ففي المستولده يحتمل ذلك، ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ قيمه، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبه. وأمّا احتمال منع الجاني عن أخذها وعدم تملكه لها بعد أخذ الديه منه، فلا وجه له، لأن الاستيلاء يمنع عن المعاضه أو ما في حكمها، لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع. والمسأله من أصلها موضع إشكال، لعدم لزوم الجمع بين العوض والمعوض، لأن الديه عوض شرعى عما فات بالجنايه، لا عن رقبه العبد. وتام الكلام فى محلّه.

ومنها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت، حكاها فى الروضه. وكذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمه المولى إلا بعد القسمه، وقلنا بأن القسمه لا تنقص ويغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر والمنصوص: أنها تردّ على مالكها، ويغرم قيمتها للمقاتله.

ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمه وملكت أمواله التى هى منها.

ومنها: ما إذا كان مولاها ذمياً وقتل مسلماً، فإنه يدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول. هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، وهو ما إذا عرض لأمّ الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

وأما القسم الثانى: وهو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء، فمن موارد:

ما إذا أسلمت وهي أمه ذمّي، فإنّها تباع عليه، بناءً على أنّ حقّ إسلامها المقتضى لعدم سلطنه الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعرّض للعتق. ولو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحّحه البيع دون قاعده «سلطنه الناس على أموالهم» المقتضيه لعدم جواز بيعها عليه، لأنّ المفروض: أنّ قاعده «السلطنه» قد ارتفعت بحكومه أدلّه نفى سلطنه الكافر على المسلم، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً ولا- حقّ له في عين الملك جزماً. إنّما الكلام في تعارض حقّي أمّ الولد من حيث كونها مسلمه فلا يجوز كونها مقهوره بيد الكافر، ومن حيث كونها في معرض العتق فلا- يجوز إخراجها عن هذه العرضه. والظاهر أنّ الأوّل أولى، للاعتبار، وحكومه قاعده «نفى السبيل» على جُلّ القواعد، ولقوله صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

ومما ذكرنا ظهر: أنّه لا وجه للتمسّك باستصحاب المنع قبل إسلامها، لأنّ الشكّ إنّما هو في طرؤ ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء والأصل عدمه، مع إمكان معارضه الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع عن البيع. ومع إمكان دعوى ظهور قاعده المنع في عدم سلطنه المالك وتقديم حقّ الاستيلاء على حقّ الملك، فلا ينافى تقديم حقّ آخر لها على هذا الحقّ.

ومنها: ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ولو بكسبها، فتباع على من ينفق عليها، على ما حكى عن اللمعه وكنز العرفان وأبى العباس والصيمرى والمحقّق الثانی.

وقال في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد أمرت بالتكسّب، فإنّ عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفايه بالتزويج وجب، ولو تعذّر الجميع ففي البيع إشكال، انتهى.

وظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى، أو كسبها، أو مالها، أو عوض بُضعها، أو وجود من يؤخذ بنفقتها، أو بيت المال، وهو حسن. ومع عدم ذلك كلّ فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً، وفرضها كالحرّ في وجوب سدّ رمقها

كفايةً على جميع من أطلع عليها. ولو فرض عدم ذلك أيضاً، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز، لحكمه أدلّه نفي الضرر، ولأنّ رفع هذا عنها أولى من تحمّلها ذلك، رجاءً أن تنعتق من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلّه المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكها، لا على حقّها الآخر، فتدبر.

ومنها: بيعها على من تنعتق عليه على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة لأنّ فيه تعجيل حقّها. وهو حسن لو علم أنّ العله حصول العتق، فلعلّ الحكمه انعتاق خاصّ، اللهمّ إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلّه المنع، أو يقال: إنّ هذا عتق في الحقيقة. ويلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها، كما عن الشهيد الثاني. ويحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً. وكذلك بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها. ويشكل بأنّه إن علم المولى صدق المقرّ لم يجز له البيع وأخذ الثمن في مقابل الحرّ، وإن علم بكذبه لم يجز أيضاً، لعدم جواز بيع أمّ الولد. ومجرّد صيرورتها حرّه على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، وبقائها في الواقع على صفه الرقيه للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرّيه الواقعيه وإن تأخرت أولى من الظاهريه وإن تعجّلت.

ومنها: ما إذا مات قريبها وخلف تركه ولم يكن له وارث سواها فتشترى من مولاها لتعتق وترث قريبها. وهو مختار الجماعة السابقة وابن سعيد في النزاهه، وحكى عن العماني وعن المهذب: إجماع الأصحاب عليه. وبذلك يمكن ترجيح أخبار «الإرث» على قاعده «المنع»، مضافاً إلى ظهورها في رفع سلطنه المالك، والمفروض هنا عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع.

ومن القسم الثالث وهو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء ما إذا

كان علوقها بعد الرهن، فإن المحكى عن الشيخ والحلى وابن زهره والمختلف والتذكرة واللمعه والمسالك والمحقق الثانى والسيورى وأبى العباس والصيمرى: جواز بيعها حينئذٍ. ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدلته حكم الرهن، وأدله المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها. خلافاً للمحكى عن الشرائع والتحرير، فالمنع مطلقاً. وعن الشهيد فى بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطء بإذن المرتهن، ووقوعه بدونه. وعن الإرشاد والقواعد: التردد، وتمام الكلام فى باب الرهن.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى والحجر عليه، وكانت فاضله عن المستثنيات فى أداء الدين، فتباع حينئذٍ، كما فى القواعد واللمعه وجامع المقاصد. وعن المهذب وكنز العرفان وغايه المرام، لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها، ولا دليل على بطلانه بالاستيلاء. وهو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان. أمّا لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف ووجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين، فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه، فتأمل. وتمام الكلام فى باب الحجر، إن شاء الله.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد جنائتها، وهذا فى الجنايه التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقه، بل يلزم المولى الفداء وأما لو قلنا بأن الجنايه اللاحقه أيضاً ترفع المنع لم يكن فائده فى فرض تقديمها.

ومنها: ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها، فإن المحكى عن الحلى جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري ولعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء. خلافاً للعلامة وولده والمحقق والشهيد الثانين وغيرهم، فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمه أم الولد. ولعله لصيرورتها بمنزله التالف، والفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، وأما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو

لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، والمانع الشرعى كالعقلى.

نعم، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه، أمّا الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره، فلم يثبت، فلا مانع شرعاً من استرداد عينها.

والحاصل: أنّ منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود. اللهم إلا أن يدعى: أنّ الاستيلاء حقّ لأُمّ الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره، إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضى انتقالها، والمفروض أنّ حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقولٍ مطلق، بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعاً، والمفروض أن تعلق حق أمّ الولد مانع شرعاً كالتعلق والبيع على القول بصحتهما في زمان الخيار، فتأمل.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها، بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه: من جواز اشتراط الأداء من مالٍ معيّن، فيتعلق به حق المضمون له، وحيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قولٍ محكّي في الروضه.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقهً إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطء ثم حصل بعده، بناءً على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقه عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق وبعد حصول الشرط فى المعلق، كما حكاه صاحب المدارك عنهم فى باب الزكاه. ويحتمل كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث ويستقرّ قيمه، جمعاً بين حقّي أمّ الولد والمنذور له.

ولو نذر التصدق بها، فإن كان مطلقاً وقلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعضٍ فلا حكم للعلوق. وإن قلنا بعدم خروجها عن ملكه، احتمل: تقديم حق المنذور له فى العين، وتقديم حق الاستيلاء، والجمع بينهما بالقيمه.

ولو كان معلقاً فوطأها قبل حصول الشرط صارت أم ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصدق بها، لتقدم سببه. ويحتمل انحلال النذر، لصيروره التصديق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى قيمه أو بدونه. وتمام الكلام يحتاج إلى بسطٍ تمام لا يسعه الوقت.

ومنها: ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته، فللمولى أن يبيعها على ما حكاها في الروضة عن بعض الأصحاب بناءً على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

والقسم الرابع: وهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معروض لها للعتق، لعدم توريث الولد من أبيه، لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعاً، لفجور، أو ظاهراً، باعتراف. ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمل من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه.

مسأله: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: كونه مرهوناً [١].

الشرح:

[١] لا يجوز للراهن بيع الرهن استقلالاً، أي بلا إذن المرتهن على المعروف بينهم، بل عن «الخلاف» (١) وغيره (٢) الإجماع عليه، ويستدل على ذلك بالأخبار المشار إليها في خلاف الشيخ رحمه الله وبما رواه في «المختلف» عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا: «أن الراهن والمرتهن كلاهما ممنوعان عن التصرف» (٣) وضعف السند منجبر بفتاوى الأصحاب واتفاقهم.

أقول: الظاهر أن مراد الشيخ رحمه الله من الإجماع في خلافه الأعم من الاتفاق على

ص: ٢٧

١- (١) الخلاف ٣: ٢٥٣، كتاب الرهن، ذيل المسأله، وحكاها عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٨٨.

٢- (٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩، وحكاها عنه المحقق التستري في المقابس: ١٨٨.

٣- (٣) المختلف ٥: ٤٢١، ومستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٦، الباب ١٧ من كتاب الرهن، الحديث ٦. عن درر اللآلي.

فإنَّ الظاهر بل المقطوع به : الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون وحكى عن الخلاف اجماع الفرقه وأخبارهم على ذلك. وقد حكى الإجماع عن غيره أيضاً. وعن المختلف فى باب تزويج الأمه المرهونه أنه أرسل عن النبى صلى الله عليه وآله «أنَّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

الشرح:

حكم المسأله أو على القاعده التى يكون تطبيقها على المسأله واستفاده حكمها منها مبتنياً على الاجتهاد منه رحمه الله ، وهذا بقرينه دعواه الإجماع فى المسائل المختلف فيها بين الأصحاب، بل المراد من الأخبار فى ذلك الكتاب أيضاً ذلك لا خصوص ورود الخبر فى حكم المسأله. وعلى ذلك فيمكن أن يكون اعتماده رحمه الله فى منع الراهن عن بيع الرهن على زعمه بأن عدم الجواز فى موارد تعلق حق الغير بالمال مورد التسالم، مع ورود الروايه فى بعضها والمقام من تلك الموارد، ويؤيد ذلك أنه لو كان فى خصوص المسأله أخبار لنقلها فى تهذيبه واستبصاره لوضعهما لنقل الأخبار.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى المرسل المذكور فى «المختلف» وأنه لا- سبيل لنا إلى إحراز أنه المستند لمنع المشهور عن بيع الراهن، فإنه يحتمل أن يكون استنادهم إلى القاعده التى أشرنا إليها فلا مجال لدعوى انجبار ضعف المرسله بالاستناد إليها.

والحاصل: أنه لا يجوز للراهن التصرف بما ينافى عقد الرهن، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بعقده، وأما ما لا ينافى عقد الرهن فيجوز، باعتبار عدم ثبوت المنع عنه، بل فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل رهن جاريتة قوماً، أيحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم، لا أرى به بأساً»^(١). وفى صحيحه الحلبي قال: «سألت

ص: ٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٩٦، الباب ١١ من كتاب الرهن، الحديث الأول.

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله أو يقع موقوفاً على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ فظاهر عبائر جماعه من القدماء وغيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهايه وابن حمزه في الوسيله وجمهور المتأخرين الشرح:

أبا عبدالله عليه السلام وذكر مثله، إلا أنه قال: نعم، لا. أرى هذا عليه حراماً^(١). والكلام في أن بيع الراهن الرهن بلا- إذن المرتهن تصرف ينافى عقد الرهن أم لا، والأظهر عدم منافاته للرهن فيلتزم بصحة بيعه وعدم وقوفه على شيء من إجازة المرتهن أو غيرها. وتعلق حق المرتهن بالعين لا- ينافى نفوذ البيع، حيث يبقى حقه في العين المنتقلة إلى المشتري، غايه الأمر لو كان المشتري عالماً بحال المبيع وأنه رهن ومع ذلك أقدم على شرائها فلا يثبت له خيار الفسخ، ويثبت مع جهله؛ لأن تعلق الرهن بالمبيع نقص فيه.

وإن شئت توضيح ذلك، فلاحظ المسألة الآتية، يعني بيع العبد الجاني فإنه يلتزم بصحة بيعه مع تعلق حق الجنايه به، ويقال: ^(٢) إن تعلقه به لا- يوجب خروجه عن ملك مولاه فيجوز بيعه. ويعمه «أَحْيَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، مع تعلق ^(٣) الجنايه به حتى بعد انتقاله إلى ملك المشتري، مع ثبوت خيار الفسخ له مع جهله بحاله لنقصه، باعتبار كونه معرضاً للاسترقاق أو القصاص الموجب لذهابه على المشتري. وفي المقام أيضاً لو امتنع المديون عن أداء دينه فللمرتهن استيفاؤه من الرهن، ويكون ذهاب المال من المشتري كما لا يخفى.

ص: ٢٩

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٢.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٥، والقواعد ١: ١٢٦، والدروس ٣: ٢٠٠، واللمعة الدمشقيه: ١١٢، وجامع المقاصد ٤: ٩٩ وغيرهم.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

عدا شاذّ منهم هو كونه موقوفاً وهو الأقوى للعمومات [١] السليمه عن المخصّص لأنّ معقد الاجماع والأخبار الظاهره فى المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف «المرتهن» على «الراهن» مع ما ثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً. وعلى تسليم الظهور فى بطلان التصرف الشرح:

[١] بناءً على تعلق النهى ببيع الرهن كما إذا اعتمدنا على مرسله «المختلف» (١)(٢) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائده: الآيه ١ (٢). أو ما فى «الخلاص» (٢) فهل يكون بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن أو يكون كبيع الوقف وأمّ الولد فى وقوعه باطلاً؟ ذكر رحمه الله بما حاصله: أن الأظهر هو الأول، كما هو مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد (٣) وإطلاق دليل حل البيع (٤)، فإن المانع عن شمولهما وهو حق المرتهن فى العين يسقط بإجازته. ويدلّ عليه أيضاً ما ورد (٥) فى نكاح العبد بلا إذن سيده فإن ظاهره كما مر فى بيع الفضولى، أنّ كلّ عقد يكون النهى عنه باعتبار رعايه حق الآخر يرتفع عنه النهى ويتمّ ذلك العقد بسقوط ذلك الحق ورضا صاحبه به، بخلاف ما إذا كان النهى عنه لمنع الشارع عنه وضماً بالأصله فإنه لا يصحّ ولا يلحق به رضا الله وإمضاؤه.

بل يمكن استفادته لزوم عقد الراهن بإجازة المرتهن من فحوى صحه بيع الفضولى بلحوق رضا المالك به، والوجه فى الفحوى نقص بيع الفضولى من جهه عدم استناده إلى المالك وعدم رضاه به، بخلاف المقام، حيث إنّ النقص فيه من جهه عدم رضا المرتهن فقط، وإذا كانت الإجازة فى البيع فضولاً مصحّحه للجهتين فتصححها الجبهه الواحده أولى.

ص: ٣٠

١- (١) و

٢- مرّ آنفاً .

٣- (٣) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ١١٤ ١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٢ .

رأساً فهي موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافاً على ما يستفاد من صحة نكاح العبد، بالإجازة معللاً بـ «أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده» إذ المستفاد منه: أن كل عقد كان النهي عنه لحقّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا وليس ذلك كمعصية الله أصاله في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

هذا كله مضافاً إلى فحوى أدله صحة الفضولي، لكن الظاهر من التذكرة: أن كل من أبطل عقد الفضول أبطل العقد هنا. وفيه نظر، لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله «لا- بيع إلا- في ملك» لا يلزمه البطلان هنا، بل الاظهر ما سيجيء عن إيضاح النافع: من أن الظاهر وقوف هذا العقد. وإن قلنا ببطلان الفضولي.

الشرح:

نعم، ربما يناقش في الفحوى على ما عن «التذكرة»^(١) بأن كل من أبطل بيع الفضولي ولم ير تمامه بالإجازة أبطل بيع الراهن ولم ير تمامه بإجازة المرتهن، فإن ظاهر ذلك عدم الفرق بين بيع الفضولي وبيع الراهن، فلا يكون الثاني أولى بالصحة بالإجازة.

ولكن لا- يخفى ما فيه، كما لا- يخفى ما ذكره بعض المعاصرين من بطلان بيع الراهن وعدم تمامه بإجازة المرتهن، باعتبار أن ظاهر النهي عن المعاملة فسادها كالنهي عن بيع الوقف وأم الولد، بخلاف ما إذا كان النهي عنه لكون المنهي عنه عنواناً ينطبق على المعاملة أحياناً ويعبر عن ذلك بالنهي عن المعاملة بعنوان خارج عنها، فإن هذا النهي لا يقتضى فسادها.

ص: ٣١

وقد ظهر من ذلك ضعف ما قوّاه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان متمسكاً بظاهر الاجماعات والأخبار المحكيه على المنع والنهي، قال: وهو موجب للبطلان وإن كان لحقّ الغير إذ عبره بتعلّق النهي بالعقد لا- لأمر خارج عنه، وهو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وأمّ الولد وغيرهما مع استواء الجميع في كون سبب النهي حقّ الغير، ثمّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن مع أنّ كثيراً من الاصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع كما دلّت عليه الروايه فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرّف المنهَى عنه إن كان انتفاعاً [١] بمال الغير فهو محرّم، الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أن الأفعال الخارجيه المتعلقة بمال الغير المحكوم به بالحرمة عند صدورها لا تخرج إلى الحلال بالإجازة؛ لأنّ تلك الأفعال قد انتهى أمرها، أما بالوجود فلا يمكن تركها، أو إلى الترك فلا يمكن فعلها، فلا يتعلّق الحكم التكليفي بها بعد انتهاء زمانها؛ ولذا يحكم ببطلان الوضوء والاعتسال بماء الغير حتى مع رضا مالكة فيما بعد، فإن بطلانها باعتبار حرمتها حين صدورهما ولا- يكون انقلاب في الحرمة. نعم، ما يتعلّق بمال الغير من الأفعال الاعتباريه التي لها أحكام وضعيه كالعقود فيمكن تصحيح تلك الأفعال بالإجازة.

وقد فصّل القائل المزبور فيها بأنها فيما كانت صادرة عن المالك لا تكون موقوفه؛ لأنّ المعامله الصادره عن المالك أصاله لا نيابه، ولو تعلّق بها نهى تكون فاسده، وإلا صحت فعلاً، بخلاف الاعتباريات الصادره عن غير المالك فإنها لو وقعت على وجه الظلم والعدوان على المالك بحيث تكون محرمة فلا تصح بلحوق الإجازة كبيع الغاصب، بخلاف ما إذا وقعت على وجه النيابه عن المالك فإنه لا يتعلّق بها

ولا- تحلله الإجازة المتعقبه وإن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال لا- على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنه كذلك كما سبق في الفضولى وإلا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهى، فالعقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه. وإن كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرد إجراء الصيغه، فلا- يزيد عن عقد الفضولى، فلا يتعلّق به نهى أصلاً.

وأما المالك، فلما حُجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع إلاّ مستنداً إلى ملكه لانحصار المالكه فيه ولا معنى لقصده النيابة، فهو منهى عنه، لكونه تصرفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر. ومجرد الملك لا يقضى بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه، ولذا لم يصحّ البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصاً، للمنع عن التصرف.

ثم قال: وبالجملة، فالذى يظهر بالتّبع فى الأدله: أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته، وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه وكان تصرفه على وجه الأصالة فلا- تقع على وجهين، بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم. وأما التعليل الشّرح:

فى الفرض نهى لتكون فاسده. وهذا القسم يكون تماماً بلحوق الإجازة، ومما ذكر يظهر التفصيل فى بيع المرتهن الرهن بلا إذن الراهن، بخلاف بيع الراهن بلا إذن المرتهن، فإن الثانى يكون فاسداً لحقت به الإجازة أم لا، بخلاف الأول فإنها تصح بالإجازة لو صدرت على وجه النيابة.

المستفاد من الروايه المرويّه فى النكاح من قوله: «لم يعص الله وإنّما عصى سيّده . . . إلى آخره»، فهو جار فى من لم يكن مالِكاً كما أنّ العبد لا يملك أمر نفسه، وأمّا المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله بتصرّفه. ولا يقال: إنه عصى المرتهن، لعدم كونه مالِكاً، وإنّما منع الله من تفويت حقه بالتصرّف، وما ذكرناه جارٍ فى كلّ مالِكٍ متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجِر على ماله لعارضٍ كالفلس وغيره فيحكم بفساد الجميع. وربّما يتّجه الصّحاح فيما إذا كان الغرض [١] من الحجّر رعايه مصلحه كالشفعه فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى، انتهى كلامه رفع مقامه.

ويرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة، ومنع اقتضاء مطلق النهى، لا لأمر خارجٍ، للفساد [٢]:

الشرح:

[١] يعنى ربما يقال بصفه بيع المالك بلحوق إجازة ذى الحق فيما كان نهى المالك عن بيع ماله لرعايه مصلحه الآخر، كنهى المشتري عن بيع الحصه التى اشتراها فإن الحجّر عليه من بيع تلك الحصه لرعايه مصلحه الشريك الآخر؛ ليتمكن من الأخذ بالشفعه. وفى هذا القسم يقال بصفه بيع المشتري المزبور فيما أجازة الشريك الشفيع.

أقول: وعلى ذلك يكون بيع الرهن أيضاً كذلك، فإن الحجّر على الرهن باعتبار رعايه مصلحه المرتهن، والمراد ب«هنا» فى قوله: فالقول بالبطلان هنا هو الأقوى (١)، هو بيع الرهن، فتدبر.

[٢] النهى عن المعامله ظاهرها الإرشاد إلى فسادها، يعنى عدم إمضاء الشارع لها

ص: ٣٤

١- (١) مقابس الأنوار: ١٩٠.

أولاً: أن نظير ذلك يتصوّر في بيع الراهن، فإنّه قد يبيع رجاءً لإجازة المرتهن ولا ينوى الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمه في شيء من ذلك.

وثانياً: أنّ المتيقّن من الإجماع والأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارته معقد الإجماع والأخبار، أعنى قولهم: «الراهن والمرتهن ممنوعان»، ومعلوم أنّ المنع في المرتهن إنّما هو على وجه لا- ينافي وقوعه موقوفاً، وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعته صاحبه في ذلك. وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات.

الشرح:

وصرفه إلى التكليف يحتاج إلى قيام قرينه، ومع قيام القرينه على كونه تكليفاً فلا- ملازمه بين المنع عن المعاملة بمعناها المصدرى وثبوت أثرها على تقدير إنشائها؛ ولذا لا- يقتضى النهى عن المعاملة فسادها، حيث إن النهى عنها كما ذكر كون صدورها مبغوضاً. وأما ترتب الأثر عليها بعد صدورها أخذاً بعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، وإطلاق دليل حل البيع (٢)، بمعنى إمضاءها، فلا ينافي النهى المزبور، وهذا حال النهى عن معاملة بعنوانها.

وأما إذا كان النهى عنها بعنوان آخر منطبق عليها، فإن كان ذلك العنوان منطبقاً على المعاملة بمعناها المصدرى فهو لا يزيد عن النهى عنها بعنوانها، وإذا كان العنوان المزبور منطبقاً على المعنى الاسم المصدرى والوفاء به كما إذا انطبق عنوان تقوية الكفر وتضعيف الحق وأهل الإيمان، أو ثبوت السبيل للكافر على المسلم على بيع

ص: ٣٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) للآية «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهى في كل منهما لحق الغير، فإنّ منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهى عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولى ونكاح العبد وبيع الراهن.

وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأمّ الولد، ففيه: أن الحكم فيهما تعبدٌ، ولذا لا يؤثر الإذن السابق في صحته البيع، فقياس الرهن عليه في غير محلّه.

وبالجملة، فالمستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار: أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأساً، بل إنما يقتضى الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعته ذى الحق. ويندرج في ذلك: الفضولى وعقد الراهن، والمفلس، والمريض، وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرّ وغير ذلك، فإنّ النهى في جميع ذلك إنّما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين. وقد يتخيل وجه آخر [١] الشرح:

العبد المسلم منه والوفاء بها، فالظاهر عدم صحته تلك المعاملة، وذلك فإن كون المعنى الاسم المصدري مبعوضاً مقتضاه عدم إمضاء الشارع له، حيث إن إمضاء الملك المزبور تقويه للكفر وجعل سبيل للكافر على المسلم.

وبتعبير آخر: لا- يمكن الأمر بالوفاء بتلك المعاملة المقتضية للقبض والإقباض مع النهى عن تقويه الكفر وترويج الباطل، وجعل الكافر أعلى من المسلم.

[١] وحاصله: أنّ إجازة المرتهن كاشفه عن دخول العين في ملك المشتري من زمان بيع الراهن، فيلزم أن يكون ملك غير المديون، يعنى المشتري، رهناً.

لبطلان البيع هنا، بناءً على ما سيجيء: من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفه، حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن وهو المشتري رهناً للبائع.

وبعبارة أخرى: الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد أعنى: ما قبل الإجازة، وهذا نظير ما تقدم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع.

ويدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع وإلا- لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لأن فرض كون المجيز مالاً للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لمالك واحد قبل الإجازة. وأما ما يلزم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» فلا يلزم في مسأله اجازة المرتهن. نعم، يلزم في مسأله افتكاك الرهن وسيجىء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وبتعبير آخر: إجازة المرتهن في المقام نظير إجازة البائع في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» ثم أجاز في عدم إمكان وقوع الإجازة كاشفه، ووقوعها بغير نحو الكشف غير صحيح. ووجه عدم الإمكان في تلك المسأله أنها لو كانت كاشفه عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين بيع البائع لزم كون المبيع ملكاً للمشتري بمقتضى إجازة البائع وملكاً لمالكة الأولى ليصح تملك البائع منه بعد بيعه، كما يلزم في المقام كونه ملكاً للمشتري ببيع الراهن وكونه رهناً ليصح للمرتهن إجازته.

والجواب: أن إجازة المرتهن كما تكون كاشفه عن انتقال المبيع إلى المشتري من زمان البيع كذلك تكون كاشفه عن تمام الرهن من ذلك الزمان فلا محذور.

والحاصل: أن المحذور في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» فأجاز لا يجرى في إجازة المرتهن. نعم، يجرى مثل المحذور في مسأله «افتكاك الرهن بعد بيع الراهن»، فيلزم كون ما هو ملك المشتري رهناً بحسب الواقع على دين الغير إلى زمان افتكاكه،

ثم إنَّ الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفةً أو ناقلةً هو الكلام في مسأله الفضولى. ومحصّله: أن مقتضى القاعده النقل [١] إلاّ أنّ الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهى هنا من قبيل رفع المانع، ومن أجل ذلك جوّزوا عتق الرّاهن هنا [٢] مع تعقّب إجازة المرتهن، مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. والاعتذار عن ذلك بيناء العتق على التغليب كما فعله المحقّق الثانى فى كتاب الرهن، فى مسأله عفو الرّاهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون منافٍ لتمسّكهم فى العتق الشّرح:

فبيع الرّاهن قبل افتكاك الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاط حقه يشبه مسأله «من باع شيئاً ثم ملك».

وعلى الجملة، فرق بين إجازة المرتهن وفك الرهن أو الإبراء، فإنه وأن يسقط حق الرهانه بكل منها، إلا أن مبدأ السقوط فى الإجازة من حين بيع الرّاهن؛ ولذا يدخل البيع المزبور فى دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد ولكن مبدأ انتهاء الرهن فى الفك أو الإبراء زمانهما لا حال البيع؛ ولذا يكون دخول البيع المزبور فى إطلاق دليل حل البيع (١) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) مبنياً على جواز التمسك بالعام بعد خروج فرد منه، وعلى تقدير الدخول يكون مقتضاه النقل كما يأتى.

[١] قد تقدم فى بحث الفضولى أن مقتضى القاعده الكشف الحكمى لا النقل المعروف.

[٢] أى ومن أجل كون الإجازة فى المقام من قبيل رفع المانع جوّزوا عتق الرّاهن

ص: ٣٨

١- (١) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

بعمومات العتق، مع أنّ العلامة قدس سره فى تلك المسأله قد جوّز العفو مراعى بفكّ الرهن.

هذا إذا رضى المرتهن بالبيع وأجازة. أما إذا أسقط حقّ الرهن، ففى كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين. ثم إنّه لا إشكال فى أنّه لا ينفع الرد بعد الإجازة، وهو واضح. وهل ينفع الإجازة بعد الرد؟ وجهان:

من أنّ الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقهّ فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردّ بيع الفضولى، لأنّ المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين، وقد تقرّر أنّ رد أحد العاقدين مبطلٌ لإنشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا، فإن المرتهن أجنبى له حقّ فى العين.

ومن أنّ الإيجاب المؤثر إنما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فرضاً كلّ منهما جزءاً مقوم للإيجاب المؤثر، فكما أنّ ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم، كذلك ردّ المرتهن، وهذا هو الأظهر من قواعدهم.

الشرح:

مع لحوق إجازة المرتهن به (١)، مع أنهم ذكروا بعدم جريان الفضولية فى الإيقاعات فيعلم بذلك أن عدم جريانها يختص بموارد تكون الفضولية فيها باعتبار قصور المقتضى؛ ولذا جواز العلامة (٢) عفو الراهن عن الجنايه على عبده المرهون مشروطاً بفكّ الرهن فى المستقبل، فلا مجال لتوجيه (٣) عتق الراهن بلحوق إجازته بكون بناء العتق على التغليب.

ص: ٣٩

١- (١) كما فى النهايه : ٤٣٣، والشرائع ٢ : ٨٢، والجامع للشرائع : ٨٨، وانظر مفتاح الكرامه ٥ : ١١٦ .

٢- (٢) القواعد ١ : ١٦٥ .

٣- (٣) الموجّه هو المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٥ : ١٤٦ .

ثم إنَّ الظاهر أنَّ فكَّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة، لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرَّح به في التذكرة وحكى عن فخر الإسلام والشهيد في الحواشي، وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين.

ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد [١] بل بمطلق الشرح:

[١] وحاصله: أنه لا دليل في البين على تمام بيع الراهن ولزومه بفك الرهن (١) أو إبراء المرتهن أو إسقاطه حقه، وذلك فإن بيع الراهن حال حصوله كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد (٢) وعن إطلاق حل البيع (٣)، وبعد انقضاء الرهن بما ذكر لا يمكن التمسك بهما؛ لما تقرر في محله من عدم جواز التمسك بالعام أو المطلق فيما إذا خرج فرد عنهما في زمان وشك في حكم ذلك الفرد بعد ذلك. إلا إذا كان للعام أو المطلق عموم أو إطلاق زمني، بأن يجب الوفاء في كل زمان بوجوب مستقل، ولكن الثابت وجوب واحد مستمر والحليه الثابته حكم وضعي لا تكليفي فضلاً عن كونها زمانية.

والحاصل: يكون المقام من موارد حكم الخاص، يعني استصحاب عدم لزوم المبيع المزبور، وعدم إمضاءه وبقاء الرهن على ملك الراهن، بل ما ورد (٤) في نكاح العبد من عدم تمامه بمجرد عتقه فيما إذا كان نكاحه بغير إذن سيده ظاهره أن خروج نكاحه عن عموم وجوب الوفاء بالنكاح حال حدوثه كاف في الحكم بعدم تمامه بالعتق. ولا فرق بين النكاح المزبور وبيع الراهن من هذه الجهة.

ص: ٤٠

١- (١) راجع القواعد ١: ١٦٠، وفيه: فلو افتكَّ الرهن ففي لزوم العقود نظر.

٢- (٢) للآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة: الآية ١.

٣- (٣) للآية «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ١١٧ و ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٣.

السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما، نظراً إلى أنّ الرهن تصرف فيما فيه حق المرتهن، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه.

والفرق بين الإجازة والفك: أنّ مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه، وإن لزم من الإجازة سقوط حقه، فيسقط حقه بلزوم البيع. وبالعكس، فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه، نظير إجازة المالك. بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء، فإنّه ليس فيه دلالة على مضيّ العقد حال وقوعه، فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، وقد تقدم الإشكال فيه عن جماعه مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بناءً على أنّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص. وليس ذلك محلّ التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إنّ المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام. ويؤيد ما ذكرناه بل يدلّ عليه: ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

هذا، ولكنّ الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور [١] من جهة أنّ عدم تأثير بيع الشرح:

[١] المراد بالاحتمال هو احتمال بطلان بيع الرهن وعدم تمامه بفك الرهن أو الإبراء وإسقاط المرتهن حقه، ووجه ضعفه أنه لا مجال لاستصحاب عدم تمام بيع الرهن بعد حصول أحدها، فإن عدم تمامه باعتبار تراحم حق المرتهن مع وجوب الوفاء ببيع الرهن والترجيح لحق المرتهن؛ لكونه أسبق. وإذا سقط الحق المزبور بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فالمقام من مورد التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد.

المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدله سببه البيع المستفاده من نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«الناس مسلطون على أموالهم» ونحو ذلك، عامه، وخروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمه حق المرتهن الذى هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب. ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع، للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

الشرح:

وبهذا يظهر الفرق بين تمام البيع بعد انقضاء الرهن وبين نكاح العبد بلا إذن مولاه، حيث لا يصح الثانى بعقده بعد النكاح، حيث إن نكاح العبد كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد(1)؛ لقصور المقتضى، حيث إن العبد لقصوره لا يستقل فى نكاحه. وعدم تمام بيع الراهن كان لوجود المزاحم لا لقصور البائع.

أقول: لا- فرق بين الأمرين، والتعبير بأن خروج نكاح العبد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضى، أى لقصور نكاحه وعدم استقلال العبد فى عقوده وإيقاعاته بلا- منافاه بين كونه زوجاً وكونه عبداً، بخلاف خروج بيع الراهن فإنه ليس لقصور عقده، بل لكون بيعه منافياً لكون ماله رهناً لا- يخفى ما فيه، فإنه إذا فرض أن رسول الله صلى الله عليه و آله قد منع عن بيع الراهن وبذلك خرج البيع المزبور عن عموم وجوب الوفاء بالعقد يكون التمسك به بعد انتهاء الرهن بالفك أو الإبراء من التمسك بالعام الدال على الحكم الاستمرارى بعد خروج فرد منه فى زمان، كما أنه قد خرج نكاح العبد عن العموم المزبور بما دل على اعتبار إذن المولى فى نكاح عبده، فالتعبير عن

ص: ٤٢

١- (١) للآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة: الآية ١ .

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياس مع الفارق، لأن المانع عن سببه نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمه حقّ السيد لمقتضى النكاح، إذ لا منافاه بين كونه عبداً وكونه زوجاً، ولأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره، ثمّ انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف.

هذا، ولكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانه بالفكّ أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً ومؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا: من أنّ مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإنّ هذا غير متحقّق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنّهُ لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد، وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما كان يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد.

هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدّم عن القواعد في مسأله عفو الراهن عن الجاني على المرهون: أنّ الفكّ يكشف عن صحّته. ويدلّ على الكشف أيضاً ما استدلّوا به على الكشف في الفضولي: من أنّ العقد سبب تامّ... إلى آخر ما ذكره في الروضه وجامع المقاصد.

الشرح:

أحدهما بالمانع وعن الآخر بعدم تمام المقتضى مجرد تعبير، وإلا فالموضوع لوجوب الوفاء بعد ورود التخصيص على العقد الذي لا يكون من الراهن بلا إذن مرتهنه والنكاح الذي لا يكون من عبد بلا إذن مولاه، فتدبر.

ص: ٤٣

ثم إنَّ لازلزم الكشف كما عرفت [١] في مسأله الفضولى لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه، بل ولا إبطاله بالإذن للمرتهن فى البيع.

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلاً بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع. ويمكن أن يقال: إنّه إنّما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأما دفع حقوق الغير وسلطته فلا يجب، ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك. وكيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه، لحقّ المرتهن، لاقتضاء الرهن ذلك وإن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن، لتقدّم حقّ المرتهن؟ أو يجبر الحاكم الراهن على فكّه من مال آخر، جمعاً بين حقى المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع؟ وجهان. ومع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حقّ المرتهن.

مسأله: إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كّلّه أو بعضه، فالأقوى صحه بيعه، وفاقاً للمحكى عن العلامة والشهيد والمحقق الثانى وغيرهم، بل فى شرح الصيمرى: أنّه المشهور، لأنّه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق الشرح:

[١] لا- يخفى أن تمام العقد يكون بالإيجاب والقبول وإجازة المرتهن على الفرض، وقبل ذلك لا يكون فى البين وجوب للوفاء على ما تقدم، ولو فرض القول بأنّ وجوب الوفاء انحلالى يثبت للأصيل قبل تمام العقد فالوفاء به عباره عن عدم نقضه بإبطال إنشائه لا- وجوب تكميل العقد وإتمامه، ولو بدفع حقوق الغير أو طلب الإسقاط من ذى الحق؛ ولذا لا يجب على من باع مال الغير شراء ذلك المال من المالك ليدفعه إلى المشتري بناءً على القول بالصحة فى مسأله «من باع شيئاً ثم ملك».

عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجىء.

وتعلق حق المجنى عليه به لا- يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به. ومجرد إمكان مطالبه أولياء المجنى عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا- يسقط اعتبار ماليته. وعلى تقدير تسليمه، فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل والاسترقاق، فإن افتكك لزم، وإلا بطل البيع من أصله.

ويحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار، لوقوعه في ملكه، غايه الأمر أن كون المبيع عرضه لذلك عيب يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع الأرمد إذا عمى، والمريض إذا مات بمرضه.

ويردّه: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا- يقبل أن يقع لازماً، لأدائه إلى سقوط حق الغير، فلا بدّ إما أن يبطل وإما أن يقع مراعى، وقد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله ومدخله الغير فيه: وقوع بيعه مراعى، لا باطلاً.

وبذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت، والأرمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعتاق، فإنّ الخوف فى المثالين لا يوجب نقصاناً فى سلطنه المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حق الغير. اللهم إلا أن يقال: إنّ تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزاً، لأنّ للبائع سلطنه مطلقه عليه، وكذا للمشتري، ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعه ذى الحق، غايه الأمر أن له التسلّط على إزاله ملكهما ورفعها بالإتلاف أو التملك، وهذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى وعدم استقرار الملك.

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من تصرف الغير وحق المجنى عليه الغير المانع فعلاً، غايه الأمر أنه رافع شأناً. وكيف كان، فقد حكى عن الشيخ

فى الخلاف البطلان، فإنه قال فىما حكى عنه: إذا كان لرجل عبداً، فجنى، فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه، فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع، وإن كانت جنايته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه الأرش. ثم استدلل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لأنه قد باع منه ما لا يملكه، فإنه حق للمجنى عليه. وأما إذا وجب عليه الأرش صح، لأن رقبته سليمة، والجنايه أرشها فقد التزمه السيد، فلا وجه يفسد البيع، انتهى.

وقد حكى عن المختلف: أنه حكى عنه فى كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمداً، حيث قال: إذا كان عبد قد جنى جنايه فإنه لا يجرى عتقه عن الكفار، وإن كان خطأً جاز ذلك. واستدل بإجماع الفرقة، فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، وإن كان خطأً فديه ما جناه على مولاه، انتهى.

وربما يستظهر ذلك من عبارته الإسكافية المحكيه عنه فى الرهن، وهى: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن مثباً لملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبه بجنايته عن ملكه، انتهى.

وربما يستظهر البطلان من عبارته الشرائع أيضاً فى كتاب القصاص، حيث قال: إنه إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاه صح، ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصح لئلا يبطل حق الولى من الاسترقاق، كان حسناً. وكذا بيعه وهبته، انتهى.

لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق، لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل والاسترقاق.

وكيف كان، فالظاهر من عبارته الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك، وهو ممنوع، لأصالة بقاء ملكه، ولظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الأخبار

فى بقاء الملك. نعم، فى بعض الأخبار ما يدلّ على الخلاف ويمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه، فإنّه ينتقل إلى المجنى عليه، ويكون عدم جواز بيعه من المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كلّ ما يتعلّق به حقّ الغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما فى الرهن.

مسألة: إذا جنى العبد خطأ صحّ بيعه على المشهور، بل فى شرح الصيمرى: أنّه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجنايه خطأً أو شبه عمد، ويضمن المولى أقلّ الأمرين من قيمته وديه الجنايه، ولو امتنع كان للمجنى عليه أو لوليه انتزاعه، فيبطل البيع. وكذا لو كان المولى معسراً، فللمشتري الفسخ مع الجهاله لتزلزل ملكه ما لم يفده المولى، انتهى.

وظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد، إلا أنّ المحكى عن السرائر والخلاف: أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء، لا- أنه إذا باع ضمن. والأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع، لكونه ملكاً لمولاه، وتعلّق حق الغير لا يمنع عن ذلك، لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً فضلاً عن تعلّق حقّ الغير. ولعلّ ما عن الخلاف والسرائر مبنّى على أصلهما من بطلان الفضولى وما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير، كما يومئ إليه استدلال الحلّى على بطلان البيع قبل التزامه وضمّانه: بأنّه قد تعلق برقبه العبد الجانى فلا يجوز إبطاله. ومرجع هذا المذهب إلى أنّه لا واسطه بين لزوم البيع وبطلانه، فإذا صحّ البيع أبطل حق الغير. وقد تقدم غير مرّه: أنّه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازه ذى الحق أو سقوط حقه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الديه أو أقلّ الأمرين على الخلاف وقع مراعى، فإنّ فداه المولى أو رضى المجنى عليه بضمّانه فذاك، وإلا انتزعه المجنى عليه من المشتري، وعلى هذا فلا يكون البيع موجباً لضمّان البائع حقّ المجنى عليه.

قال فى كتاب الرهن من القواعد: ولا- يجبر السيد على فداء الجانى وإن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنّى عليه، فإن استوعب الجنايه قيمه بطل الرهن، وإلاّ فى المقابل، انتهى.

لكن ظاهر العلامه فى غير هذا المقام وغيره هو أنّ البيع بنفسه التزام بالفداء. ولعلّ وجهه: أنّه يجب على المولى حيث تعلّق بالعبء وهو مالّ من أمواله، وفى يده حقّ يتخيّر المولى فى نقله عنه إلى ذمّته، أن يوفّى حقّ المجنّى عليه إمّا من العين أو من ذمّته، فيجب عليه: إمّا تخليص العبد من المشتري بفسخ أو غيره، وإمّا أن يفديه من ماله، فإذا امتنع المشتري من ردّه والمفروض عدم سلطنه البائع على أخذه قهراً، للزوم الوفاء بالعقد وجب عليه دفع الفداء.

ويرد عليه: أنّ فداء العبد غير لازم قبل البيع، وبيعه ليس إتلافاً له حتى يتعيّن عليه الفداء، ووجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلاّ رفع يده، لا رفع يد الغير، بل هذا أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذى تقدّم فى آخر مسألته الخدشه فى وجوب الفكّ على الراهن بعد بيعه، لتعلّق الدين هناك بالذمه وتعلّق الحق هنا بالعين، فتأمل. ثمّ إنّ المصرّح به فى التذكرة والمحكى عن غيرها: أنّ للمشتري فكّ العبد، وحكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

مسأله: الثالث من شروط العوضين: القدره على التسليم [١]، فإنّ الظاهر الشرح:

[١] يعنى من شروط العوضين كون تسليمهما مقدوراً، نظير ما يذكر فى ناحيه كون مقدارهما معلوماً، ثمّ إنه قد لا يكون الشىء مع عدم التمكّن على تسليمه مالاّ ولا يقع مورد رغبه ليبدل له مال، وهذا لا إشكال فى عدم جواز بيعه ولو أن الشىء بعدم القدره عليه لا يخرج عن ملك الشخص، كما إذا طار الطائر الذى لا يرجى عوده أو وقعت السمكه التى اصطادها فى البحر ثانياً، فإنه لو رجع الطائر اتفاقاً أو وقع بيد الآخر

الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة: أنه إجماع. وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء. وعن الغنية: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً ممّا لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف. واستدل في التذكرة على ذلك بأنه: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغر»، وهذا غرٌّ، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرّح به في موضع من الإيضاح، واشتهار الخبر بين الخاصّة والعامه يجبر إرساله.

الشرح:

أو أخرج السمك عن الماء كذلك كان ملكه. ولا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه، فعدم جواز بيعهما لعدم كونهما من الأموال، وفي صحيحه البنزطي قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير، الذي يسوى دراهم كثيره وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه، أيحل له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه، وملك جناحه فهو له، وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه» (١). فإن ظاهرها عدم خروج الشيء بعدم القدره عليه عن كونه ملكاً كما لا يخفى.

والحاصل: أن الكلام في المسألة فيما إذا لم يخرج الشيء مع عدم القدره على تسليمه عن كونه مالاً؛ لوجود المنفعة المقصوده فيه حتى مع عدم التمكن عليه كما في العبد الآبق، حيث يمكن عتقه في كفاره أو غيرها، وهذا منفعة مقصوده أو كونه مالاً لاحتمال الظفر به كما في غالب الأشياء، حيث إنها لا تخرج عن الماله رأساً مع احتمال الظفر بها. كما أن ما لا يكون من غير المقدور ملكاً للبائع كالسموك في البحار خارج عن البحث في المقام، فإن عدم جواز بيعها باعتبار عدم ملكها للبائع، لا على عدم تمكنه على تسليمها؛ ولذا لو كان متمكناً على تسليمها ولو بالاصطياد بعد البيع لم يصح بيعها.

ص: ٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٦١، الباب ١٥ من كتاب اللقطه، الحديث الأول.

الشرح:

وبتعبير آخر: الكلام فى المقام فى اعتبار القدره على التسليم بعد الفراغ عن تمام البيع من سائر الجهات.

ثم إنَّ النائىنى (1) ذكر رحمه الله أن الشىء مع عدم التمكن على تسليمه يخرج عن كونه مالاً، وهذا هو الوجه فى ذكر القدره على التسليم فى شرائط العوضين لا- فى شرائط المتبايعين، وقال: يذكر فى كلمات الفقهاء بطلان البيع مع عدم القدره على التسليم، ويذكر فيها أيضاً أن تعذر التسليم يوجب الخيار للطرف الآخر، والفرق أن فى مورد التعذر لا يتمكن البائع على تسليمه ولكن يتمكن المشتري على الظفر به، وفى هذه الصوره يصح البيع ولكن يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ، وكذا فيما إذا تساهل البائع فى تسليم المبيع إلى المشتري حتى تعذر تسليمه فإن هذا يوجب الخيار.

أقول: لو صح ما ذكره أولاً، من خروج الشىء بعدم القدره عليه عن كونه مالاً لزم الحكم بفساد البيع فيما إذا تساهل فى التسليم حتى إذا تعذر بطريان التسليم، فتكون ماله المبيع تالفه قبل التسليم، نظير انقلاب الخل إلى الخمر قبل تسليمه إلى المشتري أو تعيب المبيع بعيب يخرج معه عن كونه مالاً.

ودعوى: أن التلف قبل القبض يختص بموارد التلف الحقيقى يدفعها ملا-حظه مسأله انقلاب الخل خمرأً وتعيب المبيع بعيب موجب لخروجه عن الماله قبل تسليمه إلى المشتري، والصحيح أن مسأله تعذر التسليم الموجب للخيار ما إذا أحرز التمكّن عليه ولكن لا- يحصل هذا التمكّن فى الزمان المعين مع استحقاق المشتري المطالبه فيه كما فى بيع السلم. ويفرض ذلك فى بيع الأعيان الشخصيه كما إذا أحرز

ص: ٥٠

أمّا كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة، حيث مثّلوا للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، مع أنّ معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادقٌ عليه، والمروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر».

الشرح:

فيها التمكن على التسليم ولكن لم يقع هذا التمكن في زمان استحقاق المشتري التسليم، نظير الأموال المستورده من الخارج التي تباع قبل وصولها إلى يد بائعها، وربما يتأخر وصولها بحيث لا يتمكن بائعها على تسليمها في الزمان المقرر للتسليم، وهذا لا يوجب بطلان البيع ولا يكشف عن بطلانه، بل يثبت للمشتري خيار الفسخ؛ لأن مرجع ذلك إلى التخلف في شرط القبض كما لا يخفى.

ثم إنه يستدلّ على اعتبار القدره بروايه النهى عن بيع الغرر^(١)، حيث يصدق عنوان بيع الغرر على بيع ما لا- يتمكن فيه على التسليم والتسلم، كما يشهد بذلك مافى كلمات اللغويين^(٢) والفقهاء^(٣) من التمثيل لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء والسمك في البحر.

وبتعبير آخر: المعنى الظاهر للغرر ولو قلنا بعدم إحرازه تفصيلاً إلا أن صدقه على موارد عدم التمكن على تسليم الشيء وتسلمه محرز، كما هو مقتضى التمثيل المزبور، كما يصدق عليه في الجملة المنقوله عن أمير المؤمنين عليه السلام «أن الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»^(٤)، ولا يبعد أن يكون المنقول عن الصحاح وهو كون الغرر

ص: ٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسنند أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) الصحاح ٢ : ٧٦٨ ماده «غرر»، والمغرب : ٣٣٨ ، ومجمل اللغة : ٥٣٢ ماده «غرر» .

٣- (٣) راجع الوسيله : ٢٤٥ ٢٤٦ ، والسرائر ٢ : ٣٢٣ ٣٢٤ ، والجامع للشرائع : ٢٥٥ ، والتذكرة ١ : ٤٨٥ ، وغيرها .

٤- (٤) نقله صاحب الجواهر ٢٢ : ٣٨٧ .

وفى الصحاح: الغَرَّة: الغفلة، والغاز: الغافل، وأغرّه، أى: أتاه على غرّه منه، واغتَرَّ بالشيء، أى: خدع به، والغرر: الخطر، ونهى رسول صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء إلى أن قال: والتغريز: حمل النفس على الغرر، انتهى.

وعن القاموس ما ملخصه: غَرّه غَرّاً وغروراً وغِرّةً بالكسر فهو مغرورٌ وغريزٌ كأمير: خدعه وأطمعه فى الباطل إلى أن قال: غَرَّر بنفسه تغريراً وتغرّةً، أى: عرّضها للهلكه، والاسم الغَرَر محرّكه إلى أن قال: والغاز: الغافل، واغتَرَّ: غفل، والاسم الغِرّه بالكسر، انتهى.

الشرح:

بمعنى الخطر يساقق النقل المزبور، حيث إن الخطر هو الإشراف والعرضه للتلف، سواءً كان المتلف مالاً أو نفساً. وهذا ظاهر «القاموس» (١) أيضاً، حيث ذكر: غرر بنفسه تغريراً أو تغره أشرفها على الهلكه، والاسم الغرر محرّكه. وعن «النهايه» (٢): أن بيع الغرر ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطن مجهول، يعنى ما كان له ظاهر يدعو إلى شرائه مع الجهل بباطنه. وعن الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقّه، أى لا يكون بائعه متعهداً به، وكأنّه يعمّ عدم العهده بتسليمه إلى المشتري ولا يكون ثقّه بحصوله ووصوله إلى يد مشتريه.

وذكر المصنف رحمه الله: وبالجملة، فالكل متفقون على أخذ الجهاله فى معنى الغرر، ولعله استفاد ذلك بأن كون الشيء عرضه للتلف والضرر يكون بالجهل بالحال، سواءً كان الجهل متعلقاً بأصل وجود المبيع أو بأوصافه كماً وكيفاً أو بحصوله بيد المشتري.

ولكن قد يقال: إنّ الغرر يختصّ بموارد الجهل بصفات المبيع ومقداره ولا يعمّ

ص: ٥٢

١- (١) القاموس المحيط ٢: ١٠٠ ١٠١ ماده «غرر» .

٢- (٢) النهايه (لابن الأثير) ٣: ٣٥٥ ٣٥٦ ماده «غرر»، وذكر قول الأزهرى .

وعن النهايه بعد تفسير الغره بالكسر بالغفله: أنه نهى عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغز المشتري، وباطن مجهول. وقال الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقته، ويدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول، وقد تكرر فى الحديث، ومنه حديث مطرف: «إن لى نفساً واحده، وإنى لأكره أن أغزر بها»، أى أحملها على غير ثقته، وبه سمي الشيطان غروراً، لأنه يحمل الإنسان على محابته، ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

وقد حكى أيضاً عن الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له فى الثلاثه الأخيره بيع السمك فى الماء والطيور فى الهواء. وفى التذكرة: أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، ومراده من التفسير التوضيح بالمثل، وليس فى المحكى عن النهايه منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

وبالجمله، فالكل متفقون على أخذ الجهاله فى معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله فى يد من انتقل إليه، أم بصفاته كتيماً وكيفاً وربما يقال: إن المنساق من الغرر المنهى عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه، ضروره حصوله فى بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان فى بحرٍ ونحوه، بل هو أوضح شىء فى بيع الثمار والزرع ونحوهما.

الشرح:

موارد الجهل بحصوله بيد المشتري، وإلا لكان بيع كل مبيع غائب غريباً، خصوصاً إذا كان المبيع حال بيعه فى الطريق البحرى؛ لاحتمال غرق السفينه وضياع المال، وفى بيع الثمار والزرع، حيث يحتمل تلفهما بآفه، عدم وصولهما بيد المشتري.

وبتعبير آخر: لا- خطر فى بيع المجهول حاله بالإضافه إلى التسليم والتسلم، خصوصاً بعد جبر ذلك بالخيار على تقدير اتفاق التعذر. وأجاب رحمه الله عن ذلك، بأن

والحاصل: أنّ من الواضح عدم لزوم المخاطره في مبيع مجهول الحال بالنسبه إلى التسلم وعدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر.

وفيه: أنّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين. واحتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهاله صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات.

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامه والخاصه بالنبوى المذكور على اعتبار القدره على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: ومما انفردت به الإماميه القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمه، ولا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال: ويعول مخالفتونا في منع بيعه على أنه بيع غرر، وأن نبينا صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر إلى أن قال: وهذا ليس بصحيح، لأن هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً، انضمام غيره إليه، انتهى.

الشرح:

الخطر من حيث الجهل بحصول المبيع بيد المشتري وعدمه أعظم من الجهل بصفات المبيع، حيث في الثاني يعلم بحصول المبيع بيد المشتري ولو مع عدم العلم بخصوصياته، وفي الأول لا يعلم حتى بحصول شيء بيد المشتري؛ لاحتمال ذهاب مال المشتري من غير أن يحصل له عوضه.

والمتحصل: أنه لا مجال لدعوى اختصاص الغرر بالجهل بالصفات والمقدار بشهاده التمثيل للغرر ببيع السمك في الماء والطيور في الهوى، ودعوى أن التمثيل بهما باعتبار الجهل بصفات المبيع يدفعها ملاحظه كلمات الفقهاء وتمثيلهم بها للعجز عن

وهو صريح في استدلال جميع العامه بالنبوى على اشتراط قدره على التسليم. والظاهر اتفاق أصحابنا أيضاً على الاستدلال به له، كما يظهر للمتتبع، وسيجىء في عبارته الشهيد التصريح به.

وكيف كان، فالدعوى المذكوره مما لا يساعدها اللغه ولا العرف ولا كلمات أهل الشرع. وما أبعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد قدس سره، حيث قال: الغرر لغه ما كان له ظاهرٌ محبوبٌ وباطنٌ مكروه، قاله بعضهم، ومنه قوله تعالى: «مَتَاعُ الْغُرُورِ»، وشرعاً هو جهل الحصول. وأما المجهول المعلوم الحصول ومجهول الصفه فليس غرراً. وبينهما عموم وخصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفه من قبل أو وُصف الآن، ووجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر. وقد يتوغل في الجهاله، كحجر لا يدري أذهب، الشرح:

التسليم. أضف إلى ذلك شهره الاستدلال على اعتبار قدره على التسليم في كلمات العامه والخاصه بالنبوى المزبور.

وعن الشهيد رحمه الله في قواعد (1) أن الغرر شرعاً هو الجهل بالحصول وبيع مجهول الصفه لا يكون غرراً، وأن النسبه بين الجهل بالصفه والجهل بالحصول العموم من وجه، يجتمعان في عبد آبق لا يعلم وصفه ويفترقان في المكيل والموزون إذا لم يعتبر ليعلم الكيل أو الوزن، فإن ذلك بيع مجهول ولا- يكون غرراً، وفي عبد آبق معلوم الصفه حيث يكون بيعه غرراً من غير كونه بيعاً مجهولاً- والمراد بالجنس في قوله: «ويتعلق الجهل والغرر تارة بالوجود...» هو الحقيقه كبذر لا يدري أنه حنطه أو شعير، وبالنوع وصف الحقيقه كعبد لا- يدري أنه زنجى أو رومى، كبير أو صغير... إلى غير ذلك. كما أن مراده بالغرر هو الجهل لا معناه الشرعى الذى ذكره أولاً.

ص: ٥٥

أم فضة، أم نحاس، أم صَيخَرٌ، ويوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفه. ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود، وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، وبالجنس كحبّ لا- يُدرى ما هو، وسلعه من سلع مختلفه، وبالنوع كعبد من عبيد، وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع إلى مبلغ السهم، وبالعين كشوب من ثوبين مختلفين، وبالبقاء كبيع الثمره قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب. ولو اشترط أن يبدو الصّلاح لا محاله كان غرراً عند الكلّ [١] كما لو شرط صيروره الزرع سنبلًا. والغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعاً. وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كأسّ الجدار وقطن الجبه، وهو معفو عنه إجماعاً، ونحوه اشتراط الحمل. وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجزاف في مال الإجاره والمضاربه، والثمره قبل بدو الصّلاح، والآبق بغير ضميمه، انتهى.

الشرح:

[١] مراده (١) أن بيع الثمره قبل بدو صلاحها مع اشتراط أن يبدو صلاحها مستقبلاً غرر عند الكل، ونظيره في الغرر بيع الزرع على أن يصير سنبلًا، ثم ذكر أن الغرر أى الجهاله قد تكون في المبيع بالإضافة إلى جهاته التى لها مدخل ظاهر في ماليته كمقداره وأوصافه، فهذه الجهاله توجب بطلان البيع إجماعاً، وقد تكون بالإضافة إلى الجهات التى تسامح فيها عادة لقله دخلها في ماليته كأسّ الجدار وقطن باطن الجبه وعدم العلم بأنه من القسم الجيد أو لا، فإن الجهاله فى مثل ذلك لا تضر بصحة البيع. وقد تتردد الجهه فى أنها من الجهه الظاهره الموجبه للجهل بها بطلان المعامله أو أنها من الجهه التى يتسامح فيها، وفى كون الجهاله مع تردد الجهه الموجبه للبطلان أم لا؟

ص: ٥٦

وفى بعض كلامه تأملاً، ككلامه الآخر فى شرح الإرشاد، حيث ذكر فى مسأله تعيين الأثمان [١] بالتعيين عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامه : تعيينها غرر، فيكون منهياً عنه. أما الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقه فيفسخ البيع. وأما الكبرى، فظاهرة إلى أن قال : قلنا: نمنع الصغرى، لأن الغرر إجمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه ويخ عليه، وما ذكره لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم عليه، انتهى.

فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق أو الضالّ المرجو الحصول بثمن قليل، لم يكن غرراً، لأنّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المرّد بين ذهب ونحاس بقيمه النحاس، بناءً على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفه. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً.

الشرح:

خلاف كالجُزاف فى أوصاف العين المستأجره أو فى رأس المال فى المضاربه، وكالجهاله فى الثمره المباعه قبل بدو صلاحها بلا اشتراط صلاحها وبيع الآبق بلا ضميمه.

[١] كأنه يستفاد من كلامه فى شرح الإرشاد (١) معنى آخر للغرر، وقد ذكر ذلك المعنى فى مسأله جواز كون الثمن فى البيع شخصياً حيث منعه العامه بدعوى أن البيع مع كون الثمن شخصياً غررى لإمكان ظهور تلفه أو كونه مستحقاً للغير فيبطل البيع، حيث منع عن كون البيع مع الثمن الشخصى غررياً، فإن الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه فى العرف بحيث يوبخ على عدم اجتنابه. ويرد على ذلك ما ذكره فى المتن من أن شراء المرّد بين الذهب والفضه بقيمه الفضه لا يكون غررياً، كما يرد على استدلال

ص: ٥٧

فالأولى: أنّ هذا النهى من الشارع لسدّ باب المخاطره المفضيه إلى التنازع فى المعاملات، وليس منوطاً بالنهى من العقلاء ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتسّفهه. ثمّ إنّّه قد حكى عن الصدوق فى معانى الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفه فى الجاهليه كبيع المنابذه والملاّمسه وبيع الحصاه بكونها غرراً، مع أنّه لا جهاله فى بعضها كبيع المنابذه، بناءً على ما فسّره به من أنّه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاه بأن يقول: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع. ولعله كان على وجه خاصّ ولعله كان على وجه خاصّ [١] يكون فيه خطر والله العالم.

وكيف كان فلا إشكال فى صحّحه التمسك لاعتبار القدره على التسليم بالنبوى المذكور إلاّ أنّه أخصّ من المدعى، لأنّ ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحرٍ يمتنع خروجه منه عادةً ونحوه ليس فى بيعه خطر: لأنّ الخطر إنّما يطلق فى مقام يحتمل السلامه ولو ضعيفاً لكنّ هذا الفرد يكفى [٢] فى الاستدلال على بطلانه الشرح:

العامة فى مسأله تعين الأثمان أنّه لو صحّ ما ذكر لما جاز كون المبيع أيضاً شخصياً.

[١] بأن كان نبذ الحصاه أو الثوب معيناً للمبيع، كما إذا جرى البيع على مبهم بشرط تعيينه بعده بالنبذ.

[٢] مجرد كون البيع سفهياً لا- يوجب بطلانه، وليس كونه عقلياً من شرائطه بعد حصول تمليك عين بعوض وكون كل من العين وعوضه مالاً. نعم، بيع السفينه باعتبار الحجر عليه فى أمواله محكوم بالبطلان، وأما كون أكل المال فى مقابله باطلاً فلا يعم، بل يختص بما إذا لم يكن المبيع مع عدم التمكّن عليه مالاً، بأن لم يكن من قبيل العبد الآبق.

ودعوى: أن مثل العبد أيضاً مع عدم التمكّن عليه يخرج عن كونه مالاً وإن بقى

بلزوم السفاهه وكون أكل الثمن فى مقابله أكلاً للمال بالباطل بل لا يعدّ مالاً عرفاً وإن كان ملكاً فيصحّ عتقه ويكون لمالكه لو فرض التمكّن منه، إلاّ أنّه لا ينافى سلب صفه التمّول عنه عرفاً، ولذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور. ثمّ إنّّه ربما يستدلّ على هذا الشرط بوجوه أخرى:

منها: ما اشتهر عن النّبي صلى الله عليه و آله من قوله: «لا تبع ما ليس عندك» [١] بناءً على أنّ الشّرح:

على ملك مالكة لا يمكن المساعده عليها، ولذا ذكروا (١) جواز بيع العبد الآبق بلا ضميمه ممن ينعق عليه. نعم، مع عدم المالىه له يكون أكل العوض فى مقابله باطلاً- وإن لم يخرج مع عدم التمكّن عن الملكيه؛ ولذا لو اتفق عوده يكون لمالكه كما لا يخفى.

[١] وتقريب الاستدلال بهذا النبوى (٢) المروى من طرق أصحابنا أيضاً هو أنه ليس المراد به بيع خصوص ما لا يملكه البائع، وإلا لكان الأنسب ترك الكنايه والإتيان باللام الظاهره فى الملك، بأن كان التعبير: كذا لا تبع ما ليس لك، وأيضاً ليس المراد خصوص ما لا يتمكن على تسليمه إلى المشتري مع كونه ملكاً لبائعه. فإن هذا ينافى استدلال الفقهاء على حكم من باع شيئاً ثم ملكه، حيث إن المفروض فى تلك المسأله التمكّن على الإقباض فى زمان استحقاق التسلم، خصوصاً فيما إذا كان البائع فيها وكياً فى بيعه ولو عن نفسه، بأن يبيع المال من شخص آخر أو من نفسه.

والحاصل: أن المراد بقوله: «ما ليس عنده»، ما لا يكون لبائعه سلطنه تامه، سواءً

ص: ٥٩

١- (١) انظر مصباح الفقاهه ٣: ٥٧٦، ومنيه الطالب ٢: ٣٥٠.

٢- (٢) سنن البيهقى ٥: ٢٦٧ و ٣١٧ و ٣٣٩، وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢.

«كونه عنده» لا- يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً، فهي كناية، لا عن مجرد الملك، لأنّ المناسب حينئذ ذكر لفظه «اللام»، ولا عن مجرّد السلطنه عليه والقدره على تسليمه، لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه والعامه به على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالكها، خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه، فإنّ السلطنه والقدره على التسليم حاصله هنا، مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء. فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنه التامه الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً. وعلى أيّ حال، فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلته، أو بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

الشرح:

كان عدمها من جهه عدم الملك أو من جهه عدم تمكنه على التسليم والإقباض، وهذه السلطنه التامه من شرائط البيع.

لا يقال: على ذلك فلا يصح بيع الفضولي.

فإنه يقال: ما دل على صحته يكون مخيّصاً لهذا النبوي، أو يقال: إن النهي عن البيع المزبور إرشاد إلى عدم وقوعه لبائعه فلا ينافي وقوعه لمالكه مع إجازته، فإنه عند استناد البيع إلى المالك بإجازته لا يكون بيعه داخلياً في المنهي عنه.

لا- يقال: لا- يمكن الاستدلال في المسأله بالنبوي المزبور؛ لأن المراد منه هو بيع عين خارجيه لا يملكها ثم تملكها بالاشتراء أو غيره عن مالكها وتسليمها إلى المشتري الأول.

فانه يقال: لا قرينه في البين على اختصاص المراد به. وفي حديث المناهي قال: «ونهي عن بيع وسلف، ونهي عن بيعين في بيع، ونهي عن بيع ما ليس عندك»^(١).

ص: ٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .

وكيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. وأما الإيراد عليه بدعوى: أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة، من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

الشرح:

ووروده جواباً لحكيم بن حزام وقد سأله عن بيع الشيء قبل تملكه على ما رواه العامه (١)، لا يوجب تخصيصاً في عمومه.

لا- يقال: عموم الجواب باعتبار أن الجواب لا يختص بالحكيم بن حزام، بل يعم كل من كان من قبيله بأن باع مال الغير ثم تملكه ودفعه إلى مشتريه على ما هو شأن الدالين، وأما عمومه بالإضافة إلى بيع ملكه مع عدم قدرته على تسليمه فلا- يكون شأن الدال.

فإنه يقال: لو سلم كون حكيم بن حزام دلالاً- كان يبيع مال الغير لنفسه أو لغيره إلا أنه لا مانع من توجيه خطاب إليه، يتضمن الكبرى الكلية المتضمنة للحكم في بيع مال الغير لنفسه والحكم في بيع ماله مع عدم التمكّن على تسليمه. أضف إلى ذلك ورود النهي في مناهي رسول الله صلى الله عليه و آله مستقلاً من غير سبق سؤال.

نعم، ناقش المصنف رحمه الله في الاستدلال المزبور، بأن مفاد النبوي، بل حديث النهي عن بيع الغرر (٢) عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة لبائعه فلا ينافي وقوعه مراعى بحصول تلك السلطنة، فلو حصلت في زمان لا يفوت مع التسليم فيه الانتفاع المعتد به من المبيع كفى.

ص: ٦١

١- (١) سنن البيهقي ٥: ٢٦٧ و ٣١٧ و ٣٣٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب التجاره، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ غايه ما يدلُّ عليه هذا النبويُّ بل النبويُّ الأولُ أيضاً: فساد البيع، بمعنى عدم كونه تامَّه لترتب الأثر المقصود، فلا- ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر وتحقق كونه عنده. ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغويه العقد رأساً المنافيه لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب الشرح:

ودعوى: أنَّ النهي عن بيع ما ليس عنده كالنهي عن بيع الغرر ظاهر في فساده رأساً، يدفعها: بأنَّ الأمر في المقام دائر بين حمل النهي على الإرشاد إلى الفساد المحض بتخصيص النهي المزبور في بيع الراهن الذي يتم بلحوق إجازة المرتهن وفي بيع ما يملكه البائع بعد بيعه، كما إذا باع الوارث عن مورثه ما يملكه بموته فإنه إذا أجاز الوارث ذلك البيع بعد موته تم البيع على أحد الأقوال. وكذا بيع المولى عبده الجاني عمداً، حيث لا سلطنه تامه لبائعه باعتبار كونه معرضاً للقصاص أو الاسترقاق، ومثله بيع المالك المحجور، سواءً كان الحجر عليه لكونه رقياً أو سفيهاً أو مفلساً، حيث يتم البيع بإجازة المولى أو الولي أو الغرماء وبين حمل النهي عن بيع ما ليس عنده على عدم تمام البيع مع عدم السلطنه التامه وكونه مراعى، ولا ترجيح للأول على الثاني.

أقول: يتعين في المقام الالتزام بالأول، وإلا- لزم القول بعدم تعين تخصيص العموم فيما إذا دار الأمر بين تخصيصه أو حمل الحكم في العام على ما لا- ينافي العموم، مثلاً- إذا ورد في خطاب: «أكرم العلماء»، وفي خطاب آخر: «عدم وجوب إكرام زيد وعمرو وخالد»، ودار الأمر بين تخصيص العام والالتزام بالوجوب في باقى الأفراد أو حمل الأمر في العام على الاستحباب والأخذ بعمومه، فإنه يتعين ترجيح التخصيص بلا كلام. هذا أولاً.

وثانياً: أنَّ مفاد حديث النهي عن بيع الغرر(1) غير مفاد النهي عن بيع ما ليس

ص: ٦٢

١- (١) مرّ آنفاً .

خلاف هذا الظاهر، وبين إخراج بيع الرهن، وبيع ما يملكه بعد البيع وبيع العبد الجاني عمداً وبيع المحجور لرقاً أو سفه أو فلس، فإنَّ البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم، ولا رجحان لهذه التخصيصات، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد في اللمعه بجواز بيع الضالِّ والمجحود من غير إباقٍ مراعى بإمكان التسليم، واحتمله في التذكرة.

لكن الإنصاف: أنَّ الظاهر من حال الفقهاء اتفاهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت من الإيضاح.

الشرح:

عنده (1)، فإن مفاد الثاني اعتبار قدره على التسليم في ظرف لزوم الوفاء بالبيع ولا يعتبر تحققها حال البيع. نعم، لابد من إحرازها بوجه معتبر حال البيع؛ لئلا ينطبق على البيع عنوان بيع الغرر. ودعوى: كفايه انتفاء الغرر بعد البيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن ظاهر النبوى اعتبار عدم كون البيع في تحققه غررياً؛ ولذا لا يصح البيع بمعلومية مساحه المبيع وعدده بعد البيع.

ومما ذكر يظهر أنه لو احرز وصول المبيع بيد المشتري ولو مع عدم تمكن البائع على التسليم كفى في انتفاء الغرر، واعتبار التمكن على التسليم كما يأتي لو وصول المبيع بيد المشتري لا لخصوصيه في تسليم البائع.

ثم إنه في الاعتماد في اعتبار التمكن على التسليم أو التسلم على حديث النهى عن بيع الغرر إشكال؛ لضعف الروايه سنداً، بل دلالة، فإن الجهل بوصول المبيع بيد المشتري لا يوجب صدق الغرر على نفس البيع الذى هو في حقيقته تملك عين

ص: ٦٣

١- (١) مرّ آنفاً .

ومنها: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدوراً، لاستحاله التكليف بالمتنع. ويضعف بأنه إن أُريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً [١] منعنا الملازمه، وإن أُريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد. وقد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط. وفي الاعتراض والمعارضه نظر واضح، فافهم.

الشرح:

بعوض. وحكم الأصحاب في اعتبار قدره لعلمهم اعتمدوا على ما ورد في بيع مثل العبد الآبق بلا ضميمه وما ورد في بطلان البيع بالتلف قبل القبض وغير ذلك، فلا مجال لدعوى انجبار ضعفه سنداً، بل دلالة بعملهم كما لا يخفى.

[١] وتوضيحه: أن كل تكليف ومنه وجوب تسليم المبيع إلى المشتري مشروط بالتمكن على متعلقه ولو بنحو الشرط المتأخر، وعلى ذلك فإن كانت قدره على التسليم متحققه في المعامله يصح مع تحققها فعلاً التكليف الفعلي بالتسليم، بخلاف ما إذا احتمل حصولها مستقبلاً فإنه لا يصح التكليف الفعلي به وإنما يصح ايجابه بنحو الاشتراط والتعليق بحصوله مستقبلاً. وبما أن المستفاد من خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ترتب التكليف الفعلي بتسليم العوضين على العقد فيستكشف من ترتبه عليه اعتبار تحقق قدره على التسليم في صحته.

والجواب عن هذا الاستدلال ظاهر، فإنه لا يستفاد من وجوب الوفاء بالعقد ترتب وجوب التسليم فعلاً، بل يترتب عليه مطلق وجوب التسليم، سواء كان فعلياً أو مشروطاً بحصول التمكن على التسليم مستقبلاً، فلاحظ طريان العجز على التسليم

ص: ٦٤

ومنها: أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، ولا يتم إلا بالتسليم. ويضعفه: منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

ومنها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً وأكله أكلاً بالباطل.

الشرح:

بعد تمام العقد وبعد التمكن عليه، حيث لا يكون التكليف بالتسليم بعد طريانه إلا مشروطاً بحصول قدره، وإن شئت فلاحظ وجوب الوفاء بالنذر فإنه يترتب على تمام النذر. وكما إذا نذر التصدق بدرهم على تقدير شفاء ولده مستقبلاً لا يكون وجوب التصدق فعلياً بمجرد النذر كذلك البيع في المقام، حيث لا يتضمّن في المقام إلا الالتزام بدفع المبيع إلى المشتري على تقدير الظفر به مستقبلاً.

وقد يعترض لهذا الجواب بأن الأصل عدم تقييد الوجوب كما يرد هذا الاعتراض بأن الأصل عدم اشتراط البيع على تحقق قدره على التسليم، وكل من الاعتراض والرد فاسد؛ أما الاعتراض فلأن المستفاد من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) على تقدير كونه تكليفاً ليس إلا مطلق وجوب التسليم لا وجوبه الفعلي بلا تقدير، كما ذكرناه في وجوب الوفاء بالنذر. ومقتضى الأصل العملي أيضاً هو مطلق الوجوب، حيث إنه المتيقن كما لا يخفى.

وأما الرد فلأن اشتراط البيع بالتمكن على التسليم مقتضى الأصل العملي، حيث إن الأصل في المعاملات الفساد، ولو أُريد من الأصل التمسك بإطلاق حل البيع فله وجه، على تقدير عدم تمام الدليل على التقييد من حديث النهي عن بيع الغرر^(٢) أو

ص: ٦٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

وفيه: أنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفهً، فافهم. ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطاً، كما هو كذلك في التكاليف، وقد أكد الشرطيّه في عبارته الغنيه المتقدّمه، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط. ومع ذلك كلّه فقد استظهر بعض من تلك العباره: أنّ العجز مانع، لا- أنّ القدره شرط. قال: ويظهر الثمره في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ والضالّه [١] وجعله دليلاً على أنّ القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

الشرح:

الروايات الواردة في بيع مثل العبد الآبق مع الضميمه (١)، فتدبر جيّداً.

[١] كان مراد صاحب «الجواهر» (٢) رحمه الله: أنّ اختلافهم في تلك المسأله باعتبار عدم تسالمهم على اشتراط القدره على التسليم، وإلاّ كان مقتضى لزوم إحراز الشرط عدم جواز بيعهما، فالمقدار المتيقن كون العجز مانعاً فلا يجوز البيع مع إحرازه لا مع الشك فيه؛ لأن مقتضى الأصل عدم المانع.

وأورد عليه المصنف رحمه الله أولاً: بأن العجز لا يمكن اعتباره مانعاً عن البيع، فإنه أمر عدميّ والمانع يكون وجودياً يمنع عن الأثر، والتقابل بين القدره والعجز تقابل العدم والملكه، فيطلق العجز على عدم القدره فيما يمكن اتصافه بالقدره باعتبار شخصه أو كليّه.

أقول: المانع في المعاملات والعبادات غير المانع المعدّ عدمه من أجزاء العلّه التامه، حيث إن المانع المزبور لا يمكن كونه أمراً عدمياً؛ لأن العدم لا يمنع عن تأثير

ص: ٦٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٢.

٢- (٢) الجواهر ٢٢: ٣٨٥.

وفيه مع ما عرفت من أنّ صريح معاهد الإجماع، خصوصاً عبارته الغنيه المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدره : أنّ العجز أمر عدمي، لأنه عدم القدره عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أنّ المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثمّ لو سلّم صحّه إطلاق المانع عليه لا- ثمره فيه، لا- في صورته الشك الموضوعي أو الحكمي، ولا في غيرهما، فإنّنا إذا شككنا في تحقّق القدره والعجز مع سبق القدره فالأصل بقاؤها، أو لا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعل القدره شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا الشرح:

شئ، بل المراد به ما يكون عدمه مأخوذاً في متعلق الحكم أو موضوعه وضعياً كان أو تكليفاً، وتقييد المتعلق أو الموضوع في جعل الحكم كتقييدهما بأمر وجودي أمر ممكن.

وبتعبير آخر: لو كان التقييد بأمر وجودي فيطلق على ذلك الأمر الوجودي الشرط، ولو كان بأمر عدمي يطلق على ذلك الأمر العدمي المانع، فالمانعيه ترجع إلى الاشتراط لا- محاله، وبهذا يظهر أن ما ذكر من أن الالتزام برجوع المانع في حقيقته إلى الاشتراط فرار من المطر إلى الميزاب؛ لأنّ العدم إذا لم يمكن كونه مانعاً فكيف يمكن كونه شرطاً، حيث إن الشرط ما يكون واسطه في التأثير لا يخفى ما فيه من خلطه بين الشرط الفلسفي والشرط باصطلاح الفقيه.

وأورد المصنف رحمه الله ثانياً: بأنه لا مجال للفرق بين كون شئ شرطاً أو عدمه مانعاً وإنما يكون الفرق فيما إذا كان في البين أمران وجوديان، مثل الفسق والعداله، ودار الأمر بين كون الفسق أي المعصيه مانعاً عن جواز الاقتداء في الصلاه مثلاً أو العداله شرطاً، فإن في مثل ذلك يجوز الاقتداء مع الشك في عداله الشخص وفسقه بناءً على مانعيه الفسق باستصحاب عدم كون الإمام فاسقاً. وأما بناءً على اعتبار العداله فالأصل عدم كونه عادلاً، فلا يجوز الاقتداء به.

شككنا فى أنّ الخارج عن عمومات الصحه هو العجز المستمرّ أو العجز فى الجملة أو شككنا فى أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر كما حكى أم خصوص التعذّر، فاللازم التمسك بعمومات الصحه من غير فرقٍ بين تسميه القدره شرطاً أو العجز مانعاً.

الشرح:

والسر فى عدم الفرق فى المقام هو أن مع استصحاب عدم القدره على التسليم يحرز عدم صحه بيعه، فإن كانت القدره شرطاً فباعتماد عدم الشرط وإن كان العجز مانعاً فباعتماد وجود المانع، حيث إن العجز هو عدم القدره، ولو كانت الحاله السابقه هى القدره فيحكم بالصحه على كلا الفرضين. وهذا فى الشبهات الموضوعيه، وأما الحكميه فكما إذا شك فى أن الشرط فى البيع القدره على التسليم فى الجملة أو مستمراً وأن المانع العجز حال العقد أو مستمراً، ففى غير مورد الدليل على الاشتراط أو المنع يؤخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) وإطلاق دليل حل البيع (٢)، بلا فرق بين اشتراط القدره أو مانعيه العجز.

وقد يقال: إن استصحاب بقاء القدره على التسليم لا- يثمر فى إحراز الشرط، فإن الشرط هو التمكن على تسليم العوضين واستصحاب التمكن على تسليم ماله إلى الغير لا- يثبت التمكن على تسليم المال بعنوان العوضين. ولكن لا- يخفى ما فيه من الوهن، فإن عنوان التمكن على تسليم العوضين مذكور فى كلمات الأصحاب، وأما الوارد فى الأدله أى المستفاد من النهى عن بيع ما ليس عنده (٣) اعتبار كون المال تحت سلطانه فى جواز بيعه.

ص: ٦٨

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) للآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .

والحاصل: أنّ التردّد بين شرطيه الشيء ومانعيه مقابله إنما يصحّ ويثمر في الضدّين مثل الفسق والعدالة، لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل. وأمّا اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّه فليس لشك المالك في القدره والعجز، ومبتياً على كون القدره شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من أدلّتهم على الصحه والفساد بل لما سيجيء عند التعرّض لحكمها. ثم إنّ العبره في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم [١] فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال الشرح:

وأيضاً قد يقال: إن استصحاب بقاء القدره أو استصحاب العجز يثمر بناءً على كون القدره على التسليم شرطاً أو كون العجز مانعاً، كما إذا اعتمدنا على النهي عن بيع ما ليس عنده، وأما إذا اعتمدنا على النهي عن بيع الغرر (١)، فبمجرد الجهل بكون المال في سلطانه يثبت الغرر في البيع فيحكم بفساده. ولكن يمكن الجواب بأن استصحاب القدره يرفع الغرر، فإن مفاد دليل الاستصحاب اعتبار المكلف عالماً بالبقاء كما ذكرنا ذلك في وجه قيام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع. والحاصل: ما نحن فيه من قبيل استصحاب بقاء المبيع على كيله السابق أو وزنه السابق في ارتفاع الغرر.

ثم إن اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالّه فليس وجهه أن القدره شرط أو العجز مانع، بل وجهه خلافهم في جريان دليل نفى الغرر في بيعهما، حيث لا يكون على المشتري مع عدم قبض المبيع ضمانه، بل ضمانه على بائعه قبل القبض، فيقال: لا غرر. ولذا من التزم بالصحه حكم ببطلان البيع من زمان ظهور العجز لا من الأول ولو كان العجز الواقعي مانعاً لقال بانكشاف البطلان من الأول.

[١] حاصل ما ذكره رحمه الله في المقام أنه لا يعتبر التمكن على التسليم في بيع لا يكون

ص: ٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣، ومسنده أحمد ١ : ٣٠٢ .

استحقاق التسليم، كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد. ويتفرّع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنه ينعق بمجرد الشراء ولا سبيل لأحد عليه. وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إمّا لاشتراط تأخيره مدّة، وإمّا لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً، فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها. لكن يشكل على الكشف، من حيث إنه لازم من طرف الأصيل، فيتحقّق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لا يقدر على تحصيله. نعم، هو حسن في الفضولي من الطرفين. ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه. الشرح:

فيه استحقاق التسليم أصلاً، كما في بيع العبد ممن ينعق عليه وكما في بيع الشيء ممن يكون ذلك الشيء بيده، وكذا لا يعتبر التمكن على التسليم في زمان لا يكون فيه استحقاق التسليم للآخر، فلا يضرّ عدم التمكن عليه حال الإيجاب أو القبول في جميع البيوع أو بعد البيع فيما إذا باع على اشتراط التأخير في التسليم إلى زمان كبيع السلف أو النسيئة.

ويتفرّع على عدم اعتبار التمكن على التسليم قبل تمام العقد أنه لا بأس بعدم التمكن على التسليم في بيع الفضولي قبل إجازة المالك، حيث إن المشتري لا يستحق التسليم قبل إجازته، وهذا على النقل ظاهر، وأما على الكشف يعنى الحقيقي فلا يخلو عن الإشكال، باعتبار أن المعاملة لازمه على الاصيل واقعاً، مع أنه لا يتمكن على تحصيل ما انتقل إليه، فيكون البيع المزبور باعتبار عدم تمكّنه على تحصيل ماله غررياً. ويجرى هذا الإشكال في مثل بيع الرهن أيضاً قبل إجازة المرتهن أو فكّ الرهن، ولا يجرى فيما إذا كانت المعاملة فضولية من الطرفين.

وأيضاً يتفرّع على عدم اعتبار التمكن على التسليم في غير زمان الاستحقاق أنه

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأنّ تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحقّقه فلا يلزم غرر. ولو تعذّر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذّر الشرط، ومن المعلوم: أنّ تعذّر الشرط المتأخّر حال العقد غير قاذح، بل لا يقدح العلم بتعذّره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله، فإنّ الشروط المتأخّره لا يجب إحرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد.

الشرح:

لو لم يتمكن على التسليم في بيع الصرف إلى زمان ثم اتفق القبض تمّ به البيع المزبور، وهذا لعدم انتقال المال قبل القبض ليقال: إن البيع مع انتقال المال إلى الطرف وعدم تمكّنه على تحصيل ذلك غرر.

وبتعبير آخر: يكون عدم التمكّن على التسليم في موارد اشتراط القبض، نظير عدم تمكّن المشتري على تحصيل المبيع حال إيجاب البائع أو حال قبوله في عدم إيجابه الغرر، وإلى ذلك يشير رحمه الله . «وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم» يعنى لا يقدح في معامله عدم التمكّن على تسليم ثمن السلم؛ لأنّ نفس تسليم الثمن شرط فيه، ولو وقع التسليم تم البيع بلا غرر ولو لم يقع فلا بيع ليكون غررياً.

وعلى ذلك، فلو كان عند إنشاء السلم متمكناً على التسليم وبعد إنشائه لم يتمكن على التسليم فبعروض العجز لا يكون البيع غررياً؛ لأنّ المفروض عدم تمام البيع ليكون غررياً، بل لو كان عروض العجز بعد الإنشاء معلوماً حال العقد فلا يضر ذلك في صحة بيع السلم وتمامه لو اتفق التسليم قبل تفرقهما. وقد تحصل مما ذكر أمران:

الأول: أنّ المعتمد من التمكّن على التسليم حصول التمكّن في زمان يستحق الآخرفيه التسلم فلا- اشتراط في بيع لا- يكون فيه استحقاق التسلم أصلاً كيبيع العبد ممن ينعق عليه، أو بيع المال ممن تجرى يده على المال مع الضمان كيبيع العين المستعاره من مستعيرها المشروط عليه ضمانها. كما لا اشتراط بالإضافه إلى غير زمان استحقاق

ص: ٧١

والحاصل: أنّ تعذّر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. والسّر فيه: أنّ التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلّقه بغير المقدور.

الشرح:

التسليم، نظير بيع السلم وبيع النسيئة.

والثاني: أنه يثبت الغرر في البيع أو غيره مع عدم التمكن على التسليم، ويبطل به البيع في غير موارد يعتبر فيها اشتراط التسليم في نفس المعاملة، كما في بيع الصرف والسلم والرهن وغير ذلك مما يعتبر فيه القبض.

أقول: لو باع المتاع الذي لا يتمكن فعلاً على تسليمه بشرط تسليمه في زمان معين معتقداً تمكنه في ذلك الزمان ولكن ظهر بعد البيع عدم تمكنه عليه في خصوص ذلك الزمان فلازم ما ذكر من كون التمكن على التسليم في زمان استحقاق التسلم شرطاً بطلان البيع المزبور. ولا أظن التزامه أو التزام غيره بذلك.

وقد ذكروا في باب السلف أنه لو لم يتمكن البائع على أداء ما عليه عند حلول الأجل فللمشتري الصبر إلى وجدان المال أو فسخ العقد، ولو كان التمكن حال استحقاق التسلم شرطاً لزم بطلان البيع المزبور لا تخيير المشتري، والأظهر أن تسليم البائع المبيع بعد تمام البيع عند إطلاقه أو في الزمان المعين مع تقييد البيع بالتسليم في ذلك الزمان شرط في المعاملة بجعل من المتعاقدين، ولو تخلف هذا الشرط ولو بظهور عدم تمكن البائع على تسليمه في ذلك الزمان يثبت للآخر خيار الفسخ. وأما الشرط في صحة المعاملة شرعاً فهو إمكان وصول المبيع بيد المشتري بعدم امتناع البائع عن التسليم أو امتناع المشتري عن التسلم، سواء كان هذا الوصول حال العقد أو بعده في أيّ زمان.

نعم، بتعيين زمان التسليم يحصل أمر آخر معتبر في البيع وهو ارتفاع الغرر

وبعبارة أخرى: الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام الناقل، ولهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد قدره بعده، والمفروض أنّ المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري، فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل [١] وأولى منها بناءً على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإنّ اشتراط قدره على التسليم فيه بناءً على اشتراط القبض إنّما هو من الشرح:

والجهالة عنه، ولكن ولا- يعتبر في التعيين إحراز التمكن على التسليم في ذلك الزمان، بل يكفي فيه احتمال التمكن عليه فيه، والشرط الأول اعتباره مستفاد من النهي عن بيع ما ليس عنده (١)، وما ورد في بيع العبد الأبق أو غيره مع الضميمة (٢).

واعتبار الأمر الثاني مستفاد من حديث نفي الغرر (٣)، ومما ورد في لزوم تعيين المدة في بيع السلم (٤) ونحوه، ولا ينافي ذلك ما تقدم من أن التعيين بالإطلاق أو بالقرينه الخاصه شرط جعلي من المتعاقدين، فإن الشرط الجعلي يمكن أن يحصل به الشرط الشرعي المعتبر في المعامله، نظير ما إذا باع المكيل على أن يكون كيله كذا فإنه بهذا الاشتراط الموجب تخلفه الخيار يرتفع الغرر عن المعامله، فتدبر جيداً.

[١] يعني القبض في موارد اعتباره في تمام المعامله كبيع الصرف وعقد الرهن، مثل الإجازة بناءً على النقل وأولى من الإجازة بناءً على كشفها في أنه كما لا يعتبر التمكن على التسليم قبل الإجازة كذلك لا يعتبر التمكن على التسليم قبل القبض في تلك الموارد.

ص: ٧٣

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٣ ، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٢ .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسند أحمد ١ : ٣٠٢ .
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٨ ، الباب ٣ من أبواب السلف .

حيث اشتراط القبض، فلا- يجب إحرازه حين الرهن ولا- العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعدّر تسليمه ثم إتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، وسيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم إلا أن يقال: إن المنفى في النبوي [١] هو كلّ معاملته تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور، غرراً عرفاً، لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق الغرر والخطر عرفاً وإن لم يتحقق شرعاً، إذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر، لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً. ومن هنا الشرح:

[١] وحاصله: أنه لا وجه للالتزام بأن النهي عن بيع الغرر ناظر إلى مانعيه عدم التمكن على التسليم في بيع يكون تاماً حتى من قبل الشرط الشرعي أيضاً؛ ليقال إنه لا مورد للنهي في موارد اشتراط القبض في البيع، بل ظاهره مانعيه الجهل في بيع يكون تاماً بنظر العرف واعتبار العقلاء كما هو مقتضى كون متعلق النهي بيعاً عرفياً، فيكون المقام نظير الجهالة بمقدار المبيع في بيع الصرف فيما إذا علم بمقداره بالقبض، فإن الجهل بمقداره عند إنشائه يكون مبطلاً ولا يفيد العلم به عند القبض.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإن مع اشتراط القبض في البيع لا- يكون ذلك البيع غررياً ولو مع عدم إحراز التمكن على التسليم قبل القبض، حيث إن القدره المعتمده إنما هي القدره عند استحقاق المشتري التسلم، فلا مورد لاعتبار هذه القدره في بيع يكون القبض من شرط تمامه ليكون الجهالة بها موجباً للغرر، بخلاف معلوميه مقدار المبيع فإنه يمكن أن يقال باشتراط المعلوميه في زمان إنشاء العقد كما مر، فلا تفيد المعلوميه بعد ذلك.

والمتحصل: الجهالة بالتمكن على التسليم الموجب للغرر في سائر الموارد لا يوجب مع اشتراط القبض في البيع، بخلاف الجهالة على مقدار البيع فإنه وإن

يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا- عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعاً على وجه لا- يلزم منه خطر، فإنّ العرف إذا اطلعوا على اعتناق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، وهكذا... فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظه الآثار الشرعيه للمعامله، فتأمل.

ثم إنّ الخلاف في أصل المسأله لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إنّ القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنّها شرط في أصل صحه البيع، فلو قدر على التسلم صحّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكّن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه، ولا يرجع على البائع، لعدم القدره إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحّ بيع المغصوب ونحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يُقبض عرفاً لم يصحّ المعاوضه عليه بالبيع، لأنّه في معنى أكل مال بالباطل، وربما احتمل إمكان المصالحه عليه. ومن هنا يعلم: أنّ قوله يعنى المحقق في النافع: «لو باع الأبى منفرداً لم يصحّ»، إنّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكّن منه عرفاً، ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى.

وفيه: ما عرفت من الإجماع، ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري، لأنّ الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعه، فيبطل في موضع تحقّقه، وهو عند جهل المشتري. وفيه ما فيه.

الشرح:

لا يوجب الغرر في البيع مع معلوميه المقدار قبل القبض، إلا أنه يمكن أن يقال ببطان البيع المزبور، لا للغرر بل لأن الشرط في بيع المكيل أو الموزون ونحوهما معلوميه المقدار حين الإنشاء كما لا يخفى.

ص: ٧٥

ثم إنَّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين : أنَّ القدره على التسليم ليست مقصوده بالاشتراط إلا بالتبع، وإنما المقصد الأصلي هو التسلم، ومن هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحه، كما عن الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز والشهيدين والمحقق الثاني وعن ظاهر الانتصار: أنَّ صحه بيع الآبق على من يقدر على تسلمه ممَّا انفردت به الإماميه، وهو المتجه، لأنَّ ظاهر معاهد الإجماع بضميمه التتبع في كلماتهم وفي استدلالهم بالغرر وغيره مختصّ بغير ذلك. ومنه يعلم أيضاً: أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقاً للفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم.

نعم، عن نهايه الأحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدره في الحال على التسليم، وأنَّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث.

وفيه: أنَّ العاده باعثه كالعقل، مع أنَّ الكلام على تقدير الوثوق. ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما [١] إلا بعد مدّه مقدّره عادةً وكانت مما لا يتسامح فيه كسنيه أو أزيد، ففي بطلان البيع لظاهر الاجتماعات المحكيه ولثبوت الغرر، أو صحته، لأنَّ ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً، ولذا حكم مدّعيه بالصحه هنا، والغرر منفيّ مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدّه كما إذا اشترط تأخير التسليم مدّه وجهان بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوّى الصحه وتبعه في محكى التحرير والمسالك والكفايه وغيرها.

الشرح:

[١] يعنى لو لم يقدر المشتري على تحصيل المبيع وتعذر التسليم على البائع والتسلم على المشتري إلا بعد مده مقدّره عادةً، بحيث تكون تلك المده مما لا يتسامح فيها، فلو كان البيع باعتبار علمهما بالحال فلا خيار للمشتري، بل عليه الصبر إلى تلك

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعه الملك عليه مدّة. ولو كان مدّه التّعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المُنفذ إلى الهند لحاجه لا يعلم زمان قضائها ففي الصّححه إشكال^[١]: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقه المعتدّه بالأقراء لجهاله وقت تسليم العين. وقد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع. ثمّ إنّ الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين، لأنّ الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه. ولو باع ما يعتقد التمكّن فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجددّها بعد ذلك صحّ، ولو لم يتجدّد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

ثمّ لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكاً لا ما إذا كان وكيلاً في مجرد العقد، فإنّه لا عبره بقدرته كما لا عبره بعلمه. وأمّا لو كان وكيلاً في البيع ولوازمه بحيث يعد الموكل أجنبياً عن هذه المعامله. فلا إشكال في كفايه قدرته. وهل يكفي قدره الموكل؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك.

الشرح:

المدّه، فإن البيع مع علمهما بالحال بمنزله اشتراط التسليم بعدها. ولو كان المشتري جاهلاً بالحال مع إطلاق البيع يثبت له الخيار؛ لرجوعه إلى تخلف شرط التسليم بعد العقد، حيث إن ظاهر إطلاق البيع الالتزام بالتسليم بعده.

ولو كانت مدّه التّعذر غير مضبوطة فالأظهر بطلانه، فإنه ظهر مما تقدم اعتبار تعيين زمان استحقاق التسلم، وأنه لا يكفي في رفع الغرر مجرد إحراز التمكّن على التسليم في زمان ما.

[١] يكفي في تمام البيع تمكّن المالك على التسليم حتى فيما إذا كان العاقد وكيله، كما أنه يكفي فيه تمكّن الوكيل عليه، سواء كان مفوضاً أو مأذوناً في إجراء العقد

وربما قيّد الحكم بالكفايه [١] بما اذا رضى المشتري بتسليم الموكّل و رضى المالك برجوع المشتري عليه وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى، لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة وقدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفى فيه قدره الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقّق فى الفضولى، والبناء على قدره الواقعيّ باطل، إذ الشرط هى قدره المعلومه دون الواقعيّ إلى أن قال والحاصل: أنّ قدره قبل الإجازة لم توجد وبعدها إن وجدت لم تنفع، ثمّ قال: لا يقال: إنّ قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك وأنّه لا يخرج عن رأيه الشّرح:

وإقباض المبيع، والوجه فى الكفايه أن المعتبر من قدره المالك على التسليم الأعم من التسليم بالمباشره أو بالاستتابه، وحيث إنّ التسليم المعتبر أعم من كونه بالمباشره أو بالاستتابه فلا يضر الخطأ فى الاعتقاد بأنّ اعتقد المشتري تمكن العاقد ثم ظهر عجزه وأنّ المتمكن هو المالك. وكذا الحال فى تعيين مقدار المبيع، فإنه يمكن الالتزام بكفايه إحراز مقدار الكيل أو الوزن من الوكيل العاقد إذا كان وكيلاً فى تعيين مقداره، فما ذكره المصنّف رحمه الله من عدم العبره بقدره العاقد كما لا عبره بعلمه ضعيف.

[١] حكى فى «الجواهر» (١) عن بعض أن كفايه تمكن المالك على التسليم مع عجز وكيله العاقد فيما إذا كان المشتري حال العقد راضياً بتسلم المال من الموكّل وكان الموكّل أيضاً راضياً برجوع المشتري عليه، ومع عدم رضاهما بذلك يكون البيع محكوماً بالبطلان، ولا- عبره بمجرد تمكن المالك بدون التراضى المزبور. وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولى وعدم تمامه بإجازة المالك.

ص: ٧٨

فيتحقق له بذلك القدره على التسليم حال العقد، لأن هذا الفرض يُخرج الفضولي عن كونه فضولياً لمصاحبه الإذن للبيع غايه الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال، وهما من أنواع الإذن فلا يكون فضولياً ولا يتوقف صحته على الإجازة، ولو سلّمنا بقاءه على الصفه، فمعلوم أنّ القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض. وفيما ذكره من مبنى مسأله الفضولي [١] ثمّ في تفرّيع الفضولي، ثمّ في الاعتراض الذي ذكره، ثمّ في الجواب عنه أولاً وثانياً، تأمل، بل نظر، فتدبر.

الشرح:

ووجه التفرّيع أن العاقد الفضولي لا- يتمكن على التسليم، باعتبار عدم كونه مالكاً ومأذوناً من المالك ولم يقع التراضي حال العقد من المشتري والمالك، ثمّ اعترض على التفرّيع بأنه قد يكون العاقد الفضولي متمكناً على تسليم المال؛ لعلمه بتمكّنه على إرضاء المالك، فيكون بهذا الاعتبار متمكناً على تسليم المال. وأجاب عن الاعتراض بخروج الفرض عن بيع الفضولي، ولا يكون مثل هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك. هذا، ولو فرض عدم خروجه بذلك عن الفضولي فلا ريب في أن القائلين بصحة الفضولي وتمامه بالإجازة لا- يقتصرون بالفرض المزبور، بل يلتزمون بتمامه بالإجازة حتى فيما إذا لم يكن العاقد متمكناً على إرضاء المالك.

[١] وأما ما ذكره (١) من مبنى المسأله من عدم كفايه تمكّن المالك على التسليم إلا- مع رضاء المشتري برجوعه إليه ورضاء المالك بذلك، ففساده باعتبار ما تقدم من عدم اشتراط ذلك، نعم إذا وقع البيع بشرط إقباض العاقد ثم ظهر عدم حصوله إلا من المالك يثبت للمشتري الخيار، وهذا أمر آخر غير بطلان البيع.

وأما فساد التفرّيع، فإنه يجب الالتزام بصحة عقد الفضولي وتمامه بإجازة المالك حتى إذا التزمنا بمبنى المسأله، وذلك فإن المالك بإجازته يكون طرفاً للمعامله ويكون

ص: ٧٩

مسأله: لا- يجوز بيع الآبق منفرداً على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل إجماعاً كما عن الخلاف والغنيه والرياض، وبلا خلافٍ كما عن كشف الرموز، لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله التالف، ومع احتمال بيع غررٍ منفى إجماعاً نصاً وفتوى. خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الإسكافي، حيث إن المحكى عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمنه البائع، انتهى.

وقد تقدّم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع: منع اشتراط القدره على التسليم. وقد عرفت ضعفه.

لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق، لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الإسكافي بصوره ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه.

فالعمده الانتفاع بعتقه، وله وجه لو لا- النصّ الآتى والإجماعات المتقدمه، مع أنّ قابليته المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر. وكما لا يجوز جعله مثنياً، لا يجوز جعله منفرداً ثمناً، لاشتراكهما في الأدله.

الشرح:

البيع بيعه وهو حال الانتساب متمكن على التسليم، ولا يكون العاقد الفضولي طرفاً في المعامله ليعتبر تمكنه على التسليم.

وأما ضعف الاعتراض، فباعتبار أن تمكن العاقد الفضولي بإرضاء المالك ليس إلا كعلمه بحصول الإجازة، وهذا غير تمكن العاقد على تسليم المال. وأما ضعف الجواب عن الاعتراض، فلأن مع تمكن العاقد على إرضاء المالك مستقبلاً لا يكون رضا المالك بالبيع فعلياً ليخرج عن الفضوليه، بل خروج البيع عن الفضوليه بالرضا المقارن أيضاً مشكل.

ص: ٨٠

وقد تردّد في اللمعه في جعله ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، وإن قرّب أخيراً المنع منفرداً ولعل الوجه: الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النصّ والإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمشمن، دون نفى الغرر، الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق. ويؤيّد: حكمه بجواز بيع الضالّ والمجحود، مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدره على التسليم. ونظير ذلك ما في التذكرة، حيث ادّعى أولاً الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثم قال: والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، وحكاه عن بعض العامّة أيضاً. ثم ذكر الضالّ ولم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفرداً واشتراط الضميمة. فإنّ التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

وكيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعدّر تسليمه، فيعتبر فيه القدره على التسليم؟ وجهان، بل قولان: من عمومات الصلح وما علم من التوسّع فيه، كجهاله المصالح عنه إذا تعدّر أو تعسّر معرفته بل مطلقاً واختصاص الغرر المنفى بالبيع. ومن أنّ الدائر على ألسنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوزات كالوكاله، فضلاً عن المعاوزات كالإجاره والمزارعه والمساقاه والجعالة، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه وآله: أنه نهى عن الغرر.

وقد رجّح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم بين على المسامحه من الصلح. وظاهر المسالك في مسأله رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه.

وأما الضالّ والمجحود والمغصوب ونحوها ممّا لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعه، للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدّعى

على اشتراط القدره على التسليم، إلا- أن يوهن بتردد مدعيه كالعالمه فى التذكره فى صحه بيع الضالّ منفرداً، ويمنع الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع. وأمّا فوات منفعتة مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرّه مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالّه يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثه أيام فلن توجد بعد ذلك. وكذا فى المغصوب والمنهوب.

والحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله، وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم الثمن، فإنّه لا خطر حينئذٍ فى البيع، خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، ولكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان غرراً فى نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيه الثابته للبيع، ولذا قوّينا فيما سلف جريان نفي الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. ومن المعلوم أنّ بيع الضالّ وشبهه ليس محكوماً عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظه إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكم شرعىّ عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غرراً عرفاً.

ومما ذكر يظهر: أنّه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدّه لا يفوت الانتفاع المعتدّ به، وإلاّ تخير بين الفسخ والإمضاء كما استقره فى اللمعه فإن ثبوت الخيار حكم شرعىّ عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع، فلا- يندفع به الغرر الثابت عرفاً فى البيع المبطل له. لكن قد مرّت المناقشه فى ذلك بمنع إطلاق العرف الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعىّ اللاحق للمبيع من ضمانه قبل التسليم ومن عدم التسلط على مطالبه الثمن، فافهم.

ولو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام، أمكن جوازه، لعدم الغرر حينئذ عرفاً، ولذا لا- يُعدّ بيع العين الغير المرثيه الموصوفه بالصفات المعينه من بيع الغرر، لأنّ ذكر الوصف بمنزله اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الردّ. ولعلّه لهذا اختار في محكّي المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق. إذا ضمنه البائع. فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه. وعن حاشيه الشهيد ظهور الميل إليه وإن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

مسأله: يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة كما عن الانتصار وكشف الرموز والتنقيح، بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكياً فيه كما عن الانتصار إطباق العامه على خلافه. وظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامه ب «الغرر»، فأنكره عليهم مع الضميمة. وفيه إشكال. والأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكيه، المعتضده بمخالفه من جعل الرشد في مخالفته بصحيحه رفاعه النخّاس: «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجاريه الآبقه وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإنّ ذلك جائز». وموثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «فى الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، فيقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتري معه».

وظاهر السؤال فى الأولى والجواب فى الثانيه: الاختصاص بصوره رجاء الوجدان، وهو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقوله، فالمأبوس عاده من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع، لأنّ بذل جزء من الثمن

فى مقابله لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهى عن الغرر، السليم عن المخصّص.

نعم، يصحّ تملكه على وجه التبعية للمبيع باسّراطٍ ونحوه. وأيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها، وأما صحة بيعها منفردة فلا يظهر من الرواية، فلو أضاف إلى الضميمة من تعذّر تسليمه كفى، ولا يكفى ضمّ المنفعة إلا إذا فهمنا من قوله: «فإن لم يقدر... إلى آخر الرواية» تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابله بالثمن، فيكون ذكر اسّراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مالٍ أو حقٍّ إليه مع الآبق، لئلا يخلو الثمن عن المقابل، فتأمل.

ثمّ إنّه لا إشكال فى انتقال الآبق إلى المشتري، إلاّ أنّه لو بقى على إباقه وصار فى حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء وإن اقتضى قاعده «التلف قبل القبض» استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الرواية: أنّه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة والثمن، ليكون المعاوضة على المجموع مراعاةً بحصول الآبق فى يده، كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز: من أنّ الآبق ما دام آبقاً ليس مبيعاً فى الحقيقة، ولا جزء مبيع، مع أنّه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادته ما ذكرنا، بل معناها: أنّه لا يرجع المشتري بتعذّر الآبق الذى هو فى حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله من الثمن.

ولو تلف قبل اليأس، ففى ذهابه على المشتري إشكال. ولو تلفت الضميمة قبل القبض: فإن كان بعد حصول الآبق فى اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة، لا مجموع الثمن، لأنّ الآبق لا يوزّع عليه الثمن ما دام آبقاً، لا بعد الحصول فى اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم، كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً، لأنّه بمنزلة القبض. وإن كان قبله، ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعاً

للضميمه، أو بقاءه بما قابله من الثمن، وجهان: من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق، لأنه كان سبباً في صحته. ومن أنه كان تابعاً له في الحدوث، فإذا تحققت تملك المشتري له، فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً، هو انحلال المقابله الحاصله بينه وبين ما يخصه من الثمن، لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء. لكن ظاهر النص أنه لا- يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به. ومن هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهه الضميمة فقط، لاشتراط خيارٍ يخص بها.

نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً ولم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبه إلى المجموع. ثم لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً، إما بعد قدره عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل.

مسأله: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرأ [١] فلو باع بحكم أحدهما الشرح:

[١] المشهور على اعتبار تعيين الثمن في البيع فلا يصح البيع بحكم أحدهما، ويستدل على ذلك بروايه النهي عن بيع الغرر (١) تاره، فإن كون البيع غرراً مع جهاله الثمن ولو بتردده بين الأقل والأكثر لا يحتاج إلى البيان. وأخرى بروايه حماد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم» (٢). بدعوى أن عدم صحه استثناء الدرهم عن الدينار لجهاله نسبتها وترددها بين الأقل والأكثر.

ولكن ظاهر المصنف رحمه الله كونها تأييداً لا دليلاً، ولعل ذلك باعتبار عدم ظهور

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسند أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٨٠ ، الباب ٢٣ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول .

بطل إجماعاً، كما عن المختلف والتذكرة، واتفقاً، كما عن الروضة وحاشية الفقيه للسلطان. وفي السرائر في مسأله البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يُذكر فيه الثمن فإنه باطل، بلا- خلافاً بين المسلمين والأصل في ذلك: حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

ويؤيده: التعليل في روايه حمّاد بن ميسر، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يُدري كم الدينار من الدرهم». لكن في صحيحه رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجاريه له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ ما نقص من قيمه، وإن كان قيمتها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له. قال: قلت: رأيت إن أصبت بها عيباً بعد أن مستتها؟ قال: ليس عليك أن تردّها عليه، ولك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه والعيب».

الشرح:

الكراهه في بطلان البيع. نعم، روايه السكوني ظاهرها بطلان البيع، فإنّ فيها: «رجل يشتري السلعه بدينار غير درهم إلى أجل، قال: فاسد، فلعل الدينار يصير بدرهم» (1).

ولكن الروايه مقتضاها كون البطلان باعتبار عدم إحراز أصل الثمن في البيع لا للجهل بمقداره، هذا مع أنه يعارضها على ما قيل صحيحه رفاعه النحاس قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ساومت رجلاً بجاريه فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن

ص: ٨٦

لكن التأويل فيها متعين لمنافاه ظاهرها لصحة البيع وفساده، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص. نعم، هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل، بناءً على القول بالفساد بأن يراد من قوله: «باعنيها بحكمي» قطع المساومه على أن أقومها على نفسي بقيمتها العادله في نظري حيث إن رفاعه كان نخاساً يبيع ويشترى الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم إما معاطاة، وإما مع إنشاء الإيجاب الشرح:

يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن. فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من قيمه، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها، قال: ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ قيمه ما بين الصحة والعيب منه^(١). ووجه المعارضه ظهورها في صحة البيع بحكم المشتري .

وقد يجاب عن المعارضه كما عن المصنف رحمه الله ، بأنه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه، واللازم طرحها سواء قيل بصحة البيع بحكم المشتري أو بفساده، وذلك فإنه لو كان البيع بحكمه صحيحاً فلا وجه لضمان المشتري قيمه المثل فلا بد من توجيه ذلك ولو بالقول بتعيين الثمن في قيمه المثل كما في «الحدائق»^(٢). كما أنه لا بد من توجيهها على تقدير فساد البيع بحكم أحدهما بحملها على التوكيل في بيع الجارية ولو من نفسه، وأن الوكيل بعد ما باعها من نفسه بالمعاطاه أو غيره ادعى البائع الغبن في بيعها، فيكون دفع المشتري قيمه مثلها تخلصاً من فسخ بيعها بخيار الغبن أو بحملها على حمل الجارية بعد بيع الوكيل وصيرورتها أم الولد، حيث إن صيرورتها أم الولد مانع عن

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٤ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٢- (٢) انظر الحدائق ١٨ : ٤٦١ ٤٦٣ .

وكالهُ والقبول أصلهُ، فلمّا مَسَّها وبعث الدرهم لم يقبلها المالك، لظهور غيبٍ له في البيع، وأنّ رفاعة مخطئٌ في قيمه، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. وقوله: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» إمّا أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية، حيث إنّ المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت، وإمّا أن يحمل على حصول الحَيَل بعد المسّ، فصارت أمّ ولد تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع. وقد يحمل على صورته تلف الجارية، وينافيه قوله فيما بعد: «فليس عليك أن تردّها . . . الخ».

الشرح:

ردّها، لا أن الرواية تحمل على صورته تلف الجارية؛ ليقال: إن قوله عليه السلام في ذيل الرواية: «وليس لك أن تردّها» قرينه على عدم تلفها. هذا كله مع ظهور الغيب، وأما مع عدم ثبوته فلا يكون للمشتري حق استرداد ما بعث به إلى البائع من الزيادة على قيمتها.

والحاصل: أن ما عن «الحدائق» عن حكمه بصحة البيع بحكم أحدهما وانصراف الثمن إلى قيمه المثل ضعيف كما ترى، وأن ما ذكره الإسكافي من صحة البيع فيما إذا لم يعين الثمن، بأن قال: «بعتك بسعر ما بعث من غيرك»، ويكون للمشتري خيار الفسخ (١). وبه يرتفع الغرر ضعيف، فإن الخيار حكم شرعي يترتب على البيع الصحيح. ثم لو كان مجعولاً من المتعاقدين يمكن كونه رافعاً للغرر، كما في بيع العين الغايبه بالتوصيف، إلا أنه لا يجرى في ذكر الثمن بوصف مجهول كما لا يخفى.

ويمكن استظهار اعتبار تعيين الثمن وعدم جواز كونه مجهولاً ممّا ورد في لزوم الاعتبار في المثل (٢) وتعيين المده المضروبه له بما يرتفع معه التردّد بين الأقل والأكثر كما في تعيين السلف بالشهور لا بوقت الحصاد ونحوه، فإنه لا يحتمل مع

ص: ٨٨

١- (١) حكاة العلامة في المختلف ٥: ٢٤٤.

٢- (٢) سيأتي ذكره.

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية، لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف. وأضعف منه ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع: «بعتك بسعر ما بعت» ويكون للمشتري الخيار.

ويردّه: أنّ البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. وأمّا بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، كما تقدّم عند حكاية قول الإسكافي في مسأله القدره على التسليم.

مسأله: العلم بقدر المثل كالثمن [١] شرط، بإجماع علمائنا، كما عن التذكرة. الشرح:

اعتبار ذلك في ناحيه المثل أن لا يعتبر في ناحيه الثمن؛ ولذا استدلوا على اعتبار تعيين المده في بيع النسيه بالأخبار الوارده في السلف (١).

لا يقال: فما وجه ضعف ما عليه «الحدائق» مع كونه موافقاً للصحيحه؟ (٢)

فإنه يقال: ظاهر الصحيحه تمام البيع بحكم أحدهما وانتقال المبيع إلى المشتري بالثمن الواقع عليه الحكم فيما إذا لم يكن أقل من ثمن المثل، ومع كونه أقل يكون عليه ثمن المثل، وترديد الثمن بين الأمرين؛ أحدهما جعلى والآخر من الشرع، غير معهود. ولو كان هذا الحكم مع كثره الابتلاء بمثل هذه المعامله ثابتاً لكان من الواضحات عند الأصحاب، فكيف الظن مع عدم الإفتاء بالظهور المزبور في كلام أحد.

[١] يعتبر العلم بقدر المثل كالعالم بقدر الثمن بلا خلاف ظاهر، وعن «التذكرة» (٣) وغيرها (٤) دعوى الإجماع عليه، ويشهد له مضافاً إلى حديث النهي عن

ص: ٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٨ ، الباب ٣ من أبواب السلف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٤ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٣- (٣) التذكرة ١ : ٤٦٧ .

٤- (٤) الخلاف ٣ : ١٦٢ ، المسأله ٢٥٨ .

وعن الغنية: العقد على المجهول باطل، بلا خلاف. وعن الخلاف: ما يباع كيلاً فلا يصح بيعه جزافاً وإن شوهده، إجماعاً. وفي السرائر: ما يباع وزناً فلا يباع كيلاً، بلا خلاف. والأصل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور. وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعتمده:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكييل معلوم، وأن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت؟ قال: لا يصلح إلا بكييل. قال: وما كان من الشرح:

بيع الغرر(١) ما ورد في خصوص المكييل كصحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكييل معلوم، وأن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني من هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت، قال: لا يصلح إلا بكييل، وقال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفه، هذا مما يكره من بيع الطعام»(٢). فإن ظاهر «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً» الكنايه عن كونها مكيلاً، كما أن ظاهر عدم صلاح بيعه مجازفه بطلانه، ولا ينافي ذلك ما في ذيلها: «هذا مما يكره من بيع الطعام»، فإن الكراهه في الروايات لا تكون ظاهره في المعنى الاصطلاحي المقابل للحرمة وعدم الجواز، بل معناها ما يناسب مع كل منهما.

وكذا لا ينافي ما في صدرها من عدم الاعتبار بقول البائع بأن العدل الآخر على قدر ما اشتراه بكييل، ووجه عدم المنافاه أنه ليس المراد عدم جواز الاعتماد بإخبار البائع في الشراء على شرط ذلك الكيل المخبر به، بل المراد شراؤه بلا اشتراط زاد أو

ص: ٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣، ومسنده أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٢ ، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

طعام سميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام». وفي روايه الفقيه: «فلا يصحّ بيعه مجازفه». والإيراد على دلالة الصحيحه بالإجمال، أو باشمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجيه، لأنّ الظاهر من قوله: «سميت فيه كيلاً»، أنّه يذكر فيه الكيل، فهي كناية عن كونه مكياً في العاده، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر في التنوع، مع أنّه ليس من الطعام ما لا- يكال ولا- يوزن إلا مثل الزرع قائماً ببيع إرادته هذا المعنى، فتأمل. وأمّا الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص، خصوصاً إذا لم يطمئنّ بتصديقه، لا شرائه على أنّه القدر المعين الذي أخبر به البائع، الشرح:

نقص. وعلى تقدير إطلاق الصدر يرفع اليد عنه بما يدل على جواز الشراء بشرط الكيل المخبر به، فيبقى تحت الصدر صورته وقوع الشراء بلا شرط وبنحو المجازفه.

لا يقال: توصيف الطعام بكونه مما سميت فيه الكيل ظاهره كون الطعام نوعين، مع أنّه ليس الطعام خارجاً غير المكيل، حيث لا يقال للزرع القائم على الأرض إنه طعام. والحاصل: أنّ الوصف المزبور لا يكون كناية عن كون الطعام مكياً كما ذكر في وجه الاستدلال؛ لأنّ لازم كونه كناية كونه توضيحياً، فلا بد من كون المراد: مما سميت فيه الكيل المعنى الآخر، كاشتراط الكيل في بيعه أو إخبار البائع به، ومن الظاهر أن لزوم رعايه الكيل في صورته الاشتراط أو الإخبار به لا يقتضى لزوم رعايته في غير فرضهما كما هو المدعى.

فإنه يقال: لو لم يعتبر الكيل في بيع الطعام يكون اشتراط الكيل فيه كسائر الشروط في كون لزوم العمل بها حقاً فيصح للمشروط له إسقاط حقه، ولا يناسب ذلك قوله عليه السلام: «فإنه لا يصلح مجازفه»، وكذا في صورته إخبار البائع به فالمتعين حمل قوله عليه السلام: ما سميت فيه كيلاً، على الكناية عن كون المبيع كيلاً، حتى مع اقتضاء ذلك

فإنّ هذا لا يصدق عليه الجزاف. قال في التذكرة: لو أخبره البائع بكيّله ثم باعه بذلك الكيل، صحّ عندنا. وقال في التحرير: لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمن، سواء زاد أو نقص، لم يجز. وأمّا نسبه الكراهه إلى هذا البيع، فليس فيه ظهور في المعنى المصطلح يعارض ظهور «لا يصلح» و«لا يصحّ» في الفساد.

وفي الصحيح عن ابن محبوب، عن زرعه، عن سماعة، قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أمّا أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مراحه، فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنه، إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا... ودلالاتها أوضح من الأولى.

الشرح:

كون الوصف توضيحياً فضلاً عن الاحتراز عن صورته كونه موزوناً كما في بعض البلاد.

وأما دعوى أن الطعام يعمّ مثل اللحم ونحوه من غير المكيل فالقيّد احتراز عنه، يدفعها ملاحظه موارد استعمال الطعام بلا قرينه، حيث إن ظاهرها الحنطه والشعير في الروايات وغيرها، فلاحظها.

وموثقه سماعة قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مراحه فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن. وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»^(١)، حيث إن دلالتها على عدم جواز بيع الطعام وسائر ما يكال أو يوزن بغير الاعتبار فيما إذا لم يكن معتبراً في السابق أوضح من الصحيحه السابقه، حيث ليس فيها مورد للمناقشه السابقه ولو كانت المناقشه ضعيفه.

ص: ٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٥ ٣٤٦ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه .

وروايه أبان عن محمّد بن حمران [١] قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيّله؟ قال: لا- بأس قلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله»، دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدّقه.

وفحوى مفهوم روايه أبى العطار د وفيها: «قلت: فأخرج الكُرّ والكُرّين فيقول الرجل أعطني بكيّلك فقال: إذا ائتمنك فلا بأس به».

الشرح:

[١] ثم إن في البين روايات باعتبار ضعف سندها أو دلالتها لا تصلح للاستدلال ولكن لا تخلو عن التأييد بها، منها: صحيحه محمد بن حمران قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيّله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١).

فإنه ربما يقال بدلالاتها على عدم جواز بيع المكيّل بدون الكيل ولكنه لا- يخلو عن التأمل، فإن اللازم حمل المنع فيها على الكراهه؛ لأنّ إخبار البائع بكيل المبيع طريق شرعى إلى إحراز كيله، فبيعه ثانياً من شخص آخر اعتماداً على إخبار بائعه سابقاً ليس من بيع الطعام بلا- تعيين كيله ليحكم بفساده، ولعل النهى المزبور باعتبار أن إخبار البائع ظاهر في الشهاده التي لا تصح بمجرد إخبار البائع الأول.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من دلالتها على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبر به البائع فصدّقه المشتري، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن فرض كيل الطعام وإخبار البائع به مأخوذ في السؤال لا قيد لنفى البأس في الجواب ليدل القيد على عدم الجواز بدونه.

ومنها: روايه أبى العطار د عن أبى عبد الله عليه السلام، «قلت: فأخرج الكُرّ والكُرّين،

ص: ٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

ومرسله ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيه كله». فإنّ المنع من التبعض المستفاد منه ارشادى محمول على أنه إن صدّقه فلا حاجة إلى كلفه كيل البعض وإلا فلا يحزى كيل البعض. ويحتمل الروايه الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء.

الشرح:

فيقول الرجل: أعطنيه بكيلىك، قال: إذا ائتمنك فلا بأس^(١). فإنها بفحوى مفهومها داله على اعتبار الكيل وأنه لا يصح البيع بدونه، فإنه إذا لم يجز البيع بكيل لا يصدقه المشتري كما هو المفهوم، لم يجز البيع فيما إذا لم يكن كيل أصلاً.

ومنها: مرسله عن ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيه كله»^(٢). فإنّ ظاهر هذه أيضاً عدم جواز الشراء بلا اعتبار المبيع وتعيين كيله ولو بإخبار البائع والنهي عن التفكيك إرشاد إلى عدم الجدوى فيه، فإنّ مع تصديق البائع لا حاجة إلى كيل بعضه أيضاً، ومع العلم بكذب البائع لا يقيد كيل البعض المزبور من اعتبار الباقي، هذا لو كان المراد بكيل البعض وتصديق بائعه في البعض الآخر عند البيع، وأما بناءً على كون المراد شراء الكلى وكيل البعض والتصديق في البعض الآخر في مقام الاستيفاء وقبض الكلى فعدم دلالتها على اشتراط البيع، أى بيع العين الخارجيه بالكيل أو بإخبار بائعه به ظاهر.

ص: ٩٤

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٤، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

وكيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار وما لم يذكر ممّا فيه إيماء الى المطب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل وتقرير الامام عليه السلام كما في روايه «كيل ما لا- يستطاع عدّه» وغيرها مع ما ذكر من الشهره المحقّقه والاتّفاقات المنقوله كفايه في المسأله. ثمّ إنّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصى [١] وإن كان حكمته سدّ باب المسامحه المفضيه إلى الوقوع في الغرر. كما أنّ حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعه المتوقّعه عند إهمال ذلك الشرط. فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل والوزن وإن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المساوى له في القيمه، فإنّه لا يتصوّر هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلّ من العوضين، لأنّه مساو للآخر في المقدار.

الشرح:

[١] اعتبار الكيل والوزن مترتبان في الروايات على كون المبيع مكيلاً أو موزوناً لا على كون البيع مع عدمهما غرراً.

وبتعبير آخر: لو كان المدرك لاعتبار الكيل والوزن روايه النهى عن بيع الغرر (١) لكان لزوم الكيل والوزن وعدم لزومهما دائراً مدار الغرر وعدمه، ولولم يكن غرر بدونهما فلا- بأس بعدم الاعتبار. كما إذا كان جنساً مساوياً لجنس آخر في القيمه السوقيه وأريد معاوضه أحدهما بالآخر، فإنه لو وضعاً في كفتى الميزان بحيث أحرز تساويهما في المقدار كفى في ارتفاع الغرر وإن لم يكن وزن كل منهما معلوماً.

والمراد من الاعتبار بالغرر الشخصى ملاحظه كل فرد من البيع وكونه مع عدم الكيل أو الوزن غررياً أم لا، ولكن العمده في اعتبار الكيل أو الوزن الروايات المتقدمه

ص: ٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسنند أحمد ١ : ٣٠٢ .

ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيّما الأخبار على المورد الغالب، وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى، كما في الفرض المزبور، وكما إذا كان للمتبايعين حدس قوياً بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، وكما إذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع الميزان لمثله، كما لو دفع فلساً وأراد به دهنًا لحاجه، فإنّ الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين.

الشرح:

الظاهرة في اعتبارهما، ومقتضاها عدم الجواز في المثال وأنه لا يكون دائراً مدار حصول الغرر وعدمه، بل المدار كون المبيع مكيلاً- أو موزوناً. نعم، يمكن أن يكون ارتفاع الغرر حكمه في اعتبار الكيل والوزن في بيع المكييل أو الوزن، والظاهر أن الحكم يتبع موضوعه لا حكمته، وهذا هو المراد بالغرر نوعاً.

وقد تحضّل مما ذكرنا أن الغرر وإن لم يكن في الأمثلة المذكورة في عبارته المصنف رحمه الله ولا يعمها حديث النهي عن بيع الغرر(١) ولكن يعمها الروايات الظاهرة في أن المكييل أو الموزون لا يصلح بيعه إلا بالكيل أو الوزن هذا مع قصد البيع، وأما إذا أريد إنشاء المعاوضة بين الجنسين فلا تدخل في تلك الأخبار أيضاً. وقد تقدم في أول الكتاب أن المعاوضة بإنشائها لا تدخل في عنوان البيع، بل المعاوضة عنوان مستقل يعمها مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢).

ثم لا- يخفى أنه ربما يكون جنس مكيلاً- أو موزوناً في حال ويكون معدوداً في حال آخر، فإن الفضه أو النحاس من الموزون عند عدم كونهما بصورة الدرهم والفلس، وإذا كانا بصورتها مع رواج سكتها كالمعمول في عصرنا الحاضر فلا يعتبر

ص: ٩٤

١- (١) مَرَّ آتِفًا .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١ .

ولا- منافاه بين كون الشىء من جنس المكيل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه، لقلته كالحببتين والثلاثة من الحنطه، أو لكثرتة كزبره الحديد، كما تبته عليه فى القواعد وشرحها وحاشيتها.

ومما ذكرنا يتتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكه، فإنها وإن كانت من الموزون ولذا صرح فى التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود فى أن معرفه مقدار ماليتها لا تتوقف على وزنها، فهى كالقليل والكثير من الموزون الذى لا يدخله الوزن وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبه من النحاس والفضه كأكثر نقود بغداد فى هذا الزمان. وكذا الدرهم والدينار الخالصان، فإنها وإن كانت من الموزون ويدخل فيها الربا إجماعاً، إلا أن ذلك لا ينافى جواز جعلها عوضاً من دون معرفه بوزنها، لعدم غرر فى ذلك أصلاً. ويؤيد ذلك جريان سيره الناس على المعامله بها من دون معرفه الأغلب بوزنها.

نعم، يعتبرون فيها عدم نقصها عن وزنها المقرّر فى وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك، فالنقص فيها عندهم بمنزله العيب، ومن هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها، لكونه غشاً وخيانه. وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود وشبهها حيث إن نقصان الوزن لا يؤثر فى قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

الشرح:

وزنهما، ولا بأس بجعل أحدهما ثمناً مع الجهاله بوزنه. وأيضاً لو كان العوض أقل من الآخر المفروض كونهما من جنس واحد، كما إذا أعطى المسكوك بسكه مئه فلس بدرهمين مسكوكين كل منهما بخمسين فلساً، مع كون العوضين عن جنس واحد ووزن أحدهما أكثر من العوض الآخر، فلا يكون من الربا فى المعاوضه، حيث إن الربا لا يجرى فى المعدود.

ص: ٩٧

وإلى ما ذكرنا من الفرق أشير فى صحيحه ابن عبد الرحمن، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الشيء بالدرهم فأعطى الناقص الحبه والحبتين؟ قال: لا، حتى تبينه. ثم قال: إلا أن تكون نحو هذه الدراهم الأوضاحيه التى تكون عندنا عدداً».

وبالجملة، فإناطه الحكم بوجوب معرفه وزن المبيع وكيله مدار الغرر الشخصى قريب فى الغايه، إلا- أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب فى موارد كثيره. ثم إن الحكم فى المعدود ووجوب معرفه العدد فيه حكم المكيل والموزون [١] بلا خلاف ظاهر. ويشير إليه بل يدل عليه: تقرير الامام عليه السلام فى الروايه الآتيه المصرّحه بتجوز الكيل فى المعدود المتعدّر عدّه. ويظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلى المناقشه فى ذلك، بل الميل الى منعه وجواز بيع المعدود مشاهده، ويردّه روايه الجوز الآتيه.

الشرح:

[١] يعتبر فى بيع المعدود العدّ بلا خلاف ظاهر قديماً وحديثاً، إلا عن الأردبيلى رحمه الله (١)، حيث منع الاعتبار واستدل عليه بصحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكالم بمكيال، ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به» (٢). وقيل (٣): بعدم الدلاله لها على اعتبار العدد، فإنه وإن يظهر فيها أن الاعتبار كان مرتكزاً للسائل ولكن لا- يلزم الردع عن مثل هذا الارتكاز، مما لا يوجب ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، خصوصاً مع تجوزيه عليه السلام الكيل فى الفرض، مع وضوح أن المعدود مع اختلاف حجمه من حيث الصغر والكبير لا يحرز عدده بالكيل إلا على وجه التخمين.

ص: ٩٨

١- (١) راجع مجمع الفائده ٨ : ١٧٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٨ ، الباب ٧ من أبواب شروط عقد البيع، الحديث الأول .

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٣٦١ .

والمراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ما ليته بأعدادها كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاه والفرس والثوب. وعدّ العلامة البطح والبادنجان [١] في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: ولا يكفى العد في المعدودات بل لا بدّ من الوزن في البطح والبادنجان والرمان، وإنما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة، انتهى.

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطح والرمان إذا كان رطباً لعدم الوزن وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضاً غير موزونه. وكل ذلك محلّ تأمل لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن.

فالظاهر أنّ تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

مسألة: لو قلنا بأنّ المناط في اعتبار تقدير المبيع [٢] في المكيل والموزون الشرح:

ولا يخفى ما فيه، فإن لزوم إرشاد الجاهل في الشبهه الحكميه وبيان الحكم الشرعى فيها لا يختص بالواجبات والمحرمات، وأن الكيل في مثل الفرض يجعل طريقاً إلى إحراز العدد؛ ولذا لا يكفى فيه مجرد التخمين.

[١] هذا (١) راجع إلى تعيين الصغرى، وأنه في السلم لا بد من اعتبار الوزن حتى في المعدودات، وإنما يعتبر العدد فيها في بيع الحال، باعتبار إحراز وصفها بالمشاهده وفيه ما لا يخفى، فإن الوصف فيها حتى من حيث الحجم يعرف بالوصف ومقداره بالعدد فلا وجه لاعتبار الوزن فيها حتى في السلم.

[٢] وحاصله: أنه لو قيل: بأن المعبر في البيع انتفاء الغرر فيه، أى الجهاله

والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفايه المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً. لكن تقدّم: أنّ ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظه الغرر الشخصي، لحكمه سدّ باب الغرر المؤدّي إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زياده على التراضي الفعلى حال المعامله. وحينئذ فيقع الكلام والإشكال في تقدير بعض المقدّرات بغير ما تعارف فيه، فنقول: اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدمه على أقوال، ثالثها: جواز المكيل وزناً، دون العكس، لأنّ الوزن أصل الكيل وأضبط، وإنّما عدل إليه في المكيلات تسهياً. الشرح:

الموجه للخطر والضرر، فلا- ينبغي التأمل في جواز بيع المكيل بالوزن وبالعكس، وكذا بيع المعدود بالوزن أو الكيل مع فرض انتفاء الغرر بهذا النحو من الاعتبار، بل يكفي في بيع ما ذكر المشاهده مع فرض انتفائه. ولكن كون المعيار انتفاء الغرر خلاف ظاهر كلماتهم^(١)، وأن انتفاءه في تقدير المبيع بالمكيل أو الوزن أو العمد حكمه سداً لباب التنازع فيما بعد كما هو الحال في حكمه بعض الأمور المعتره في أكثر المعاملات.

وإذا كان الأمر كذلك فيقع الكلام في جواز تقدير كل من المكيل والموزون والمعدود بالآخر، بأن جعل التقدير الآخر طريقاً إلى إحراز التقدير المعتر فيه بأن يجعل الكيل طريقاً إلى وزنه أو عدّه وبالعكس، وجعله طريقاً لا يحصل بمجرد القصد ليقال: إنه لا- دخل للقصد في خروج البيع عن الجزاف وعدم خروجه، بل المراد من الجعل نظير الكيل الوارد في بيع الجوز في استكشاف العدد بالمكيل أو بالعكس، وإذا

ص: ١٠٠

١- (١) انظر منيه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٣٦٤، ومصباح الفقاهه ٣: ٦٣٥ ٦٣٨.

فالمحكى عن الدروس فى السِّلْم جوازه مطلقاً، حيث قال: ولو أسلم فى المكييل وزناً وبالعكس فالوجه الصحه، لروايه وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنه أشار بها إلى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه، عن على صلوات الله عليهم، قال: «لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن». ولا يخفى قصور الروايه سنداً ب «وهب»، و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون فى المكييل وبالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكييل بالوزن وبالعكس، ويعضده ذكر الشيخ للروايه فى باب إسلاف الزيت فى السمن. فالذى ينبغى أن يقال: إن الكلام تارة فى كفايه كل من التقديرين فى المقدر بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس. وتاره فى كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظه تقديره المتعارف.

الشرح:

كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه فيمكن أن يقال بجواز ذلك، خصوصاً فيما إذا كان التقدير المعبر فيه عسراً.

والوجه فى الجواز أن البيع فى هذه الصوره قد بيع بالتقدير المعبر فيه، غايه الأمر قد أحرز ذلك التقدير بالطريق الآخر، ويؤيد ذلك روايه عبدالملك بن عمرو قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: «أشترى منه روايه من زيت فأعترض روايه أو اثنتين فأتزنها ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال: لا بأس»^(١). فإن أخذ سائره بقدر ما فرض وزنه إنما يكون بجعل ظرف الزيت طريقاً إلى إحراز وزنه، واستدل بها فى «التذكرة»^(٢) على جواز بيع الموزون عند تعذره بوزن واحد من المتعدّد ونسبه الباقي إليه. وعطف على الاستدلال بها قوله: ولأنه يحصل العلم بالوزن، ومقتضى المعطوف عدم انحصار

ص: ١٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٣ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٦٩ .

أمّا الأول، فقد يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه عادة، وقد يكون ممّا لا يتسامح فيه.

أمّا الأول، فالظاهر جوازه، خصوصاً مع تعسّر تقديره بما يتعارف فيه، لأنّ ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا يتعارف فيه، غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده روايه عبدالملك بن عمرو، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري مائه راويه من زيت، فأعترض راويه أو اثنتين فأزنيهما، ثم آخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس». استدلّ بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعدّد وزنه بوزن واحد من المتعدّد ونسبه الباقي إليه، وأردفه بقوله: ولأنّه الشرح:

جواز التقدير بالنحو المزبور بصورة تعدّد الوزن، وتقييد الجواز في كلامه بصورة التعذر لاستظهاره القيد المزبور من الروايه المشار إليها، وبما أنه قيد غالبى لا يقتضى انحصار الجواز بتلك الصوره. ولكن عدم الاقتضاء مع فرض أن الجواز في التقدير بالنحو المزبور على القاعده؛ لما ذكرنا من أنه في الحقيقة بيع ذلك الشيء بذلك التقدير، وإلا لما كان التجويز في فرض التعذر تجويزاً لما ذكر مطلقاً.

وإذا كان التفاوت المحتمل فيه غير متسامح فيه فالظاهر الجواز أيضاً مع البناء على المقدار المستكشف، ومعنى البناء هو الاشتراط، بأن لو علم التفاوت لكان للمشتري الرجوع إلى البائع بمقدار النقص أو للبائع الرجوع إلى المشتري بمقدار الزيادة، نظير الاشتراء بإخبار البائع بالوزن أو الكيل، وما تقدم في صحيحه الحلبي من المنع عن كيل أحد العدلين وشراء الآخر بحسابه محمول على الشراء بدون البناء.

أقول: إذا جعل الكيل في الوزن طريقاً إلى الوزن أو في المعدود طريقاً إلى العدّ، بحيث لو انكشف تخلف الكيل المزبور عن العدّ المكشوف، يثبت للمشتري حق المطالبه بمقدار النقص أو للبائع باسترداد الزائد، فلا يفرق في ذلك بين كون التفاوت

يُحصل المطلوب وهو العلم. واستدلّاه الثاني يدلّ على عدم اختصاص الحكم بصوره التعذّر، والتقييد بالتعذّر لعلّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال، وهو تعذّر وزن مائه راويه من الزيت، ولا يخفى أنّ هذه العله لو سلّمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال إنّما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقة تقدير وليس بجزاف. نعم، ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحه الآتية في بيع الجوز، كما سيجيء، وأمّا لو كان التفاوت ممّا لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أماره على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارج عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. ويتخيّر المشتري لو نقص. وما تقدّم من صحيحه الحلبي في أوّل الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كلّه مع جعل التقدير الغير المتعارف أماره على المتعارف. وأمّا كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظه التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع المكيل وزناً على المشهور، كما عن الرياض، لأنّ ذلك ليس من بيع المكيل مجازفه، المنهية عنه في الأخبار و معقد الإجماعات، لأنّ الوزن أضبط من الكيل، و مقدار مائه المكيلات معلومٌ به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل. والمحكى المؤيد بالتتبع: أنّ الوزن أصلٌ للكيل، وأنّ العدول إلى الكيل من باب الرخصه، وهذا معلوم لمن تتبّع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لأصالة الوزن: أنّ المكايل المتعارفه الشرح:

المحتمل ممّا يتسامح فيه وعدمه، ويكون الفرض كما لو اشترى الموزون بالوزن وانكشف بعد ذلك نقصان الوزن بمقدار يتسامح فيه، فإنه يكون للمشتري حق المطالبه بمقدار النقص.

فى الأماكن المتفرقة على اختلافها فى المقدار لىس لها مأخذ إلا الوزن، إذ لىس هنا كىلٌ واحدٌ يقاس المكابىل علىه. وأما كفاىه الكىل فى الموزون من دون ملاحظه كشفه عن الوزن، ففىه إشكال، بل لا بىعد عدم الجواز، وقد عرفت عن السرائر: أن ما بىاع وزناً لا بىاع كىلاً بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفة، إذ لىس الكىل فىما لم يتعارف فىه، وعاءٌ منضباً، فهو بىعنه ما منعه من التقدير بقصعه حاضره أو ملء الید، فإن الكىل من حیث هو لا بىوجب فى الموزونات معرفه زائده على ما بىحصل بالمشاهده، فالقول بالجواز فىما نحن فىه مرجعه إلى كفاىه المشاهده.

ثم إنه قد علم مما ذكرنا: أنه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم [١] الشرح:

وأما إذا لم يكن الوزن فى المكىل أو بالعكس طريقاً فالأظهر عدم الجواز، بلا فرق بين الموزون والمكىل، وذلك فإن المالىه فى الموزون بىعلم بالوزن وفى المكىل بالكىل، حتى لو سلم بأن الوزن أصل فى الكىل، فإن كونه أصلاً لا ینافى هجره فعلاً فى تقدير مالىه المكىل، بىحیث بىكون بىعه بلا كىل من بىعه جزافاً، نظیر بىعه بملء الید أو بقصعه مجهوله المقدار. مع أن ما ذكر رحمه الله من أن المكىل المتعارف على اختلافه فى المقدار لىس له مأخذ إلا الوزن، بىمكن عكسه بأن الموازن المتعارفه المختلفه فى الأماكن المختلفه لىس لها مأخذ إلا الكىل.

[١] لم بىعلم مما تقدم عدم جواز البىع فى الموزون بالوزن المتعارف فى ذلك البلد فىما إذا لم بىعرفه المشترى، ولا بىكفى معلومه عنوان الحقه أو الوزنه أو غیر ذلك من العناوین، وكىف بىكون الفرض مثل بىع الشىء بالمشاهده مع أن فى الأول لو أحرز نقص المبیع عن المقدار المعنون لكان للمشرى المطالبه بما بىقابله من الثمن، بخلاف بىعه بالمشاهده. أضف إلى ذلك جریان السیره على البىع والشراء من الغرباء الواردين فى البلاد المختلفه، والمعامله مع أهلها بالكىل أو الوزن المعروف عند أهل تلك البلاد

كفايه الكيل أو الوزن في المعدود إذا كان طريقاً إليه

عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّه والرطل والوَزْنَه باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم غير جائز لأنّ مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه وجعله فى الميزان ووضع صخره مجهوله المقدار معلومه الاسم فى مقابله لا يوجب للجاهل معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده. هذا كلّ فى المكيال والموزون.

وأما المعدود: فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً اليه فالكلام فيه كما عرفت فى أخويه وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام «أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكّال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه. ثمّ يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به».

فإنّ ظاهر السّؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك فى غير حال الصّورهِ [١] ولم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أنّ ذلك غير مختصّ بصوره الاضطرار.

الشرح:

من غير علمهم بنسبه ذلك الكيل أو الوزن إلى الكيل أو الوزن المعروفين فى بلادهم، فتدبر جيداً.

[١] لم يعلم من ظاهر السّؤال (١) ما ذكر، بل ظاهره ارتكاز اعتبار إحراز العدد فى بيع مثل الجوز وعدم التعرض فى الجواب لردعه مقتضاه تقريره على مرتكزه، وعلى ذلك فلا بأس بجعل الكيل أو الوزن طريقاً إلى العدد على قرار ما تقدم من جعل الكيل طريقاً إلى الوزن وعكسه، أما بيع المعدود بالكيل أو الوزن بما هو من غير جعلهما طريقاً إلى العدد فالأظهر عدم جوازه فيما إذا كان تعيين ماله المتاع بالعدد دون الوزن أو الكيل، بل يبيعه بأحدهما لا يخرج البيع عن الجفاف والمشاهده. وما قيل (٢) من كفايه

ص: ١٠٥

١- (١) أى سؤال الراوى كما فى المتن، وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٨ ، الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) الغنيه : ٢٢٧ ، والسرائر ٢ : ٣١٨ ، والشرائع ١ : ٦٣ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٤٥٣ .

لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الروايه لتخصيص العمومات، ولذا قوّى في الروضه الجواز مطلقاً. وأما كفايه الكيل فيه أصاله: فهو مشكل، لأنه لا يخرج عن المجازفه، والكيل لا يزيد على المشاهده.

وأما الوزن: فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم في السلم: إنه لا يكفى العدّ في المعدودات وإن جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لا بدّ من الوزن: أنه لا خلاف في أنه أضبط، وأنه يغنى عن العدّ. فقولهم في شروط العوضين: إنه لا بدّ من العدّ في المعدودات محمول على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: «ويكفى الوزن عن العدّ» فإنّه يوهم كونه الأصل في الضبط، إلا أن يريدوا هنا الأصاله والفرعيّه بحسب الضبط المتعارف، لا بحسب الحقيقه، فافهم.

بقى الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً [١] أو موزوناً فقد قيل: إنّ الشرح:

الوزن في بيع المعدود أو تعيينه في السلم لا- يمكن المساعدة عليه، إلا- إذا أريد ما يكون تعيين الماليه فيه بالعدد أو بالكيل أو بالوزن أيضاً، والله سبحانه هو العالم.

[١] وحاصله: أنه قد ذكر (١) أن المعيار في كون المتاع مكيلاً- أو موزوناً عصر النبي صلى الله عليه و آله ، فكل متاع كان في عصره مكيلاً- فاللازم بيعه كيلاً- في جميع البلاد وجميع الأعصار، وكذلك ما كان في عصره موزوناً فاللازم أن يباع وزناً كما ذكر، حتى فيما جرت العاده على بيعه بالعدّ والمشاهده، حيث إن البيع على العاده المتأخره محكوم بالبطلان. نعم، لو لم يكن شيء في زمانه صلى الله عليه و آله مبيعاً بالكيل أو الوزن ولو بعدم وجود ذلك الشيء في ذلك العصر فالمتبع فيه عادة البلدان، فإن كان في بلد مكيلاً فيباع في ذلك البلد بالكيل وفي الآخر موزوناً فيباع في ذلك الآخر بالوزن، وقد نسب ذلك في

ص: ١٠٦

الموجود فى كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما فى زمن الشارع، وحكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى بلد يباع كذا، وإلا فلا. وعن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب. وربما منع ذلك بعض المعاصرين، قائلاً: إن دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه صلى الله عليه وآله على الوجه المذكور، غريبه! فإننى لم أجد ذلك فى كلام أحد من الأساطين، فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لا- أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة والغرر الذى من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله فى رفع شىء من ذلك وإثباته، انتهى.

الشرح:

«مجمع البرهان»(١) و«الحدائق»(٢) إلى إجماع الأصحاب واتفاقهم.

وقد أورد على ذلك فى «الجواهر»(٣) بأن ما فى كلمات الأصحاب من أن ما كان يباع كيلاً فى عصره صلى الله عليه وآله يباع كيلاً فى جميع البلدان و ما كان يباع وزناً يباع فى جميع البلدان بالوزن، راجع إلى جريان الربا فى معاوضه الشىء بجنسه لا إلى مسأله اعتبار التعيين فى العوضين فى البيع.

وبتعبير آخر: كل متاع كان يباع فى عصره كيلاً فلا يجوز مبادلته بجنسه بالزيادة أو النقصه، حتى ما إذا صار ذلك المتاع فى العصور التاليه من المعدود أو يباع بالمشاهده، وكذلك ما إذا كان فى عصره صلى الله عليه وآله موزوناً. وأما أنه يعتبر فى بيع الأول الكيل حتى فى العصور التاليه، وفى بيع الثانى الوزن مع خروجهما إلى المعدود فلا دلالة فى كلماتهم على ذلك، فضلاً عن أن يكون إجماعاً، بل المعيار فى اعتبار الكيل أو الوزن أو العدد فى

ص: ١٠٧

١- (١) مجمع الفائده ٨ : ١٧٧ ، وحكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢٢٨ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ : ٤٧١ ، وحكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢٢٨ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ : ٤٢٧ ٤٢٨ .

أقول: ما ذكره دام ظله : من عدم تعرّض جُلّ الفقهاء لذلك هنا يعنى فى شروط العوضين وأن ما ذكره فى باب الربا، حق، إلا أن المدار وجوداً وعدمًا فى الربا على اشتراط الكيل والوزن فى صحه بيع جنس ذلك الشىء، وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعيار فيه هنا يعنى فى شروط العوضين إلا أن الأكثر ذكروا فى باب الربا ما هو المعيار هنا وفى ذلك الباب.

وأما اختصاص هذا المعيار بمسأله الربا وعدم جريانه فى شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع:

الشرح:

بيع شىء عاده كل بلد فى كل عصر، ودخول الربا فى المعاوضه مسأله، واعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشىء مسأله أخرى، فلا يكون الإجماع فى الأولى إجماعاً فى الثانية.

وناقش المصنف فى كلام صاحب «الجواهر» بأن ما ذكره معياراً فى كون الشىء مكيلاً أو موزوناً فى باب الربا فهو معيار لاعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشىء فى جميع البلاد وجميع العصور.

واستشهد لذلك بوجوه ثلاثه:

الأول: ملاحظه كلام الشيخ رحمه الله فى «المبسوط»^(١)، حيث ذكر فيه: أنه لو كانت العاده فى عصره صلى الله عليه وآله الكيل فى بيع شىء لم يجز بيعه إلا كيلاً فى سائر البلاد، وما كان فى عصره صلى الله عليه وآله بيعه وزناً لم يجز بيعه إلا وزناً فى سائر البلاد، والأصل فى بيع شىء كيلاً الكيل عند أهل المدينه وفى بيعه وزناً الوزن عند أهل مكه، هذا كله بلا خلاف.

وأما إذا لم تعرف العاده فى عصره صلى الله عليه وآله فالمتبع فى بيع ذلك الشىء عاده كل بلد.

الثانى: أن الموضوع فى المسألتين، أى مسأله جريان الربا فى المعاوضه ومسأله

ص: ١٠٨

أما أولاً، فلشهادته تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله في شيء الكيل، لم يجز إلا كيلاً في سائر البلاد، وما كانت فيه وزناً لم يجز إلا وزناً في سائر البلاد، والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة، هذا كله بلا خلاف. فإن كان مما لا يعرف عاداته في عهده صلى الله عليه وآله حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً، انتهى. ولا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع، لا لخصوص مبيعه المتماثلين. ونحوه كلام العلامة في التذكرة.

الشرح:

اعتبار العوضين بالكيل أو الوزن أمر واحد، وهو كون الشيء ما يكال أو يوزن، وإذا ذكر تحديد الموضوع في المسألة الأولى يكون ذلك تحديداً للموضوع في المسألة الثانية أيضاً.

الثالث: القياس الاستثنائي، وهو أن الربا إذا جرى في معاوضه شيء بجنسه يعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع الأعصار والبلدان على ما هو ظاهر كلماتهم (1)، ولكن الربا يجرى فيما كان موزوناً أو مكيلاً في زمان الشارع صلى الله عليه وآله، فتكون النتيجة أنه إذا كان شيء في زمانه صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً فيعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع البلدان والعصور، حتى إذا صارت بعد ذلك عادة البلدان على خلاف ذلك وانتفاء الغرر فيه بالعد أو بالمشاهدة، فإن انتفاء الغرر كما تقدم حكمه، لا أنه عله في اعتبار المبيع وتعيين مقداره.

ص: ١٠٩

١- (١) أنظر الرياض ١ : ٥٤٢، والشرائع ٢ : ٤٥، والدروس ٣ : ٢٩٧، والمسالك ٣ : ٣٢٣، وجامع المقاصد ٤ : ٢٧١، ومفتاح الكرامه ٤ : ٥١٧.

وأما ثانياً، فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا، وفي باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعني المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحه بيعه جزافاً، والآخر عدم صحه بيع بعضه ببعض متفاضلاً، ويزيده وضوحاً ملاحظه أخبار المسألتين المعنونه بما يكال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطه لتحديد الموضوع فهي مرعيه في كلتا المسألتين.

وأما ثالثاً، فلأنه يظهر من جماعه تصريحاً أو ظهوراً: أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحه بيعه. قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفريراً على ذلك: إنه لا-ربا في الماء، إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن. وقال في الدروس: ولا يجرى الربا في الماء وإن وزن أو كيل، لعدم اشتراطهما في صحه بيعه نقداً ثم قال: وكذا الحجارة والتراب والحطب، ولا عبره ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان، لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

الشرح:

ويترتب على ما ذكر أنه لو ثبت بيع شيء في عصر النبي صلى الله عليه وآله بالمشاهده ثم جرت العاده في العصور التاليه بيعه بالوزن أو الكيل فلا يعتبر في بيعه الوزن أو الكيل، مع أن ذلك خلاف ظاهر الروايات، مثل قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً- فلا يصلح بيعه مجازفه»^(١)، فإن ظاهرها وضع المكيال في بيعه في عصر الإمام عليه السلام أو في عاده عرف السائل أو المتبايعين. وأجاب رحمه الله عن ذلك، بأنه يمكن أن يكون هذا التعبير ونظيره باعتبار أنه لو لم تتغير الأشياء في زمانه عليه السلام عما كانت عليه في زمان النبي صلى الله عليه وآله، ولكن يبقى في البين أنه مع إرجاع الأخبار إلى اعتبار الكيل أو الوزن في الأشياء التي

ص: ١١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

وهذا المضمون سهل الإصابه لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا، وشرح القواعد وحاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة: «والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وإن لم يدخلاه لقلته كالحبّه والحبتين من الحنطه، أو لكثرتّه كالزبره»، ولازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا فى جنس باشتراط الكيل والوزن فى صحه بيعه : أنّه إذا ثبت الربا فى زماننا فى جنس، لثبوت كونه مكياً- أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ، لزم أن لا- يجوز بيعه جزافاً، وإلا- لم يصدق ما ذكره: من اشتراط الربا باشتراط التقدير فى صحه بيعه.

وبالجملة، فتلازم الحكمين أعنى دخول الربا فى جنس، واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا- يخفى على المتتبع فى كتب الأصحاب. وحينئذ فنقول: كلّ ما ثبت كونه مكياً أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه وآله فهو ربوىّ فى زماننا ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وإن لم يلزم غرر، للإجماع، ولما عرفت: من أنّ اعتبار الكيل والوزن لحكمه سدّ باب نوع الغرر لا شخصه، فهو حكم لحكمه غير مطرّده، نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، واعتبار الانضباط فى المسلم فيه، لأنّ فى تركه مظنّه التنازع والتغابن، ونحو ذلك. والظاهر كما عرفت من غير واحد أنّ المسأله اتّفاقيه.

الشرح:

كانت تباع فى زمانهم بالكيل أو الوزن فلا وجه للالتزام بأنه إذا لم يحرز فى شيء ذلك يكون المتبع فيه العرف العام فعلاً. ومع عدم العرف العام واختلافه فالمتبع فى كل بلد عاده عرفه، فإنّ الأخبار المشار إليها لا تكون ظاهره فى رعايه هذه الأمور، خصوصاً بنحو الترتب على ما نطقت به كلماتهم.

وقد تصدّى رحمه الله للجواب عن ذلك كله بحمل الأخبار المشار إليها على لزوم

ص: ١١١

وأما ما علم أنه كان يباع جزافاً في زمانه صلى الله عليه وآله ، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً، والظاهر أنه إجماعى، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أن مثل هذا ليس بربوى، والشهره محققه على ذلك. نعم، ينافى ذلك بعض ما تقدّم من إطلاق النهى عن بيع المكيال والموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، وإن لم يتعارف في غيره. وكذلك قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازقه» الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع. اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم أن ما تعارف كليه أو وزنه في عرف الأئمه وأصحابهم، كان غير مقدّر في زمان الشارع حتى يتحقّق المنافاه. والأصل في ذلك: أن مفهوم المكيال والموزون في الأخبار لا يراد بهما «كل ما فرض صيرورته كذلك» حتى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلى المعنون بهما في زمان المتكلم، وهذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيله ولا موزونه في زمن النبي صلى الله عليه وآله .

الشرح:

رعايه العاده المعروفه بين المتبايعين في كل عصر، فان ظاهر تلك الأخبار بيان جعل الحكم بمفاد القضييه الحقيقه، غايه الأمر يؤخذ في الأحكام الثابته على خلاف ذلك بالإجماع، بأن يقال: لو كان شيء في عرف المتبايعين يباع بالمشاهده ولكن أحرز أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً لا يجوز فيه الربا ولا يجوز بيعه إلا بالكيل أو الوزن في جميع البلاد وجميع العصور.

أقول: أما دعوى الإجماع على أن العبره في حرمه الربا ولزوم تعيين العوضين بالكيل أو الوزن كون طبيعى الشيء في عصر النبي صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً، بحيث لو خرج عن كونه مكيلاً أو موزوناً بعد ذلك فيحرم الربا فيه، بل يعتبر الكيل أو الوزن في

ص: ١١٢

لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان «ما يكال و يوزن»: أنه لا دليل حينئذ على اعتبار فيما شك في كونه مقدراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر، إذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لابد من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار، ولا دليل أيضاً على إلحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان.

الشرح:

بيعه إلى الأبد لازماً، فهذا خارج عن الأخبار الواردة في البابين، فإن ظاهرها اعتبار الكيل أو الوزن وحرمة الربا في بيع الشيء والمعاوضه عليه مادام كونه معنوياً بعنوان المكيل أو الموزون، كما هو الظاهر الأولى في كل حكم جعل بعنوان القضية الحقيقية، وحمل الأخبار على القضية الخارجية أو على القضية الحقيقية، بمعنى أن كون الطبيعي معنوياً بعنوان المكيل والموزون في زمان صدور الأخبار يوجب حرمة الربا فيه واعتبار الكيل والوزن في بيعه لازماً إلى الأبد، خلاف الظاهر الأولى في الحكم المجعول بنحو القضية الحقيقية. وما ذكر من أن العبرة في الحكم بزمان النبي صلى الله عليه وآله لا يحرز عمومه لاعتبار العوضين، ولا يثبت الإجماع في البابين بمجرد كلام الشيخ في «المبسوط» (١) والعلامة في «التذكرة» (٢)، مع أن الإجماع في باب حرمة الربا في المعاوضه أيضاً مخدوش؛ لعدم إحراز أصل الاتفاق، وعدم إحراز كونه إجماعاً تعبيرياً؛ لاحتمال أنهم أفتوا بما ذكر لزعمهم أن ما ذكر مقتضى «بقاء حلال محمد صلى الله عليه وآله على حلاله وحرمة على حرمة إلى يوم القيامة» (٣)، وأن حكمي على واحد حكمي على الجماعة، فتدبر.

ص: ١١٣

١- (١) المبسوط ٢ : ٩٠ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٨٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٦٩ ، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥٢ ، وفيه : عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال جدّي رسول الله صلى الله عليه وآله : أيها الناس! حلالي حلال إلى يوم القيامة، وحرامي حرام إلى يوم القيامة...».

والحاصل: أنّ الاستدلال بأخبار المسأله المعنونه بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبره فى التقدير بزمان النبى صلى الله عليه وآله ، ثمّ بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف فى كل بلده بالنسبه إلى نفسه فى غايه الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين وإثبات ما ينافى ذلك من الأحكام المشهوره بالإجماع المنقول المعتضد بالشهره المحققه. وكذا الإشكال لو علم التقدير فى زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. وممّا ذكرنا ظهر ضعف ما فى كلام جماعه من التمسك لكون الاعتبار فى التقدير بعاده الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع، ولكون المرجع فيما لم يعلم عاده الشرع هى العاده المتعارفه فى البلدان بأنّ الحقيقه العرفيه هى المرجع عند انتفاء الشرعيه، ولكون المرجع عاده كلّ بلد إذا اختلف البلدان، بأنّ العرف الخاص قائم مقام العامّ عند انتفائه، انتهى.

وذكر المحقق الثانى أيضاً: أنّ الحقيقه العرفيه يعتبر فيها ما كان يعتبر فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق، ولا أثر للعرف الطارئ للاستصحاب، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله : «حكى على الواحد حكى على الجماعه». وأمّا فى الأقارير والأيمان ونحوها، فالظاهر الحواله على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء منها، حملاً له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

أقول: ليس الكلام فى مفهوم المكيل والموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر فى تحقّق هذا المفهوم، فإنّ المراد بقولهم عليهم السلام : «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً» أو «لا يباع بعضه ببعض إلاّ متساوياً»، إمّا أن يكون ما هو المكيل فى عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكيل فى العرف العام، أو ما هو المكيل فى عرف كلّ مكلف، وعلى أىّ تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بدّ لبيان حكم غير المراد من

دليل خارجي. وإرادته جميع هذه الثلاثة خصوصاً مع ترتيبٍ خاصّ في ثبوت الحكم بها، وخصوصاً مع كون مرتبه كلّ لاحقٍ مع عدم العلم بسابقه لا- مع عدمه غير صحيحه، كما لا يخفى. ولعلّ المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، والعرف العام، والعرف الخاص، معللاً باحتمال إرادته الكيل والوزن المتعارف عرفاً عامّاً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبة إلى كلّ بلدٍ بلد كما قيل في المأكول والملبوس في السجده من الأمر الوارد بهما لو سلّم، والظاهر هو الأخير، انتهى.

وقد ردّه في الحداثق: بأنّ الواجب في معانى الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم، فكلّ ما كان مكيلاً- أو موزوناً في عرفهم وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخّره، وما لم يعلم فهو بناءً على قواعدهم يرجع إلى العرف العام وإلى آخر ما ذكره من التفصيل. ثمّ قال: ويمكن أن يستدلّ للعرف العام بما تقدّم في صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً»، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً مكيلاً. ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام، انتهى.

أقول: قد عرفت أنّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ، لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغّه، وإنّما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم. ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمله على العرف العامّ إذا لم يكن عرف شرعيّ، لا إذا جهل عرفه الشرعيّ، فإنّه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفيّ، بل لا بد من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعيّ، ومع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح. هذا كلّ مع أنّ الأخبار إنّما وصلت إلينا من الأئمه صلوات الله وسلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. وأمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العامّ من قوله عليه السلام: «ما سمّيت فيه كيلاً... الخ»

فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم، مع العلم بالعرف العام لا عبره بالعرف الخاص، لمقطوعه ابن هاشم الآتيه، فتأمل.

وأبعد شيء في المقام: ما ذكره في جامع المقاصد، من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله . . . الخ.

وبالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها. نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفه في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا، أو أنه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعه من أصحابنا. لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير. ثم إنه يشكل الأمر فيما لو علم كونه مقدراً في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر. وأشكل من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدله نفي الغرر، لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزّه إلى حيث لا يتسامح فيها. فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العد.

وبالجملة، فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر في مقام استعمال ما يه الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز، فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار ما عنده من الرمان والبطيخ، فإنه لا- يجاب إلا- بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطة والشعير فربما يجاب بالكيل وربما يجاب بالوزن، لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار

الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط، بخلاف الوزن، وقد تقدّم أنّ الوزن أصل في الكيل. وما ذكرنا هو المراد بالكيل والموزون اللذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل والوزن عند البيع، وبدخول الربا فيهما. وأمّا ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء والتبن والخضرىات فالظاهر كفايه المشاهده فيها من غير تقدير.

فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. وأمّا بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا بتذال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهده كفت المشاهده، وإن كان لعدم مبالاتهم بالغرر وإقدامهم عليه خرساً مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهده فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها، فإنّ النواهي الوارده في الشرع عن بيوع الغرر والمجازفات كبيع الملاقيح والمضامين والملامسه والمنابذه والحصاه، على بعض تفاسيرها، وثمر الشجر قبل الوجود، وغير ذلك لم يرد إلا رداً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر والبناء على المجازفات، الموجب لفتح أبواب المنازعات.

وإلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن على بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: «ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامه، ولا يؤخذ فيه بالخاصه فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن وأصل الجوز أن يعدّ». وعلى ما ذكرنا، فالعبره ببلد وجود المبيع، لا ببلد العقد ولا ببلد المتعاقدين. وفي شرح القواعد لبعض الأساطين: ثم الرجوع إلى العاده مع اتفاقها اتّفاقي، ولو اختلف فللكل بلد حكمه كما هو المشهور. وهل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأول. ولو تعاقدا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما. ولو اختلفا رجح الأقرب، أو الأعظم، أو ذو الاختبار على ذى الجزاف، أو

البائع فى مبيعه والمشتري فى ثمنه، أو يبنى على الإفراج مع الاختلاف وما اتفقا عليه مع الاتفاق، أو التخيير، ولعله الأقوى. ويجرى مثله فى معامله الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان. والأولى التخلّص بإيقاع معامله على وجه لا يفسدها الجهالة، من صلح أو هبه بعوض أو معاطاه ونحوها. ولو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير. ومع الاختصاص بجمع قليل إشكال، انتهى.

مسأله: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور، وعبارته التذكرة مشعره بالاتفاق عليه، ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمه. وما تقدّم من صحيحه الحلبي الظاهره فى المنع عن ذلك محمول على صورته إيقاع معامله غير مبنيه على المقدار المخبر به وإن كان الإخبار داعياً إليها، فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، وقد تقدّم عن التحرير ما يوافق ذلك.

ثم إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً [١] عرفياً للمقدار كما يشهد به الروايات

الشرح:

[١] اعتبار خبر البائع فى صورته كونه مفيداً للاطمينان والوثوق أو كون المخبر ثقّه لا إشكال فيه، وفى صحيحه محمد بن حمران قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله فصدقناه وأخذناه بكيّله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعّه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١). وأما إذا لم يكن خبر البائع كذلك فهل يكفى إخباره فى جواز الشراء؟ فقد أشكل المصنف رحمه الله وذكر أن الأقوى اعتبار الظن بناء على أن اعتبار تقدير المبيع بالكيل أو الوزن والعد لا يدور مدار الغرر الشخصى فيكفى الإخبار المزبور فيما إذا كان البيع مبنياً على المقدار المخبر به؛

ص: ١١٨

المتقدمه، فلو لم يُفد ظناً فإشكال: من بقاء الجهاله الموجبه للغرر، ومن عدم تقييدهم الإخبار بإفاده الظن ولا المخبر بالعداله. والأقوى، بناءً على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعلى: هو الاعتبار.

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى فى صحه معامله إيقاعها مبيته على المقدار المخبر به وإن كان مجهولاً. ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبه على أوصاف مذكوره فى العقد، فيقول: بعتك هذه الصبره على أنها كذا وكذا صاعاً، وعلى كل تقدير الحكم فيه بالصحة.

الشرح:

لارتفاع الغرر بالاشتراط.

أقول: لو كان الملاك اعتبار رفع الغرر فلا حاجه إلى الإخبار أيضاً، بل لو كان البيع بشرط كونه كذا مقداراً صح، ولو لم يخبر البائع بذلك المقدار بأن قال: إنى لا أعلم وزنه ولكن أبيع على أن يكون كذا مقداراً، أو يرتفع الخطر باشتراط الخيار للطرفين من غير تعيين للمقدار أيضاً وصحه البيع كذلك يشكل الالتزام بها؛ لقوله عليه السلام: «أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»، فإنه لو لم يجز البيع استناداً إلى إخبار البائع الأول فكيف يجوز مع اشتراط الخيار كما لا يخرج عن المجازفه بمجرد اشتراط المقدار.

والحاصل: إنما يجوز الشراء بإخبار البائع فيما إذا خرج البيع بالاعتماد عليه عن البيع بالمجازفه، وخروجه به عنها يحصل بأمرين: كون إخباره موجباً للوثوق والاطمينان، وكون الشراء مبنياً على المقدار المخبر به، والنهى عن البيع قبل الكيل محمول على صوره وقوع البيع بدون الإخبار المزبور وغير مبنى على المقدار المعين. ومما ذكرنا يظهر الفرق بين أوصاف المبيع وبين كيله ووزنه فإن المعبر فيه خروج

ص: ١١٩

فلو تبين [١] الخلاف، فإما أن يكون بالنقيصه، وإما أن يكون بالزيادة. فإن كان بالنقيصه تخير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً. ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وإنما الفاتئ الوصف. لكن يمكن أن يقال: إن مغايره الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقه مغايره حقيقته لا تشبه مغايره الفاقد للوصف لواجده، لاشتراكهما في أصل الحقيقه، بخلاف الجزء والكل، فتأمل، فإن المتعين الصّحّه والخيار.

الشرح:

البيع عن الغرر، وفي الثانى إحراز كيله أو وزنه كما هو مفاد الأخبار (١)، وعلى ذلك فيكفى فى الأوصاف اشتراطها ولا يكفى فى الكيل والوزن إلا إحرازهما بوجه معتبر كما تقدم.

[١] أقول: قد تقدم انحلال البيع بالإضافه إلى الأجزاء الخارجيه فيما إذا كان بيعه من قبيل بيع المتعدد، وعليه فظهور النقص يكون من قبيل عدم بعض المبيعات ولازمه رجوع ما يقابله من الثمن إلى المشتري، وفي صورته ظهور الزيادة يبقى الزائد على ملكه ولا يكون ذلك موجبا لبطلان البيع رأساً كما فى صورته اختلاف الموجود خارجاً مع عنوان المبيع عرفاً، كما إذا باع فرساً فبان حماراً. ولا يكون من قبيل تخلف الوصف الموجب للخيار بين إبقاء البيع بحاله أو فسخه. نعم، يجرى فيما نحن فيه مع التخلف بالزيادة والنقيصه خيار فسخ البيع؛ لتبعض الصفقه كما لا يخفى.

ص: ١٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٤ ٣٤٥ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧ .

ثم إنه قد عبّر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة وللمشتري مع النقيضه بقوله: تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض أنّ هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللاً بأن خيار الوصف إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد. ويدفعه: تصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجوع المشتري بالناقص وفي باب الصرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بحصّه معيّنه من الثمن وتصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيره بابتنائها على المسألة المعروفه، وهى «ما لو باع متساوى الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل»، ومن المعلوم أنّ الخيار فى تلك المسألة إمّا لفوات الوصف، وإمّا لفوات الجزء، على الخلاف الآتى.

وأما التعبير ب«المغبون» فيشمل البائع على تقدير الزيادة، والمشتري على تقدير النقيضه، نظير تعبير الشهيد فى اللمعه عن البائع والمشتري فى بيع العين الغائبه برؤيتها السابقه مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما. وأمّا ما ذكره: من أنّ الخيار إنّما يثبت فى تخلف الوصف إذا اشترط فى متن العقد، ففيه: أنّ ذلك فى الأوصاف الخارجة التى لا يشترط اعتبارها فى صحه البيع، ككتابه العبد وخطاطته. وأمّا الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج إلى ذكره فى متن العقد، فإنّ هذا أولى من وصف الصحه الذى يغنى بناءً العقد عليه عن ذكره فى العقد، فإنّ معرفه وجود ملاحظه الصّحه ليست من مصحّحات العقد، بخلاف معرفه وجود المقدار المعين.

وكيف كان، فلا إشكال فى كون هذا الخيار خيار التخلف وإنّما الإشكال فى أنّ المتخلف فى الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه؟ فلذلك اختلف

فى أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصّه منه نسبتها إليه كنسبه الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ وتامام الكلام فى موضع تعرّض الأصحاب للمسأله.

ثم إن فى حكم إخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف، كلّ ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع وأوقع العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل فى المعدود والموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

مسأله: قال فى الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهده وإن لم يُمسحاً، ولو مُسحاً كان أحوط، لتفاوت الغرض فى ذلك، وتعدّد إدراكه بالمشاهده، انتهى. وفى التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهده صح كالثوب والدار والغنم إجماعاً. وصرّح فى التحرير بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها.

أقول: يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتماد فى عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهده عين المجازفه.

وبالجملة: فإذا فرضنا أن مقدار مائه الغنم قلّه وكثره يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار فى المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم فى عدد الأذرع والطاقات فى الكرايبس والجربان فى كثير من الأراضى المقدره عادة بالجريب. نعم، ربما يتفق تعارف عدد خاصّ فى أذرع بعض طاقات الكرايبس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير إخبار البائع، وليس هذا معنى كفايه المشاهده. وتظهر الثمره فى ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفايه المشاهده لا يثبت خيار مع تبين قلّه الأذرع بالنسبه إلى ما حصل التخمين به من المشاهده، إلا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصياً من حيث الذراع طوياً وعرضاً.

وبالجمله، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى، إذ لم يرد هنا نصّ بالتقدير ليحتمل إناطه الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه فى المكيل والموزون، فافهم.

مسأله: بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء [١] كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدین وشبه ذلك يتصور على وجوه:

الشرح:

[١] المراد بالبيع ما يقابل تمام المجموع فيعم البعض جميع الأقسام الآتية، كما أن المراد بمتساويه الأجزاء كون الجمله مشتمله على أبعاض يساوى بعضها مع البعض فى العنوان كصاع من صبره، فيمكن أن يريد بقوله: «بعت صاعاً من هذه الصبره» الحصه التى يكون كيلها صاعاً، وبقوله: «بعت ذراعاً من هذا الكرباس» الحصه التى تكون مساحتها ذراعاً، وبقوله: «عبداً من العبيدین» نصف كل منهما. ولا ينبغي التأمل فى صحه بيع البعض من الجمله كذلك وكون المشتري شريكاً مع البائع بالحصه المقدره بعنوان الصاع ونحوه، أخذاً بأدله حل البيع ووجوب الوفاء بالعقود، ولكن اختار فى «التذکره» (١) فى بيع عبد من عبيدین أو شاه من شاتين البطلان فيما إذا كان المراد بالعبد أو الشاه الحصه المشاعه، وحيث إنه لا يمكن للعلامه أن يلتزم بعدم جواز تمليك الحصه من العبيدین أو الشاتين للآخر مجاناً أو بالعوض فلا بد من أن يكون حكمه بالبطلان فى الفرضين، باعتبار عدم ظهور عبد من عبيدین أو شاه من شاتين فى الإشاعه. ويعتبر فى صحه البيع ظهور الكلام فى المراد بالإضافة إلى العوضين أيضاً.

وبتعبير آخر: لا يظهر من لفظ عبد نصف عبيدین ومن الشاه نصف الشاتين بنحو

ص: ١٢٣

الشرح:

الإشاعة، ولكن لا يخفى ما فيه:

أولاً: بأن المعتبر في إنشاء البيع ظهور الكلام في التمليك بالعوض، وأما كون العوضين أى شىء فالمعتبر فيه علم المتعاقدين به وتعيينهما، سواء كان للكلام ظهور فيه أم لا؛ لأن مع العلم المزبور يخرج البيع عن كونه غريباً كما تقدم في اعتبار العلم بوزن المبيع أو كيله، والمفروض في المقام علم الطرفين بالمراد.

وثانياً: لو كان ظهور الكلام معتبراً في صحه البيع لما يصح البيع مع إرادته الإشاعة حتى في قوله: «بعت صاعاً من هذه الصبره» لما سيأتى من عدم ظهوره في الإشاعة.

ومما ذكرنا يظهر ما في كلام النائيني رحمه الله (1) في الإيراد على «التذكرة» من أن مقام الإثبات لا دخل له في مورد البحث وإنما الكلام في مقام الثبوت، ووجه الظهور أن ظاهر كلام «التذكرة» البطلان فيما إذا أراد بقوله: «بعت عبداً من عبدين أو شاه من شاتين» الحصه المشاعه، وهذا الحكم صحيح لو قلنا باعتبار ظهور الكلام في تعيين العوضين زائداً على ظهوره في تمليك العين بعوض. وليس مراد العلامه أن بيع الحصه من العبدین غير جائز، وإلا - كما تقدم تمليك الغير الحصه منهما بالعوض أو مجاناً من الواضحات.

ثم إنه قد أشار النائيني رحمه الله في المقام إلى المسأله المعروفه من كون القسمه وتعيين حصه كل من الشركاء بيعاً أو أنها إفراز، وبنى ذلك على الاختلاف في أن ماده الجسم المطلق تنتهى إلى أجزاء لا يقبل شىء منها القسمه خارجاً ولا ذهنياً ويسمى بالجزء الذى لا يتجزأ، أو أنه لا ينتهى إلى ذلك وكل ما يكون به الجسم قابلاً للقسمه إلى

ص: ١٢٤

الشرح:

غير النهايه كما هو المذهب المعروف، أو أن الأجزاء إلى غير النهايه بالفعل وأن الجسم مؤلف منها كما هو مذهب النظام (1). وعلى القول بالجزء الذى لا- يتجزى تكون القسمة بيعاً، حيث إنَّ الجزء المزبور لا- يقبل الإشاعه فيكون ملكاً لأحد الشريكين وبالقسمة تقع المعاوضه بين تلك الأ-جزاء، بخلاف الالتزام بأن الجسم لا ينتهى إلى الجزء كذلك، وأن كل جزء مفروض فيه مشترك ويفرز حصه كل من الشركاء فى فرد من تلك الحصه.

وبتعبير آخر: المملوك لكل من الشركاء حصه من السهم وتلك الحصه فى نفسها كلى يقبل الانطباق على غير المعين من المجموع وعلى المعين منه، وبالقسمة يفرز ويعين فى المعين.

أقول: فى المقام أمران:

أحدهما: ابتناء القول بكون القسمة بيعاً ليجرى عليه أحكامه من ثبوت خيار المجلس مطلقاً، وخيار الحيوان فيما إذا كان المال المشترك حيواناً وغير ذلك من الأحكام. أو كونها إفراداً وتعيين الحصه فيلزم بحصولها، ولا يجرى عليه أحكام البيع حتى على الاختلاف فى ماده الجسم وأنها تنتهى إلى الجزء الذى لا يقبل القسمة خارجاً ولا ذهنياً.

والثانى: فى أن المملوك لكل من الشركاء فى نفسه كلى يقبل الانطباق على المعين وغيره وبالقسمة يتعين.

أمّا الأمر الأول، فالظاهر أن الاختلاف فى ماده الجسم وأنها تنتهى إلى الجزء الذى

ص: ١٢٥

الشرح:

لا يتجزأ أم لا.

وعلى الثانى، تكون القسمة فيها غير النهايه فعلية أم بالقوه لا يرتبط بمسأله كون القسمة بيعاً أو إفرازاً، حيث إن الجزء الذى لا يتجزأ وكذا الأجزاء غير المتناهيه لا تعتبر ملكاً أو مالاً بدون فعلية الشىء وحصوله بصوره مستقله، ومع حصوله كذلك يقبل القسمة ويكون مورد الإشاعه كما أن الاشتراك بالإشاعه يجرى فى الأعمال والمنافع وفى بعض الحقوق أيضاً، مع أن شيئاً منها لا يرتبط بالجسم وانتهائه إلى الأجزاء وعدمه.

وأما كون المملوك لكل من الشركاء كلياً فلائن السهم كالنصف فى نفسه كلى ينطبق على كل نصف خارجى على البدل وعلى ما يفرض من الشىء بعد الإفراز، وكل ما فى الخارج وإن كان متعيناً فى نفسه إلا أن السهم المملوك لأحد الشريكين لا يتعين فى الخارج إلا- بالاعتبار المعبر عنه بالقسمة، فلا تكون القسمة بيعاً ليجرى عليها أحكام البيع، ولا معاوضه ليجرى عليها مثل ربا المعاوضه؛ كما إذا كانت فى الخارج صبرتان إحداهما حنطه والأخرى شعير، وكانت صبره الشعير ضِعْف الحنطه كياً والحنطه ضِعْف الشعير قيمه. فيجوز لأحد الشريكين فى مقام القسمة اختيار صبره الشعير مع التراضى من غير لزوم ربا المعاوضه، حيث إن حقيقه القسمة اعتبار تعيين السهم، أى النصف الكلى فى المعين، غايه الأمر يكون اعتبار التعين فى موارد القسمة الإفرازيه بحسب المالىه واجزاء العين، وفى موارد قسمة التعديل بحسب القيمه؛ ولذا لا يجبر بعض الشركاء على قسمة التعديل مع إمكان القسمة الإفرازيه، بل يكون الإفراز مقدماً على التعديل بحسب المرتبه.

لا يقال: إذا كان السهم من الشركاء كلياً فى موارد الشركه بنحو الإشاعه فما الفرق

ص: ١٢٤

الشرح:

بينه وبين الكلّي في المعين، وأيضاً لو كان السهم كلياً فلا- واقع معيّن لذلك الكلّي قبل القسّمه فكيف يرجع في تعيين ذلك السهم في المعين الخارجى إلى القرعه؟ ويعين بها على ما هو ظاهر كلماتهم، مع أن القرعه لا مورد لها إلا إذا كان الواقع فيه مجهولاً؛ ولذا التزم صاحب «الجواهر»^(١) بأن المملوكَ لكل من الشركاء سهم معين في علم الله، ولو باعتبار علمه سبحانه بما يخرج بالقرعه مردد بين مصاديق إلى أن يخرج عن التريد.

فإنه يقال: كل من السهم في الإشاعه والكلّي في المعين وإن كان كلياً في نفسه إلا أن الثانى يتعيّن بحسب الخارج بالاعتبار مع تعدد الأفراد وبالانحصار مع عدمه، بخلاف الأول فإنه ينطبق على الكسور الخارجيه من الجملة وأجزائها ولا يتعين فى شىء إلا بالاعتبار والقسّمه كما تقدم.

وبتعبير آخر: فيما إذا كان الشىء الخارجى واحداً كالشاه الواحده فلا مورد فيها للكلّي فى المعين ويمكن تحقق الإشاعه فيها، وإذا كان ما فى الخارج متعدداً بحيث يمكن إخراج الكلّي منه، فكما يمكن فيه بيع الكلّي فى المعين كذلك يمكن بيع بعض منه بنحو الإشاعه، غايه الأمر الكلّي فى المعين ينطبق على بعض يكون له وجود مستقل، بخلاف البعض بنحو الإشاعه فإنه ينطبق على الكسور ولكن يصلح تطبيقه على البعض الذى له وجود مستقل، ويعبر عن هذا التطبيق بالقسّمه. وما فى «الجواهر»^(٢) من فرض تعيين السهم فى الواقع بحسب علم الله قبل القرعه لا دليل

ص: ١٢٧

١- (١) الجواهر ٢٦ : ٣١١ ٣١٢ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة مقدراً بذلك العنوان فيريد بالصاع مثلاً من صبره تكون عشره أصوع عُشرها، ومن عبد من العبدین نصفهما. ولا إشكال في صحّه ذلك. ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة. ولا فرق بين اختلاف العبدین في قيمه وعدمه ولا بين العلم بعدد صيعان الصبره [١]

الشرح:

عليه، بل مخالف لما يعتبره العقلاء في موارد الإشاعه، نعم يمكن دعوى استفاده التعيين بالقرعه في مقام تنازع الشركاء في مقام القسمه وعدم رضاهم بها بدون القرعه من بعض الروايات، وفي صحيحه أبي بصير: «ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله عزّ وجلّ إلا خرج سهم المحقّ» (١).

لا يقال: المملوك في مورد الإشاعه هي العين الخارجيه وكيف يصير الملك لأحدهما السهم الكلي، مثال: إذا ورث اثنان البيت الخارجى تدخل نفس ما في الخارج في ملك الوارثين وإلا يبقى الخارج في ملك الميت أو يصير بلا مالك.

فإنه يقال: نعم، يكون البيت الخارجى ملكاً لهما ويكون الكلى المنطبق على الكسور الخارجيه من البيت أيضاً مورداً لاعتبار الملكيه، حيث لهذا الاعتبار أثر، وبما أن الكلى لا وجود له سوى ما في الخارج فلا يعتبر الكلى ملكاً والموجود الخارجى ملكاً آخر. وإن شئت فلاحظ موارد بيع الكلى في المعين، فإن ما هو ملك للبائع هو الخارج وإذا باع منها صاعاً بنحو الكلى في المعين يكون ذلك الكلى أيضاً ملكاً لأنه ملك آخر، حيث إن اعتبار الملكيه في ناحيه الكلى باعتبار وجوده وليس للكلى وجود آخر غير ما في الخارج، فتدبر.

[١] وذلك فإن الجهل بصيعان الصبره لا يوجب جهاله في مقدار المبيع بعد تحديد الكسر المشاع من المبيع بالصاع من تلك الصبره.

ص: ١٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ١٧٢ ، الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء، الحديث ٤ .

وعدمه، لأنّ الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع.

هذا، ولكن قال في التذكرة: والأقرب أنّه لو قصد الإشاعه في عبد من عبيد أو شاه من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض، انتهى.

ولم يعلم وجه الفرق، إلاّ منع ظهور الكسر المشاع من لفظ «العبد» و«الشاه».

الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّره في المجموع، نظير تردّد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتّضح في صاع من الصيعان المتفرّقه. ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمه كالعبدین المختلفین، لأنّه غرر، لأنّ المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما. وأمّا مع اتّفاقيهما في القيمه كما في الصيعان المتفرّقه، فالمشهور أيضاً كما في كلام بعض المنع، بل في الرياض نسبتته إلى الأصحاب، وعن المحقّق الأردبيلي قدس سره أيضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب.

واستدلّ على المنع بعضهم: بالجهاله التي يبطل معها البيع إجماعاً. وآخر: بأن الإبهام في البيع مبطل له، لا من حيث الجهاله. ويؤيده أنّه حكم في التذكرة [١] مع الشرح:

[١] ووجه التأييد (١) أنه لو كانت الجهاله موجه لبطلان البيع دون الإبهام لكان على العلامه الحكم بالصحه في الصورة الأولى أيضاً، فحكمه بالبطلان فيها وبالصحه في الصورة الثانيه، أي فيما إذا تلف أحد العبيدين المتساويين من غير علم بعين التالف، ظاهر في أن الإبهام في المبيع في نفسه موجب لبطلان البيع؛ ولذا يحكم بالصحه مع ارتفاعه كما في الصورة الثانيه.

ص: ١٢٩

منعه عن بيع أحد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو، صحّ، خلافاً لبعض العامّة. وثالث: بلزوم الغرر. ورابع: بأنّ الملك صفه وجوديّة محتاجه إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجوده في الخارج وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به، لأنّه أمر انتزاعي من أمرين معيّنين. ويضعّف الأول بمنع المقدّمين، لأنّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول، إذ لا تعيّن له في الواقع حتى يُجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر، غير مسلّم. نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدّمين. ففي السرائر بعد نقل الروايه التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال: إنّ ما اشتملت عليه الروايه مخالف لما عليه الأئمّه بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأنّ المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف، انتهى.

وعن الخلاف في باب السلم: أنّه لو قال: «أشترى منك أحد هذين العبدین أو هؤلاء العبيد» لم يصح الشراء. دليلنا: أنّه بيع مجهول فيجب أن لا يصحّ، ولأنّه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدین، ولأنّه لا دليل على صحّ ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسأله في البيوع وقلنا: إنّ أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین، فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الروايه، ولم يقس غيرها عليها، انتهى. وعبارته المحكيه في باب البيوع هي: أنّه روى أصحابنا أنّه إذا اشترى عبداً من عبيدین على أنّ للمشتري أن يختار أيهما شاء، أنّه جائز، ولم يرووا في الثوبين شيئاً. ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقه، وقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، انتهى. وسيأتى أيضاً في كلام فخر الدين أنّ عدم تشخيص المبيع، من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعاً.

وظاهر هذه الكلمات صدق الجهاله وكون مثلها قادحه اتّفاقاً مع فرض عدم

نصّ، بل قد عرفت ردّ الحليّ للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأئمّه. وممّا ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، أعنى كون الإبهام مبطلاً.

وأما الوجه الثالث، فيردّه منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبه لاختلاف قيمه، ولذا يجوز الإسلاف في الكلّي من هذه الأفراد، مع أنّ الانضباط في السلم آكد. وأيضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلّي من الصبره، ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً، ولذا ردّ في الإيضاح حمل الصاع من الصبره على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً.

وأما الرابع، فبمنع احتياج صفه الملك إلى موجود خارجي، فإنّ الكلّي المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري، ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفه كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أنّ الملكيه أمر اعتباريّ يعتبره العرف والشرع أو أحدهما في موارد، وليست صفه وجوديه متأصله كالحموضه والسواد، ولذا صرّحوا بصحّه الوصيّه بأحد الشئيين، بل لأحد الشخصين ونحوهما.

فالإنصاف كما اعترف به جماعه أولهم المحقّق الأردبيلي عدم دليل معتبر على المنع. قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أيّ الطرفين، قال: وفيه تأمل، إذ لم يقدّم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فإنّهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أيّ طرف أراد المشتري أو من أيّ جانب كان من الأرض، فما المانع بعد العلم بذلك؟ انتهى.

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد بعد حكم المصنّف بصحّه بيع

الذراع من الثوب والأرض، الراجع إلى بيع الكسر المشاع قال: وإن قصدا معيّنًا من عين [١] أو كلياً لا- على وجه الإشاعه بطل، لحصول الغرر بالإبهام في الأوّل وكونه بيع المعدوم وباختلاف الأغراض في الثاني غالباً فيلحق به النادر وللإجماع المنقول فيه الى أن قال: والظاهر بعد إمعان النظر ونهايه التتبع أنّ الغرر الشرعى لا- يستلزم الغرر العرفى وبالعكس وارتفاع الجهاله فى الخصوصيه [٢] قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهيه ولعلّ الدائره فى الشرع أضيق وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين، وفهم الأصحاب مقدّم، لأنهم أدري بمذاق الشارع وأعلم، انتهى.

الشرح:

[١] المراد (١) بالمعين من عين مقابل الكلى فى المعين، أى الفرد الخارجى المنتشر والمردّد، سواءً كان التردد بحسب صوره العقد فقط، أو المردّد الواقعى كما يشهد بذلك تعليل حكمه بالبطلان بالغرر وكونه من بيع المعدوم، حيث إن الغرر يجرى فى المردد بحسب صوره العقد والمعدوم فى المردد الواقعى، ولو كان مراده المردد بحسب صوره العقد فقط لاختصر التعليل بالغرر.

[٢] يعنى أن تحقق الغرر الشرعى لا- يلازم تحقق الغرر العرفى كما فى بيع الفرد المنتشر، كبيع أحد العبدین المتساويين فى القيمه، كما أن الغرر العرفى لا يلازم الغرر الشرعى فيتحقق الأول دون الثانى فى بيع العبد الأبق مع الضميمه، وإذا كان لا يدرى أن المبيع حنطه أو أرز وفرض تساويهما فى القيمه السوقيه تكون الجهاله بالماهيّه موجباً للغرر شرعاً مع عدمه عرفاً؛ لتساويهما فى خصوصيه القيمه المنظوره فى البيع عند العرف. ومما ذكرنا يظهر أن النسبه بين الغررين عموم من وجه، فلا بد من أن يكون

ص: ١٣٢

١- (١) أى مراد كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٩٠ ٩١، ذيل قول العلامة: وإن قصدا معيّنًا.

الشرح:

مراده بأنّ دائره الغرر فى الشرع أضيق، لكثرة موارد تحقق الغرر شرعاً بالإضافة إلى موارد الغرر العرفى.

أقول: إن أريد بيع الرد المنتشر ما هو مفاد: «جاء رجل من أقصى المدينة» فبطلان البيع فى مثل بيع صاع من الصيعان المتفرقه مبنى على اعتبار رفع الإبهام عن العوضين فى عقد البيع، وإن أريد بيع المرّد الواقعى فالبيع محكوم بالبطلان باعتبار عدم الوجود للمرّد، فكل ما فى الخارج معين. وإن أريد مفاد قوله: «جئنى برجل من هؤلاء الرجال»، فمرجهه إلى بيع الكلى فى المعين المحكوم بالصحة كما يأتى، غايه الأمر اختيار تطبيق الكلى على الفرد الخارجى يكون بيد البائع، وإذا اقترن إنشاء العقد بما يكون قرينه على أن التطبيق بيد المشتري فيتبع، كما إذا قال: «بعتك صاعاً صاعاً أى شئت من هذه الصيعان».

والحاصل: مقتضى إطلاق خطاب «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) صحة البيع كما ذكر، ولزومه والإجماع المدعى على كون الإبهام مبطلاً لا يجرى فى المقام كما يأتى فى بيع الكلى فى المعين، كما لا يعم الفرض خطاب النهى عن بيع الغرر.

وربما يستدل على جواز بيع الفرد المنتشر بمعتبره محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت، وردّ الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده إلى أن قال: «فإن وجدته اختار أيهما شاء ورد النصف

ص: ١٣٣

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده : الآيه ١ .

الشرح:

الذى أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع، ونصفه للمبتاع»(١).

ولكن لا يخفى أن ظاهر الرواية هو بيع الكلى فى المعين، ولا وجه لحمله على بيع الكسر المشاع، أى نصف كل من العبدین، وما ورد فى ذيلها من الإشاعه باعتبار أن كلاً من البائع والمشتري يملك الكلى فى المعين الموجود بيد المشتري وقد تلف أحدهما وبقي الآخر، وحيث لم يتعين شىء منهما فى عبد معين يحسب التالف عليهما ويكون الباقي لهما. وما يأتى من أنه لو تلفت الجملة وبقي منها فرد واحد يكون ذلك للمشتري الذى يملك الكلى فى المعين، إنما هو فى التلف قبل القبض لا فى تلف الجملة بعد قبضها من المشتري، كما هو ظاهر الرواية.

وما عن بعض الأجله(٢) من أن التلف فى مثل ذلك، أى فيما يقبض الكلى فى ضمن جملة يحسب على المالك فقط؛ لأنه يملك الجملة الخارجيه، لا يمكن المساعده عليه، فإن ملك المالك لا يبقى على تمام الجملة بعد البيع على ما تقدم.

وأيضاً قد قيل بتعلق البيع بالفرد المنتشر بما ورد فى الوصيه بعق البعض من الجملة بدعوى عدم الفرق بين البيع والوصيه من هذه الجهه، وفى صحيحه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام «عن الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم، فقال: كان على عليه السلام يسهم بينهم»(٣). وفى روايه محمد بن مروان عن موسى بن جعفر عليه السلام «عن أبيه أن أبا جعفر مات، وترك ستين مملوكاً، وأوصى بعق ثلثهم،

ص: ١٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٤٨ ، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأول .

٢- (٢) منيه الطالب ٢ : ٣٨٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٣ : ١٠٣ ، الباب ٦٥ من كتاب العتق، الحديث الأول.

ولقد أجاد حيث إلتجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع: على المشهور [١] من المنع، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع، لاتفاقهما على بطلانه. ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعه فيصح البيع، وقال البائع: أردت معيّنًا، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصحة وأصالة عدم التعيين، انتهى.

الشرح:

فأقرعت بينهما، فأعتقت الثلث» (١). وظاهرهما الوصيه بعق ثلث العبيد ويحتمل الثاني بالنحو المشاع، ولكن لا دلالة لهما على الفرد المنتشر الذي ذكرنا أن مرجعه إلى الكلى فى المعين، بل ظاهرهما نحو المشاع كما هو ظاهر الألفاظ الموضوعه على الكسر، والقرعه فى المقام لتعيين السهم الذى يعتق عملاً بالوصيه أو لتعيين ما أعتقه المولى حال حياته، نظير تعيين الوقف بالنحو المشاع بالقسمه. ويمكن أن يحمل على الكلى فى المعين، نظير ما فى صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج خمساً فى عقده، قال: «يخلى سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع» (٢)، بأن يقال: النكاح المحكوم بالبطلان هو الواحد بنحو الكلى المشاع والممضى هو الأربع كما ذكر، ويمكن أن يكون المراد بالإمساك بعقد جديد كما لا يخفى.

[١] المفروض فى التفريع على بطلان بيع الفرد المنتشر هو تردّد المبيع بين الإشاعه والفرد المنتشر وفرض عدم وقوعه على الكلى فى المعين، فإن تسالماً أيضاً على عدم وقوعه بنحو الإشاعه يكون ذلك تسالماً على بطلان البيع، وإن لم يكن هذا التسالم بأن ادعى المشتري وقوعه على البعض بالنحو المشاع فى قصدهما حال العقد وأنكر البائع ذلك وادعى قصدهما أو قصده الفرد المنتشر، فقد يقال بأن مقتضى أصالة

ص: ١٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٥٨ ، الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٥٢٢ ، الباب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد .

الشرح:

الصحة الجارية في البيع وقوعه على البعض بنحو الإشاعة. وأضاف في «التذكرة»^(١) إلى ذلك بأن الصحة مقتضى أصاله عدم التعيين.

وذكر المصنف رحمه الله بما حاصله: أن الحمل على الإشاعة بأصاله الصحة لا بأس به ولكن فيما إذا تسالما على صورته العقد الظاهره في وقوعه على الفرد المنتشر، كقوله: «بعت عبداً من هذه العبيد»، فيحكم بفساد البيع؛ لعدم جريان أصاله الصحة مع أصاله الظهور، فإن الظهور أماره على المقصود فلا يجرى معها الأصل العملى، بل على تقدير كون أصاله الصحة أماره فلا دليل على اعتبارها في مقابل أصاله الظهور كسائر الأمارات التي يكون اعتبار بعضها في طول بعضها الآخر.

وأما أصاله عدم التعيين، فإن أريد بها أصاله عدم وقوع العقد على الفرد المنتشر فهي معارضة بأصاله عدم وقوعه على البعض بنحو الإشاعة، وإن أريد غير ذلك فلا تتعلها.

أقول: كلام العلامة في الحكم بالصحة ناظر إلى عدم تسالمهما على صورته العقد الظاهره في الفرد المنتشر بقريته حكمه بالفساد، مع ظهور العقد في غير الإشاعة حتى مع قصدتها كما تقدم.

ثم إنه قد يورد على التمسك بأصاله الصحة بأنه لا تعين للمبيع، كما إذا تردد وقوع البيع على الشاه أو الخنزير بأن ادعى المشتري وقوعه على الخنزير والبائع وقوعه على الشاه، نظير عدم إمكان الحكم في الكلام المردد بين الشتم والسلام أنه سلام بأصاله الصحة ليجب رده.

ص: ١٣٦

وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغته ظاهره في أحد المعنيين أمّا معه فالمتبع هو الظاهر وأصالة الصّحه لا تصرف الظواهر. وأمّا أصالة عدم التعيين فلم أتحقّقها. وذكر بعض من قارب عصرنا أنّه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعه كان حمل الفعل على الصّحه قرينه صارفه. وفيه نظر[١]

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكلّ: أن يكون المبيع طبيعه كليته منحصره المصاديق في الأفراد المتصوّره في تلك الجملة.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني كما حقّقه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرّق الصيعان، وقال: «بعتك أحدها»: أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميّزه المتشخّصه غير معيّنه فيكون بيعه مشتتملاً على الغرر. وفي هذا الوجه أمر كلّى غير متشخّص ولا متميّز بنفسه ويتقوّم بكلّ واحد من صيعان الشرح:

وفيه: أن الدليل على أصالة الصّحه هي السيره العمليه الثابته وموردها ما إذا أحرز عنوان المعامله وأركانها وشك في سائر شرائطها، والمبيع في باب البيع ركن ومع عدم إحرار وقوع البيع على الشاه لا مجرى لها. وأمّا إذا أحرز وقوعه على الشاه وشك في فساده وصحته، كما إذا ادعى المشتري جهله بحال الشاه حال البيع وأنكره البائع، فيحكم بصحته، وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث يعلم أن متعلق البيع بعض من الجملة ويحتمل وقوعه عليه بوجه صحيح، وأمّا أصالة الصّحه في الكلام المردد فهي أجنبيّه عن المقام، فإن مفادها عدم صدور الحرام عن الفاعل بحيث يكون ذلك منه فسقاً ولا يرتبط بأصالة الصّحه الجاريه في المعامله كما لا يخفى.

[١] وذلك، فإن الموجب لانعقاد الظهور أو للعلم للمراد منه القرينه العامه أو الخاصه وأصالة الصّحه لا تحسب قرينه أو موجب للعلم بالمراد، بل هي أصل عملي لا مجرى له مع الأماره وهي أصالة ظهور العقد كما تقدم.

الصبره ويوجد به، ومثله ما لو قسّم الأرباع وباع ربعاً منها من غير تعيين. ولو باع ربعاً قبل القسمه صحّ وتنزل على واحد منها مشاعاً لأنه حينئذ أمر كلى [١] [فإن قلت: المبيع فى الأولى] [٢] أيضاً أمر كلى. قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصه، مبهم بحسب صوره العبارة، فيشبه الأمر الكلى، وبحسب الواقع جزئى غير معيّن ولا معلوم. والمقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان، وجعل كل واحد منها برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصى غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه وأحد العبيد. ولو أنه قال: «بعتك صاعاً من هذه شائعاً فى جملتها»، لحكمتنا بالصحة، انتهى.

وحاصله: أن المبيع مع التردد جزئى حقيقى، فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الأفراد المتصوره فى تلك الجملة.

الشرح:

[١] يعنى وجه الحكم بالصحة فيما لو باع ربعاً قبل القسمه بحمله على الإشاعه هو كون الربع المزبور كلياً لا جزئياً خارجياً مبهماً ليحكم بفساده.

[٢] الإشكال هو أن المبيع فى الأولى، أى فى صوره جريان البيع على الفرد المنتشر، أيضاً كلى فلا- موجب للحكم بفساده. وأجاب عن ذلك بالفرق وأن المبيع فى صوره جريانه على الفرد المنتشر جزئى خارجى مبهم بحسب صوره العقد، فيشبه المبيع الكلى.

أقول: قد تقدم أن المبيع إذا كان مفاد قوله: «جئنى برجل»، لا يمكن أن يكون جزئياً خارجياً، بل هو أمر كلى لا محاله فلا نعيد، وعلى ما ذكر يحكم بصحة البيع فى جميع الفروض المتقدمه فيما إذا لم يكن فى البين جهه أخرى موجب له للبطلان، كما فى بيع الكلى من جملة تكون أجزاءها مختلفه.

وفى الإيضاح: أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّي المقيّد بالوحده وبين الفرد المنتشر. ثمّ الظاهر صحّه بيع الكلّي بهذا المعنى، كما هو صريح جماعه، منهم الشيخ والشهيدان والمحقّق الثّاني وغيرهم، بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإن اختلفوا فى تنزيل الصّاع من الصبره على الكلّي أو الإشاعه. لكن يظهر ممّا عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحّه بيع الكلّي وأنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعه هو بطلان بيع الكلّي بهذا المعنى، والكلّي الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمه. قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعه: إنّّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين، وهو الغرر الذى يدلّ النهى عنه على الفساد إجماعاً، ولأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترخّج من غير مرجّح، ولا بعينه هو المبهم، وإبهام المبيع مبطل، انتهى.

وتبعه بعض المعاصرين مستنداً تارةً إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام والغرر، وأخرى إلى عدم معهوديّة ملك الكلّي فى غير الذمه لا على وجه الإشاعه، وثالثهً باتّفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناه من بيع الثمره على الإشاعه.

ويردّ الأول: ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلمّ فى الكلّي. والثّانى: بأنّه معهود فى الوصيّه [١] والإصداق، مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديّة، فإنّ أنواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقّق أحدها فى مورد الآخر، إلّا أن يراد منه عدم وجود موردٍ يقينىّ حكم فيه الشارع بملكه الكلّي المشترك بين أفراد موجوده، فيكفى فى ردّه النقص بالوصيه وشبهها. هذا كله مضافاً إلى صحّحه الأطنان الآتية، فإنّ موردّها إمّا بيع الفرد المنتشر، وإمّا بيع الكلّي فى الخارج.

الشرح:

[١] يعنى أن ملكيه الكلّي فى المعين ثابت فى مورد الوصيه التملكيه وكذا فى جعل المهر فكيف لا تكون معهوده.

وأما الثالث: فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسأله: لو باع صاعاً من صبره، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمه أعني: الكسر المشاع أو على الوجه الثالث وهو الكلّي، بناءً على المشهور من صحّته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيد والمحقق الثاني وجماعه. واستدل له في جامع المقاصد: بأنّه السابق إلى الفهم، وبروايه بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل اشترى عشرة آلاف طنّ من أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده، والأنبار فيه ثلاثون ألف طنّ، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طنّ. فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، ووكّل من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طنّ وبقي عشرة آلاف طنّ، فقال عليه السلام: العشره آلاف طنّ التي بقيت هي للمشتري، والعشرون التي احترقت من مال البائع.

ويمكن دفع الأوّل [١]: بأنّ مقتضى الوضع في قوله: «صاعاً من صبره» هو الشرح:

ولو قيل: بأنها غير معهوده في البيع الذي لا يكون متعلقه كلياً في المعين.

قلنا: بأن كل قسم من الملكيه غير معهود في قسمها الآخر، فإنه إذا كان متعلق البيع كلياً بنحو الإشاعه أو الفرد المعين فلا يمكن ملكيه الكلّي في المعين فيهما، كما لا تتحقق الملكيه بنحو الإشاعه أو ملكيه الفرد المعين في مورد بيع الكلّي في المعين.

[١] أقول: لم يعلم كون الوضع مقتضاه الفرد المنتشر، فإن التنوين الداخلة على الصاع لو سُلّم ظهورها في الوحده إلا أن تقييد الطبيعي بالوحده باعتبار الوجود لا يستلزم كون مدلوله فرداً خاصاً ليكون جزئياً خارجياً.

وبتعبير آخر: مقتضى الوضع كالمعنى العرفي هو الكلّي في المعين، والشاهد لكون المعنى العرفي كذلك أنهم يرون اختيار التطبيق بيد البائع، خصوصاً فيما إذا

الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أنّ المشهور بل الإجماع على بطلانه. ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، وظاهره حينئذ الإشاعه، لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصبره مشاع فيه. وأمّا الروايه فهي أيضاً ظاهره في الفرد المنتشر، كما اعترف به في الرياض.

لكنّ الإنصاف: أنّ العرف يعاملون في البيع المذكور معامله الكلّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، وهذه أماره فهمهم الكلّي.

وأمّا الروايه، فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّي لأجل القرينه الخارجيه، وتدللّ على عدم الإشاعه من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع وكونه مالاً للمشتري. فالقول الثاني لا يخلو من قوّه، بل لم نظفر بمن جزم بالأول وإن حكاه في الإيضاح قولاً. ثمّ إنّ يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

أحدها: كون التّخيير في تعيينه بيد البائع [١] لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلاّ الطبيعه المعزّاه عن التشخّص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة فإذا طالب بخصوصيّة زائده على الطبيعه فقد طالب ما ليس حقّاً له. وهذا جارٍ الشّرح:

كانت الصيعان مجتمعه كما هو فرض الصبره، ودعوى أن المعنى العرفي هي الإشاعه، أي الحصه المقدره بالصاع، لا- يمكن المساعده عليها؛ لأنّ الصاع ليس موضوعاً للسهام والحصص. وأمّا الصحيحه فظاهرها أيضاً كون المبيع كلياً في المعين ولا حاجه في حملها عليه إلى القرينه الخارجيه، أي الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر، مع ملاحظه أن حساب التلف بتمامه على البائع مقتضاه عدم الإشاعه.

[١] المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً في المعين كون التّخيير في تعيين الكلّي في فرد بخصوصه بيد البائع؛ لأنّ المشتري لا يستحقّ المطالبه بخصوصيه ذلك

فى كلّ من ملك كلياً فى الذمه أو فى الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصيه على من عليه الكلى، ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت، كعبدٍ من عبيده ونحو ذلك. إلاّ أنّه قد جزم المحقّق القمى قدس سره فى غير موضع من أجوبه مسائله: بأنّ الاختيار فى التعيين بيد المشتري، ولم يعلم له وجه مصحّح، فيا ليتّه قاس ذلك على طلب الطبيعه! حيث إنّ الطالب لثبوت ملك الطبيعه على المأمور واستحقّاقها منه لم يجر له بحكم العقل مطالبه خصوصيه دون أخرى، وكذلك مسأله التمليك كما لا يخفى.

الشرح:

الفرد، فما عن المحقّق القمى (١) من أن اختيار التعيين بيد المشتري، لا وجه له. وأيضاً المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً فى المعين انحصار ذلك الكلى فى الفرد الباقي من الجملة فى صورته تلفه، حيث إن التلف يحسب على البائع فقط؛ لكونه قبل القبض وباعتبار بقاء فرد من الكلى لا يبطل البيع فيجب دفعه إلى المشتري. بخلاف التلف فيما إذا كان المبيع بنحو الإشاعه، فإن مقتضى الإشاعه كون كل جزء من الجملة مشتركاً بين البائع والمشتري، فبتلف البعض يتلف بعض المبيع وإن كان هذا التلف يحسب على البائع لكونه قبل القبض، فتكون النتيجة بطلان البيع فى بعضه وبقاءه فى البعض.

ولكن ذكر المحقّق الإيروانى رحمه الله (٢) بما حاصله عدم الفرق فى الحكمين المتقدمين بين كون المبيع بنحو الإشاعه أو بنحو الكلى فى المعين، وأن كل ما يذكر فيما إذا كان المبيع من الجملة بنحو الإشاعه يترتب على البيع فيما إذا كان المبيع كلياً فى المعين، فيكون اختيار المبيع بالتراضى وتلف بعض من الجملة يوجب بطلان البيع فى بعض المبيع؛ لأنّ المبيع لو كان كلياً فى المعين يكون الباقي على ملك البائع أيضاً

ص: ١٤٢

١- (١) منها ما قاله فى جامع الشتات ٢ : ٩٥ ، المسأله ٧٢ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٥٨٣ ٥٨٤ .

وأما على الإشاعة: فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركة، فيحتاج القسمة إلى التراضي.

ومنها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق طبيعه انحصر حق المشتري فيه، لأن كل فرد من أفراد الطبيعه وإن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع وإقباضه، فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود. وهذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً ثابت في كل جزء من المال من دون حاجه إلى اختيار وإقباض، فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبه حصته.

الشرح:

كلياً في المعين. وحيث إنه لا امتياز بين المالين تكون الجملة الموجوده خارجاً مشتركاً بينهما بمقدار الكليين، ولو عمل بالصحيحه الوارده في احتراق القصب (1) وتعدى منها فيتعدى إلى موارد كون المبيع بعضاً بنحو الإشاعه أيضاً، وإلا لاقتصر إلى موردها وهو بيع القصب.

أقول: الشركه الواقعيه غير الشركه الصوريه، والاختلاط الموجب للشركه الواقعيه هو اختلاط المالين الشخصيين الذين لكل منهما مالك ولا يكون بينهما مئز بعد الاختلاط كامتراج الخلين أو الحنطتين، وأما إذا كان المال الخارجى لمالكين بحيث يكون كل منهما مالكاً منه الكلى في المعين كما هو الفرض في المقام، فلا دليل على حصول الشركه بالحصص في ذلك المال، بل اختلاف نحوى اعتبار المبيع في بيع البعض من الجملة عند العرف دليل على خلافه. ولو كانت الشركه الواقعيه حاصله بكل من بيع الحصه من الجملة وبين بيع الكلى منها على حد سواء في الأثر لما كان لاعتبار الاختلاف وجه.

ص: ١٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٥ ٣٦٦، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه .

ومنها: أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر، فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول [١] لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سارٍ في مال البائع وهو ما عدا الصاع من الصبره، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، وهذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة.

ثم اعلم: أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. وأما إذا قبض، فإن قبض منفرداً عمّا عداه كان مختصاً بالمشتري، وإن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاءً، والباقي أمانه حصلت الشركه، لحصول ماله في يده وعدم توقّفه على تعيين وإقباض حتى يخرج التالف عن قابليته تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الباقي، فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح، فيحسب عليهما.

الشرح:

نعم، إذا كان المبيع بنحو الكلي في المعين وقد قبضه في ضمن قبض الجملة كما هو الفرض، فلا يمكن أن يحسب تلف البعض على أحد المالكين بخصوصه فإنه ترجيح بلا مرجح، بخلاف ما إذا كان هذا التلف قبل القبض فإنه بما أن المبيع في ضمان البائع ويقع تلفه في ماله فلا يكون حساب التلف عليه ترجيحاً بلا مرجح، ولا يكون قبل القبض شركه صوريه، بخلاف صورته التلف بعد القبض فإنه يعبر عن حساب التلف على البائع والمشتري معاً بالشركه الصوريه. ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون اختيار التعيين بيد البائع فيما لم يشترط في البيع كونه بيد المشتري؛ لأن ما يملكه المشتري هو الكلي وعلى البائع تسليمه إلى المشتري.

[١] لما تقدم من أن البائع بعد بيع الأول يملك من الجملة الكلي في المعين كالمشتري والبيع الثاني واقع على مال البائع، وحيث إن التالف تمام الكلي الذي كان

والحاصل: أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلاً- أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع وإقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً، لتحقق الإقباض، فنسبه كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء.

نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء [١] بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض. هذا كله مما لا إشكال فيه، وإنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات واستثنى منها أرتالاً معلومه: أنه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه. وظاهر ذلك تنزيل الأرتال المستثناه على الإشاعه، ولذا قال الشرح:

للبيع قبل وقوع البيع الثاني فلا موجب لشمول ما ورد في التلف قبل القبض للكلي في المعين الذي بيع أولاً، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من البيعين أو خصوص الأول بنحو الإشاعه فإنه يحكم بفساده بنسبه التالف كما لا يخفى.

[١] أقول: الظاهر عدم تصور ذلك، فإنه إذا كان الكلي في المعين من الجملة ملكاً للمشتري يكون دفع الجملة إليه دفعاً للمبيع، وإذا لم يكن تمام الجملة ملكاً للبائع كما هو الفرض، فكيف يكون تمامها أمانة بيد المشتري، حيث لا يعقل أن يكون ما للمشتري من الجملة أمانة بيد للبائع؟! نعم، يتصور ذلك في الكلي على العهده، باعتبار كون المال المدفوع إلى المشتري بعنوان الأمانة ملكاً بتمامه للبائع، فلا ينطبق الوفاء على المدفوع ولو بنحو الإجمال كما هو مقتضى كون أداء الدين عنواناً قسدياً كما لا يخفى.

فى الدروس: إن فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبره على الإشاعه. وحينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين، حيث إن مسأله الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعه. والمشهور هنا التنزيل على الكلى، بل لم يُعرف من جزم بالإشاعه. وربما يفرّق بين المسألتين بالنصّ فيما نحن فيه على التنزيل على الكلى، وهو ما تقدّم من الصحيحه المتقدّمه.

وفيه: أن النصّ إن استفيد منه حكم القاعده لزم التعدى عن مورده إلى مسأله الاستثناء، أو بيان الفارق وخروجها عن القاعده. وإن اقتصر على مورده لم يتعدّ إلى غير مورده حتى فى البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدى وبين مسأله الاستثناء.

وبالجملة، فالنصّ بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى. وأضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعه فى مسأله الاستثناء، لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص. وأضعف من هذين، الفرق بين مسأله الاستثناء ومسأله الزكاه [١] وغيرهما ممّا يحمل الكلى

الشرح:

[١] قيل (١) فى الفرق بين مسأله استثناء الأبطال ومسأله الزكاه ونحوها مما يحمل الكلى فيه على الإشاعه وبين بيع الكلى فى المعين الذى تقدم تعين الباقي بكونه مبيعاً بتلف بعض الجملة وجوب القبض فى الثانى وكونه دخيلاً فى لزوم البيع، فمع وجود فرد من المبيع يجب دفعه إلى المشتري. وأجاب المصنف رحمه الله بأن وجوب القبض حاصل فى مسألتى استثناء الأبطال والزكاه أيضاً، حيث يجب فى الأول دفع الأبطال إلى البائع وفى الثانى إلى أرباب الزكاه، مع أن وجوب دفع الباقي فى بيع الكلى

ص: ١٤٦

فيها على الإشاعه، وبين البيع، باعتبار القبض في لزوم البيع وإيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري، إذ هو شبه الكلي في الذمه.

وفيه مع أنّ إيجاب القبض متحقق في مسألتى الزكاه والاستثناء: أنّ إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه، إذ مع عدم بقائه كلاً- أو بعضاً يفسخ البيع في التالف، والحكم بالبقاء يتوقف على نفي الإشاعه، فنفي الإشاعه بوجود الإقباض لا- يخلو عن مصادره، كما لا- يخفى. وأمّا مدخلية القبض في اللزوم فلا دخل له أصلاً في الفرق. ومثله في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامه من الفرق: بأنّ التلف من الصبره قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله. بخلاف الاستثناء، فإنّ التلف فيه بعد القبض، والمستثنى بيد المشتري أمانه على الإشاعه بينهما، فيوزع الناقص عليهما، ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا، بخلاف البائع هناك، انتهى.

الشرح:

فرع عدم الإشاعه وإثبات عدم الإشاعه بوجود دفع الباقي تكون مصادره، وأما مسأله لزوم البيع بالقبض فلا دخل له في الفرق أصلاً.

ثم ذكر رحمه الله الفرق المذكور في «مفتاح الكرامه»^(١) وهو كون ضمان المبيع في بيع الكلي في المعين على البائع فيجب دفع الباقي إلى المشتري، بخلاف مسأله الأبطال، فإن الأبطال المستثناه أمانه للبائع بيد المشتري، حيث إن البائع قد أقبض الكل فيكون الكل بيد المشتري فيدخل النقص على المالكين أي حصه البائع وحصه المشتري.

ص: ١٤٧

وفيه مع ما عرفت [١] من أن التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعه، فكيف يثبت به؟ أنه: إن أُريد من كون التلف في مسأله الاستثناء بعد القبض: أنه بعد قبض المشتري؟

ففيه: أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا- كلام فيه ولا- إشكال، وإنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسأله الصاع والبائع في مسأله الاستثناء، حيث إنَّ كلاً منهما يستحقّ مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقّه، فكيف يحسب نقص التالف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقّه الكليّ. وإن أُريد من كون التلف بعد القبض: أن الكليّ الذي يستحقّه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكلّ إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبره إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض.

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكره في ردّ «مفتاح الكرامه» هو أنه لو باع الكلي في المعين وتلف بعض الجملة قبل القبض يكون وجوب دفع الباقي إلى المشتري متفرعاً على عدم الإشاعه ولو لم يكن في هذا الفرض إشاعه فما الموجب لها في مسأله استثناء الأبطال، مع أن البائع يملك فيها الكلي في المعين ويكون تمام الجملة بيد المشتري، وكون التلف فيها بعد إقباض البائع يوجب عدم كون البائع ضامناً لتلف مال المشتري. ويبقى الإشكال في أنه لم يكون تلف بعض الجملة في مسأله الاستثناء بنحو الإشاعه مع أن ما للبائع بيد المشتري من قبيل الكلي في المعين؟ ولم لا يحسب التلف على المشتري فقط؛ لأن ما يستحقه البائع لا يتعين في جزء معين إلا بعد إقباض مالك الكل، يعنى المشتري؟

وإن أُريد أنه بعد ما باع الثمره مع استثناء الأبطال يكون ما بيده مشتركاً بينه وبين

ففيه: أنّ الإشكال بحاله، إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: «بعتك صاعاً من هذه الصبره» وبين قوله: «بعتك هذه الصبره أو هذه الثمره إلّا- صاعاً منها»، وما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأوّل؟ مع كون مقتضى الكلّي عدم تعيّن فردٍ منه أو جزءٍ منه لمالكه إلّا- بعد إقباض مالك الكلّ الذى هو المشتري في مسأله الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّي لا يوجب الاشتراك. هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب في مسأله الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك وعدم جواز تصرف المشتري إلّا بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعه، منهم الشهيدان والمحقّق الثانی بأنّه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

الشرح:

المشتري، وإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع المال المشترك، فيقال: الموجب لهذا الاشتراك في بيع الكلّي في المعين أيضاً موجود، فيحسب فيه أيضاً التلف على المبيع والباقي على ملك البائع. هذا مع أنه لم يظهر التزام القوم بالإشاعه في مسأله الاستثناء حتى بعد دفع الكل إلى المشتري، فإنهم لم يذكروا عدم جواز تصرف المشتري في الثمره بلا استئذان من البائع.

وذكر بعضهم (1) أنه لو فرط المشتري وتلف بعض الثمر بإفراطه يجب أداء المستثنى إلى البائع من الباقي، ولو كان في البين إشاعه لم يصح القول بالأداء من الباقي كما لا يخفى.

أقول: قد تقدم عدم الإشاعه في المسألتين، وأن حساب التلف على كل من المشتري والبائع في مسأله الاستثناء باعتبار عدم الترجيح في الضمان، حيث إن كلاً منهما يملك الكلّي في المعين، بخلاف مسأله بيع الصاع من الصبره فإن تلف بعض

ص: ١٤٩

١- (١) الدروس ٣: ٢٣٩، والروضه البهيه ٣: ٣٦٠، وراجع جامع المقاصد ٤: ١٦٨.

ويمكن أن يقال: إن بناء المشهور في مسأله استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعه قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعه منهم: بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي، ويؤيده استمرار السيره فى صوره استثناء أبطال معلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرف وعدم المعامله مع البائع معامله الشركاء فالمسألان مشتركان فى التنزيل على الكلى، ولا فرق بينهما إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكلى وهو حساب التالف عليهما. ولا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق، إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع. وإن كان بناؤهم على الإشاعه من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلك: أن المستثنى كما يكون ظاهراً فى الكلى، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنه ملحوظ

الشرح:

الجملة فيها قبل القبض وكون ضمان المبيع على البائع مقتضاه خروج البائع من ضمان المبيع بدفع الكلى من الباقي. ومما ذكرنا يظهر وجه عدم جريان أحكام الإشاعه فى مسأله الاستثناء وأنه يجوز للمشتري التصرف فى الثمره بلا استيدان من البائع، وأنه لو تلف الثمره بإفراطه لا ينقص عما يستحقه البائع شىء ويجب عليه الدفع من الباقي.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله فى وجه حساب التلف فى مسأله الاستثناء على المشتري والبائع معاً من دعوى أن المتبادر من الاستثناء تمام المستثنى على تقدير سلامه تمام المبيع للمشتري، وإذا تلف بعضه سقط من الأبطال بحسابه، بأن تكون نتيجة ذلك هى الإشاعه بالإضافة إلى التالف ولا تجرى أحكام الإشاعه على الباقي، فلا يمكن المساعدة عليه. فإن لازم ذلك جهاله مقدار المبيع، فإنه على تقدير بقاء المبيع بمقدار وعلى تقدير تلف بعضه مقدار آخر كما لا يخفى.

ص: ١٥٠

بعنوان كلى يقع عليه البيع، فمعنى «بعتك هذه الصبره إلاّ صاعاً منها»: «بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع» فهو كلى كنفس الصاع، فكلّ منهما مالك لعنوان كلى، فالموجود مشترك بينهما، لأنّ نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على سواء، فيحسب عليهما. وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإنّ مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلى فى قولنا: «بعتك صاعاً من هذه الصبره»، إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

فإن قلت: إنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً فى الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع.

الشرح:

ثم ذكر رحمه الله فى مقام الفرق أنه على تقدير الالتزام بالإشاعة فى مسأله الاستثناء من أول الأمر أن المستثنى منه المبيع فيها كالمستثنى كلى معين، ولا ترجيح فى حساب التلف على خصوص المستثنى منه، بخلاف مسأله بيع الصاع من الصبره، فإن مال البائع فيها لا يكون بعنوان الكلى فى المعين، بخلاف ما تملكه المشتري فلا وجه لحساب التلف عليهما.

لا يقال: يكون ملك البائع بعد بيع الصاع كلياً لا محاله.

فإنه يقال: نعم، ولكن ملك الباقي ليس بعنوان تملك الكلى فى المعين لىوجب تخصيص التلف على ملك الباقي دون ما تملكه المشتري ترجيحاً بلا مرجح.

أقول: التملك بالعنوان وعدمه لا يكون فارقاً، وإلاّ فالمستثنى فى مسأله الاستثناء أيضاً ليس مملوكاً للبائع بعنوان الكلى فى المعين، حيث إنّ ملك البائع كان ثابتاً لجميع المال من الأول، فيكون بيعه المال باستثناء الأبطال تملكاً للكلى فى المعين من المشتري، فيكون بعد البيع الباقي فى ملكه كلياً فى المعين لا محاله، فتدبر جيداً.

قلت: نعم، ولكن ملكيه البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً على هذا العنوان وعلى عنوان الصاع على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم يبقَ إلا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكاً له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر، عفى الله عن الزلل فى المعائر. قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد: إن أقسام بيع الصبره عشره، لأنها إما أن تكون معلومه المقدار أو مجهولته، فإن كانت معلومه صحَّ بيعها أجمع، وبيع جزءٍ منها معلوم مشاع، وبيع مقدارٍ كقفيزٍ تشتمل عليه [١] وبيعها كل قفيز بكذا، لا يبيع

الشرح:

[١] لا يخفى أنه إذا كان مقدار الصبره معلوماً وبيع جميعها كل قفيز منها بكذا فلا بد من الحكم بصحته؛ لعدم اعتبار جمع مقدار الثمن بالذكر فى العقد، وهذا هو القسم الرابع فى كلام «الروضه» (١)، والمحكوم بالفساد فى كلام «الروضه» وغيرها عدم بيع جميعها، بل إيكال اختيار مقدار المبيع إلى المشتري، بأن يقول: «بتك من الصبره ما أردت كل صاع منها بكذا»، وهذا هو القسم الخامس فى كلام «الروضه». ووجه الحكم بالبطلان هو عدم تعيين مقدار المبيع فى عقد البيع، نظير ما يقال فى قوله: «آجرتك الدار كل شهر بكذا».

ولكن لا يبعد أن يقال بتمام البيع بالإضافة إلى قفيز واحد، نظير ما ذكرنا من صحه الإجاره فى الشهر الأول، بل يمكن أن يقال: إن قول البائع: «بت من الصبره كل قفيز

ص: ١٥٢

كل قفيز منها بكذا. والمجهوله كلها باطله إلا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبره عليه. ولو لم يعلم باشمالها عليه، فظاهر القواعد والمحكى عن حواشى الشهيد وغيرها عدم الصحه، واستحسنه فى الروضه، ثم قال: ولو قيل بالاكْتفاء بالظن باشمالها عليه كان متّجهاً والمحكى عن ظاهر الدروس واللمعه الصحه قال فيها: فإن نقصت تخيّر بين أخذ الموجود منها بحصّته من الثمن وبين الفسخ،

الشرح:

بكذا»، بمنزله الإيجابات المتعدده، كما قال: «بعت قفيزاً منها بكذا وقفيزاً آخر بذلك السعر وقفيزاً ثالثاً كذلك . . .» وهكذا وإذا ذكر المشتري فى قبوله ما يعين به مقدار المبيع، كما إذا قال: اشتريت قفيزين، كما هو المتعارف فى البيوع المتعارفه فى زماننا الحاضر، فيتم البيع بالإضافه إلى ذلك المقدار؛ لعدم الجهاله فى مقدار المبيع عند تمام البيع، ولا يستفاد من الأدله المتقدمه إلا بطلان البيع الغررى أو تمام البيع من غير تعيين الكيل أو الوزن أو العدد فيه.

ولو لم يذكر المشتري فى قبوله ما يعين ذلك، فالحكم بالبطلان مبنى على أن يكون المنهى عنه فى الأخبار المتقدمه بيع الشىء من غير تعيين مقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وأما إذا قيل بأن مدلولها بيع الشىء جزافاً فلا يحكم ببطلانه فى الفرض، حيث لا جزاف فى ناحيه المبيع أو فى ناحيه الثمن. وبهذا يظهر أنه لا يختلف فى الحكم بالصحه أو الفساد بين كون الصبره معلومه من حيث المقدار أم لا، وما ذكر المصنف رحمه الله فى وجه الصحه فيما إذا كانت الصبره مجهوله المقدار من كون المبيع معلوم بالمشاهده، فلا بد من أن يكون مراده العلم بأوصافه لا- كيله أو وزنه، ومع الإيجاب المفروض لا- يكون فى البين جزاف لا فى ناحيه المبيع ولا فى ناحيه الثمن.

ص: ١٥٣

لتبعض الصفقه. وربما يحكى عن المبسوط، والمحكى خلافيه، ولا يخلو عن قوه [١] وإن كان فى تعيينه نظر، لا لتدارك الغرر بالخيار، لما عرفت غير مرّه: من أنّ الغرر إنّما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الذى هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

وإن قيل: عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود. وأمّا إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً، وربما يحتمل الصحه مراعىً بتبيين اشتمالها عليه.

الشرح:

[١] أى لا يخلو الحكم بالصحه عن قوه، وليس الوجه هو تدارك الضرر المحتمل بالخيار على تقدير عدم اشتمال الصبره، حيث إن ارتفاع الغرر بالخيار لا يفيد فى صحه البيع؛ لأن الخيار حكم يترتب على البيع الصحيح، ولولم يتعلق دليل الإمضاء للبيع المنشأ فلا يعمه خطاب الخيار، بل الوجه فى الحكم بالصحه عدم الغرر فى البيع المزبور.

لا- يقال: الجهل بوجود المبيع من أعظم الغرر، فإنه يقال: الثمن المزبور لم يقع فى مقابل الموجود مطلقاً ولو على تقدير عدم الاشتمال، بل البيع الجارى على المقدار المزبور انحلالى، وإذا قال: «بعت الكر من هذا الصبره بكذا»، فهو بمنزله قوله: «بعت نصف الكر بنصف الثمن». وإذا ظهر عدم اشتمال الصبره إلا لنصف الكر يستكشف بطلان البيع فى نصفه ويثبت خيار التبعض للمشتري.

أقول: ما ذكره من أن ثبوت الخيار لا ينفع فى ارتفاع الغرر صحيح بالإضافة إلى الخيارات الشرعيه، فإن خطاباتها تثبت الخيار فى البيع الممضى، وأما الخيارات المشروطه بالإمضائه فلا بأس بارتفاع الغرر بها، وخيار تبعض الصفقه منها وتفصيل

وفيه: أنّ الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال. هذا، ولكنّ الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحه، إلاّ مع العلم بالاشتمال، أو الظنّ الذى يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهه استصحاب الاشتمال[١].

وأما الرابع مع الجهاله وهو بيعها كلّ قفيز بكذا فالمحكى عن جماعه المنع. وعن ظاهر إطلاق المحكّى من عبارتى المبسوط والخلاف أنه لو قال: «بعتك هذه الصبره كلّ قفيز بدرهم» صحّ البيع. قال فى الخلاف: «لأنّه لا مانع منه، والأصل جوازه». وظاهر إطلاقه يعمّ صوره الجهل بالاشتمال. وعن الكفايه: نفى البعد عنه، إذ المبيع معلوم بالمشاهده، والتمن ممّا يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبره ويوزّع الثمن على قفزاتها، قال: وله نظائر ذكر جملة منها فى التذكرة. وفيه نظر.

مسأله: إذا شاهد عيناً فى زمان سابق[٢] على العقد عليها، فإن اقتضت العاده تغييرها عن صفاتها السابقه إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصحّ البيع إلاّ بذكر صفاتٍ تصحّح بيع الغائب، لأنّ الرؤيه القديمه غير نافعه. وإن اقتضت العاده الشرح:

الكلام موكول إلى بحث الخيارات.

[١] لا يخفى أن استصحاب الاشتمال لا يفيد فى نفى الغرر عن البيع؛ لأن الغرر ليس مطلق الجهل، بل الجهل الخاص وهو ما فيه خطر وضرر واستصحاب الاشتمال لا ينفيه، نظير ما يقال من أن فوت الفريضه عدم خاص واستصحاب عدم الاتيان بالصلاه فى وقتها لا يشته.

[٢] وحاصل ما ذكره رحمه الله فى المقام: من أنه إذا بيعت العين المرثيه سابقاً فإن علم تغير أوصافها السابقه إلى غيرها عاده فيعتبر فى بيعها ذكر الأوصاف الفعلية فيصير ذكرها اشتراطاً رافعاً للغرر، وإذا لم يعلم من العاده التغير أو عدمه فيجوز بيعها اعتماداً

بقاءها عليها فلا إشكال في الصحة، ولا خلاف أيضاً إلا من بعض الشافعيّين. وإن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصله عدم التغير والبناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل والوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها.

ولو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أماره على خلافه، فإن بلغت قوه الظنّ حدّاً يلحقه بالقسم الأول وهو ما اقتضى العادة تغيّره لم يجز البيع، وإلاّ- جاز مع ذكر تلك الصفات، لا- بدونها، لأنّه لا- ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأوّل إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغواً. لكن هذا كلّه خارج عن البيع بالرؤية القديمه.

الشرح:

على أصله عدم تغيّرها، ولو فرض في مورد عدم جواز الاعتماد على الاستصحاب للاطمينان بتغير أوصافها فيجوز بيعها باشتراط أوصافها السابقة؛ لأن العين المرثيه سابقاً لا تزيد عن العين المعيوبه التي لم يرها المشتري ويشترطها باشتراط أوصافها الفعلية.

ثم إنه إذا اشترى العين بالرؤية السابقة فانكشف التغير ثبت الخيار للمشتري فيما إذا تغيرت بالنقصه وللبيع فيما إذا تغيرت بالزيادة، حيث إن لزوم البيع في الفرض ضررى على المشتري أو على البائع، فيثبت الخيار لأحدهما بانتفاء اللزوم.

أقول: قد تقدم أن استصحاب بقاء العين بحالها لا يفيد في انتفاء الغرر؛ لأن الغرر هو الجهل الخاص وهو ما فيه خطر، غايه الأمر أن مع الاستصحاب ينتفى مطلق الجهل لا- الجهل الخاص، وعلى ما ذكر فلو احتمل التغير وعدمه في العين المرثيه سابقاً يكون بيعها باشتراط بقائها على تلك الأوصاف محكوماً بالصحة؛ لانتفاء الغرر في بيعها بالاشتراط المزبور، ومع بيعها كيف اتفقت يحكم بطلان بيعها ولا يفيد الاستصحاب

ص: ١٥٦

وكيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤيه قديمه فأنكشف التغيّر تخيّر المغبون وهو البائع إن تغيّر إلى صفات زادت في ماله، والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعده «الضرر»، ولأن الصفات المبنية عليها في حكم الصفات المشروطة، فهي من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه في نهايه الأحكام والمسالك بقولهما: الرؤيه بمثابة الشرط في الصفات الكائنه في المرئي، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم: أنّ الشروط إذا لم تُذكر في متن العقد لا عبره بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد، مدفوع: بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذةً فيه حتّى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد. والصفات المرثيه سابقاً حيث إنّ البيع لا يصحّ إلاّ مبتئاً عليها كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطيه، ولذا لو لم يبين البيع عليها ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً فالذكر اللفظي إنّما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد.

الشرح:

في انتفاء الغرر شيئاً. ولا يخفى أن شراء العين بالرؤيه السابقه الذي مرجعه إلى اشتراط الأوصاف السابقه مقتضاه ثبوت الخيار مع التخلف، حيث لا معنى لاشتراط الأوصاف في بيع العين الخارجيه إلا ثبوت الخيار مع عدمها وليس ثبوته مقتضى قاعده نفى الضرر؛ لما يأتي ذكره في بحث الخيارات من أنه لو جرت قاعده نفيه في بيع كان مقتضاه بطلانه؛ لأن منشأ الغرر والحكم الضرري صحته لا لزومه، وليس مفاد القاعده تدارك الضرر ليكون مقتضاه نفى لزومه.

والحاصل: بيع العين المرثيه سابقاً باشتراط بقائها على أوصافها لا يكون غريباً، والبيع المزبور مع تخلف الأوصاف وإن يكون ضرورياً إلا أن صحته لا تنتفى بالقاعده،

ص: ١٥٧

واحتمل فى نهايه الإحكام البطلان. ولعلّه لأنّ المضىّ على البيع وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاءً بالعقد وجب، فلا خيار. وإن لم يكن وفاءً لم يدلّ دليل على جوازه. وبعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشىء الموصوف انتفى متعلّقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار مع أصاله اللزوم.

ويضعفه أنّ الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع [١] إذا اعتبرت فيه عند البيع إمّا بناء العقد عليها، وإمّا بذكرها فى متن العقد لا تعدّ مقوماتٍ للعقد كما أنّها ليست مقومات المبيع، ففواتها فوات حقّ للمشتري ثبت بسببه الخيار، دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. وتمام الكلام فى باب الخيارات إن شاء الله.

فرعان: الأوّل: لو اختلفا فى التّغيير [٢] فادّعاه المشتري، ففى المبسوط والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك: تقديم قول المشتري، لأنّ يده على الثمن، كما فى الدروس، وهو راجع إلى ما فى المبسوط والسرائر: الشّرح:

حيث إن نفي صحته مع اشتراط الخيار مناف للامتتان ومقتضى القاعده نفي الحكم حيث يكون فى نفيه امتناناً.

[١] وحاصله: أنّ الوصف المذكور إن كان مقوماً للمبيع فبانكشاف الخلاف يحكم ببطلان البيع حتى فيما إذا أتى الوصف بصورة الاشتراط، كما إذا قال: «بعتك هذا المال على أنه أرز فبان حنطه، والوجه فى البطلان أن انكشاف فقد الوصف فى الفرض يساوى عدم وجود المبيع خارجاً، بخلاف ما إذا كان الوصف فى بنائهم خارجاً عن حقيقة المبيع بحيث لا يكون مقوماً له، فإن انكشاف الخلاف فى هذه الصورة يوجب الخيار؛ لأنّ الوصف مرجعه إلى اشتراط الخيار على ما يأتى فى بحث الخيارات.

[٢] وحاصله: أنه لو بيعت العين بالرؤية السابقة وادعى المشتري تغييرها بالنقيصه فله الخيار فى فسخ العقد، وادعى البائع كونها على ما كانت فالبيع لازم،

من أنّ المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن، ولا- ينتزع منه إلا- بإقراره أو بيّنه تقوم عليه، انتهى. وتبعهما العلامة أيضاً في صورته الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه رؤيه، حيث تمسك بأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرب به أو يثبت بالبينه. ولأنّ البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود والرضا به، والأصل عدمه كما في التذكرة. ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد.

الشرح:

قيل (١) بتقديم قول المشتري بوجوه ثلاثه:

الأول: الأصل عدم جواز انتزاع الثمن من يده وبرائه عهدته من الثمن، حيث لا ينتزع الثمن من يده ولا يثبت عهدته به إلا بالبينه أو إقراره.

الثاني: الأصل عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلاً- في العين الخارجيه ودعوى البائع علمه بالوصف المزبور يحتاج إلى الإثبات بالبينه أو إقرار المشتري.

الثالث: الأصل عدم وصول حق المشتري إلى يده عن البائع ليستحقق عليه المطالبه بالثمن.

وذكر المصنف رحمه الله في ردّ الوجه الأول: أن الثمن بيد المشتري ملك للبائع بإقرار المشتري بوقوع البيع الناقل، فالثمن بيده أمانه للغير فيجب رده عليه بمطالبته، غايه الأمر أن المشتري يدعى سلطنته على تملكه بفسخ البيع فعليه إثبات تلك السلطنه، اللهم إلا- أن يقال: الأصل عدم وجوب رد الثمن على البائع بناءً على ما ذكروا من أنه لا يجب على ذى الخيار زمان خياره رد ما بيده من مال الغير ولو مع تسلمه العوض

ص: ١٥٩

١- (١) القائل هو الشيخ في مبسوطه ٢ : ٧٧، والعلامة في تذكرته ١ : ٤٦٨، والشهيد في دروسه ٣ : ١٩٩، والشهيد الثاني في مسالكة ٣ : ١٧٨، والمحقق الثاني في جامعه ٤ : ١٠٩، وفخر المحققين في إيضاحه ١ : ٤٣٢.

ويمكن أن يضعف الأول: بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانه، غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد. إلا أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنه البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة، ولم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعيه، من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدّه الخيار وإن تسلّم الآخر، وحينئذ فالشكّ في ثبوت الخيار يوجب الشكّ في سلطنه البائع على أخذ الثمن، فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصاله عدم سبب الخيار لو تمّ، كما سيجيء.

والثاني مع معارضته بأصاله عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتّى يكون حقاً له يوجب الخيار: بأن الشكّ في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبّب عن الشكّ في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصاله عدم تغيّر المبيع لم يجر أصاله عدم علمه بهذا الوصف.

الشرح:

الآخر من صاحبه. ولكن لا- يخفى أنه لو جرت أصاله لزوم البيع، فعدم ثبوت الخيار يكون حاكماً على الأصل المزبور؛ لأن الموضوع لجواز الإمساك الخيار المنفى بأصاله اللزوم.

وفي ردّ الوجه الثاني: مع أن أصاله عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلاً- معارض بأصاله عدم علمه بوصف آخر مفقود ليثبت له الخيار، أنّ الشكّ في علم المشتري بالوصف الموجود أو المفقود مسبب عن الشكّ في تغير العين عما كانت عليه، والأصل عدم تغيّرها.

وفي الوجه الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه، ولذا يمكنه إبقاء البيع وعدم فسخه، وثبوت حق آخر له موجب للخيار غير محرز، والأصل لزوم

ص: ١٦٠

والثالث: بأنَّ حقَّ المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمضاء العقد، وثبوت حقِّ له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، والمرجع أصاله لزوم العقد. ولأجل ما ذكرنا قوَى بعض تقديم قول البائع.

هذا، ويمكن بناء المسألة [١] على أنَّ بناء المتبايعين حين العقد على الشرح:

البيع؛ ولذا حكم بعض في المقام بتقديم قول البائع.

أقول: لا- يخفى أن دعوى البائع علم المشتري بالوصف الموجود وجريان البيع على العين بالوصف المزبور لا- يكون احتمال صدقها مسبباً عن الشك في التغير وعدمه ليكون استصحاب بقاء العين بحالها رافعاً للاحتمال المزبور، مع أنَّ استصحاب بقاء العين بحالها لا- مجرى له لاتفاقها على الوصف الموجود فعلاً- والشك في أنه كان هذا الوصف في السابق أيضاً أم لا، فترجع أصاله عدم التغير إلى الاستصحاب القهقري ولا دليل على اعتباره.

والحاصل: لا مجال في المقام لأصاله عدم التغير ولا تصل النوبة أيضاً إلى أصاله عدم علم المشتري بالوصف الموجود، مع قطع النظر عن المعارضه بأصاله عدم علمه بوصف آخر مفقود؛ لأن علم المشتري بالوصف الموجود أو بغيره بنفسه لا يكون حكماً ولا موضوعاً للخيار على ما يأتي.

[١] وحاصله: أن الموضوع للخيار بحسب جعل المتعاقدين هو أخذ الوصف في العين المبيعه وكأن الخيار حكم لهذا الأخذ، فيقع الكلام في أن أخذ الوصف فيها هل بمعنى اشتراطه في العقد، نظير سائر الشرائط في أنه التزام زائد على أصل البيع ويرتبط بالبيع بكون البيع ظرفاً له مثلاً، أو أن أخذ الوصف عباره عن كونه مأخوذاً في متعلق البيع، بمعنى جريان البيع على العين المقيده، فليس في البين إلا التزام واحد وهو التزام بالبيع، غايه الأمر أن جريانه على العين المقيده يشترك مع البيع المشروط

الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهايه والمسالك ولذا لا يحصل من فقدها إلا خيار لمن اشترطت له ولا يلزم بطلان العقد، أو أنها مأخوذة في نفس الشرح:

فيه التزام آخر في ضمنه في كون كل منهما موجبا للخيار على تقدير التخلف؟ ولو قيل بالوجه الأول فمقتضى الأصل العملي عدم تحقق التزام آخر غير الالتزام البيعي، فيكون قول البائع موافقا للأصل فيحلف على عدم التغير. وأما إذا قيل بكون الوصف مأخوذاً في المبيع، بمعنى جريان البيع على العين المقيده، فالأصل عدم وقوع العقد على ما ينطبق على العين بالوصف الموجود فيكون البيع جائزاً، أي يثبت الخيار للمشتري.

لا يقال: الأصل عدم جريان البيع على العين بالوصف المفقود، فإنه يقال: هذا الأصل لا يفيد ولا يثبت جريان العقد على العين بالوصف الموجود ليرتب لزوم البيع، إلا بنحو الأصل المثبت.

والحاصل: مادام لم يثبت جريان البيع على العين بما ينطبق على الوصف الموجود لا- يكون دفع العين بالوصف الموجود وفاءً للعقد ليجب على المشتري دفع ثمنه، والبيع المفروض في المقام نظير الماء المخلوق دفعه فيما إذا شك في كونه كراً فإن أصله عدم كون الماء المزبور كراً بمفاد كان الناقصه ليست له حاله سابقه، وأصله عدم الماء الكر بمفاد كان التامه وإن كان لها حاله سابقه إلا أنه لا تفيد في إثبات مفاد كان الناقصه، بمعنى أن الماء المفروض ليس بكر.

أقول: الظاهر وقوع الوهم في كلامه رحمه الله بين الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلى وبين الوصف الملحوظ في المبيع الذى يكون عيناً خارجيه، فإن الوصف في العين الخارجيه لا- يمكن أن يكون مقيداً للعين والمفروض أن الوصف في المقام ليس

المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز إلغاؤها[١] في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط؟

فعلى الأول: يرجع النزاع في التغيير وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع.

الشرح:

أمراً مقوماً، ومعنى ذلك جريان البيع على العين كان له الوصف السابق أم لا، وإذا فرض جريان البيع عليها كذلك فلا معنى للحاظ الوصف السابق إلا جعل الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف، وإذا جرى البيع على عين خارجيه بالرؤيه القديمه يكون اختلاف المتبايعين في التغيير وعدمه راجعاً إلى دعوى المشتري، وحيث جعل الخيار له على تقدير فقد الوصف وهو مفقود، وينكر البائع هذا الجعل والأصل مع البائع.

وهذا بخلاف الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلي، فإن أخذ وصف فيه عباره عن تقييد متعلق البيع وتضييق دائرته، ولو ادعى البائع تقييده بوصف والمشتري تقييده بوصف مضاد يكون المورد من موارد التداعي والتخالف، وإذا ادعى البائع جريانه على المطلق والمشتري جريانه على المقيد ففي مثل ذلك الأصل عدم جريانه على المطلق، فإن تسليم ما ينطبق عليه عنوان المقيد وفاءً للبيع باتفاقهما وما يدعيه البائع من كون تسليم الفاقد أيضاً وفاءً ينكره المشتري. وأصالة عدم جريان البيع على المطلق جاريه من غير أن تعارضها أصالة عدم جريانه على المقيد، حيث إن أصالة عدم جريانه على المقيد لا أثر لها؛ لأن دفع المقيد وفاءً للبيع باتفاقهما وإثبات جريانه على المطلق بها من الأصل المثبت كما لا يخفى.

[١] أقول: الوصف الذي لا يجوز إلغاؤه هو المأخوذ في المبيع بنحو الكلي، ووجه عدم الجواز وقوع البيع على المقيد وإنشاء البيع على المطلق يحتاج إلى بيع جديد بعد إقاله الأول، وأما فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه كما هو الفرض في المقام،

ص: ١٦٣

وبعبارة أخرى: النزاع في أنّ العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود، أم لا؟ لكنّ الإنصاف: أنّ هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنّه ليس شيئاً مستقلاًّ حتّى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متّصفاً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متّصفاً بذلك الوصف، فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه، والأصل عدمه.

ودعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيّده بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعه: بأنّ عدم وقوع العقد على العين المقيّده لا يثبت جواز العقد الواقع إلّا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّده بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّده، وهو غير جائزٍ كما حقّق في الأصول.

وعلى الثاني: يرجع النزاع إلى وقوع العقد والتراضى على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه، والأصل مع المشتري.

الشرح:

فإلغاء الوصف عبارته عن إسقاط الخيار المترتب على تخلفه، وهذا الإلغاء صحيح، نظير إسقاط خيار العيب المترتب على اشتراط عدم النقص في المبيع، بلا فرق بينهما أصلاً.

وما ذكر رحمه الله من أنّ الوصف قيد ملحوظ في المعقود عليه كالجاء، كأنه يريد كما أنّ الجزء يؤخذ في متعلق البيع كذلك وصف المبيع مأخوذ فيه، ولكن لا يخفى أنّ أخذ الوصف ولحاظه في المتعلق صحيح، ولكن لحاظه فيه يكون بالتزام آخر غير الالتزام البيعى. وهذا فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه ولم يكن الوصف مقوماً كما هو الفرض في المقام، بخلاف لحاظ الجزء فإنه أخذه في متعلق البيع يكون بنفس الالتزام البيعى؛ ولذا لو تخلف الجزء وانكشف عدمه يكون البيع بالإضافه إليه باطلاً من الأول، فتدبر جيداً.

ودعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفه المفقوده، مدفوعه: بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، وهو غير ثابت والأصل عدمه، وقد تقرّر في الأصول: أنّ نفى أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه. وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم، حيث إنّ المبيع ملك المشتري، والتمن ملك البائع اتفاقاً، وإنما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ، فينفي بما تقدّم من قاعده اللزوم.

توضيح الفساد: أنّ الشك في اللزوم وعدمه من حيث الشك في متعلق العقد، فإننا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم، وهو وارد على أصالة اللزوم.

والحاصل: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود وأخذه فيه. وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنّه غير جار، لعدم الحاله السابقه.

والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود. وهذا جار غير نافع، نظير الشك في كون الماء المخلوق دفعه كراً من أصله، فإنّ أصالة عدم كزّيته نفعه غير جاريه، وأصالة عدم وجود الكزّ جاريه غير نفعه في ترتّب آثار القله على الماء المذكور، فافهم واغتنم.

وبما ذكرنا يظهر حال [١] التمسك بالعمومات المقتضيه للزوم العقد الحاكمه الشرح:

[١] قد يتمسك في تقديم (١) قول البائع في فرض اختلافه مع المشتري في تغير المبيع بالعمومات الداله على عدم جواز استقلال الغير في تملك مال أحد، وتلك

ص: ١٦٥

على الأصول العمليه المتقدمه، مثل ما دلّ على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجاره عن تراض، وعموم: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، وعموم: «الناس مسلطون على أموالهم»، بناءً على أنها تدلّ على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأنّ المفروض صيرورته ملكاً له، إذ لا يخفى عليك أنّ هذه الشرح:

العمومات تعم الثمن في مفروض الكلام، حيث إنه ملك للبائع فلا يجوز للمشتري تملكه بزعم ثبوت الخيار كقوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِثْمٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، فإن فسخ المشتري لا يكون تجارةً عن تراض، ووضع يده على الثمن مع عدم ثبوت الخيار له أكلٌ له بالباطل. وكذلك قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢)، فإن مقتضاه عدم جواز تملك الثمن بلا رضا البائع، وقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣)، فإن مقتضاه ولايه التصرف في المال تثبت للمالك دون غيره، وكل هذه العمومات حاكمه على الأصول العمليه المتقدمه القاضيه بعدم لزوم البيع على المشتري، كما في سائر الأدله الاجتهاديه في مقابل الأصل العملي.

وحاصل ما ذكره رحمه الله في الجواب عن العمومات هو أن العمومات المزبوره مخيضة في المال الذي لم يدفع عوضه في المعامله إلى المشتري، وإذا شك في وصول العوض المزبور فالأصل عدمه، وبهذا يدخل الثمن المفروض في المستثنى المحكوم بجواز أكله وحله وسلطنه غير المالك عليه. وما تقدم من أن الأصل عدم

ص: ١٦٦

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣٠ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٣- (٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

العمومات مخصّصة قد خرج عنها بحكم أدلّة الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم دفع العوض. وهذا هو الذي تقدّم: من أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه، فإن عدم وصول حقّه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت: لا- دليل على كون الخارج من العمومات المذكوره معنوّناً بالعنوان المذكور، بل نقول: قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكوره.

قلت: السبب في الخيار وسلطنه المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجيه منطبقه على ما وقع العقد عليه. وبعبارة أخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، الشرح:

وصول حق المشتري إليه يراد به ما ذكر، ويرجع إلى أصاله عدم التزام المشتري بتملك ما يدعى تغيره ليجب عليه الوفاء بما التزم.

لا- يقال: لم يعلم أن الخارج من تلك العمومات معنون بالعنوان المزبور ليكون مقتضى الأصل إخراج الفرد المشكوك عن عموم المستثنى منه ودخوله في المستثنى، بل نقول: الخارج منها المال الذي وقعت المعامله بينه وبين ما لا ينطبق على المدفوع، والأصل عدم وقوع المعامله على ما لا ينطبق، وبذلك يثبت بقاء الثمن المفروض في المستثنى منه.

فإنه يقال: أصاله عدم وقوع المعامله على ما لا ينطبق على الموجود خارجاً لا يثبت وقوعها على ما ينطبق وكون أداء العين أداءً لما وقع عليه العقد ووفاءً له، وهذا الانطباق والدفع موضوع لزوم العقد وعدمهما موضوع الخيار.

لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجيه. كما أنّ السبب في لزوم العقد تحقّق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري. والأصل موافق للأوّل، ومخالف للثاني. مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنّها سمينه فبانت مهزوله، فالموجب للخيار هو: أنّه لم ينتقل إليه في الخارج ما عُقد عليه وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإنّ ذلك لا يقتضى الجواز، وإنّما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجيه على متعلق العقد، ومن المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: صحّه ما تقدّم: من أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه، وكذا صحّه ما في التذكرة: من أصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتّى يجب الوفاء بما ألزم.

نعم، ما في المبسوط والسرائر والدروس: من أصاله بقاء يد المشتري [١] على الثمن، كأنّه لا يناسب أصاله اللزوم بل يناسب أصاله الجواز عند الشكّ في لزوم العقد كما يظهر من المختلف في باب السبق والرمايه. وسيأتى تحقيق الحال في باب الخيار.

الشرح:

[١] ولعل مراده (١) أصاله بقاء يد المشتري على الثمن الراجع إلى استصحاب بقاء أولويته عليه، فإنه قبل البيع كان أولى به والآن كذلك، ويتمسك بها عند الشكّ في لزوم العقد وجوازه ولو بالشبهه الحكميه، كما إذا شكّ في كون المعاطاه لازمه أو جائزه وكأن مقتضى الأصل عند هؤلاء عدم لزوم العقد في كل مورد، بخلاف الوجهين السابقين فإنهما يجتمعان مع الالتزام بأصاله لزوم العقد المستفاد من العمومات

ص: ١٦٨

١- (١) أي مراده قدس سره من الذي جاء في المبسوط ٢: ٧٧، والسرائر ٢: ٢٤٣، والدروس ٣: ١٩٩.

وأما دعوى ورود أصله عدم تغيّر [١] المبيع على الأصول المذكوره، لأنّ الشكّ فيها مسبّب عن الشكّ في تغيّر المبيع، فهي مدفوعه مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسّمّن قبل المشاهده فاختلف في زمان المشاهده، كما إذا علم بكونها سمينه وأنها صارت مهزوله، ولا يعلم أنها في زمان المشاهده كانت باقيه على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهده، فالأصل تأخر التغيّر، لا عدمه الموجب للزوم العقد: بأنّ مرجع أصله عدم تغيّر المبيع الشرح:

المتقدمه. ويخرج مورد الاختلاف في تغيّر المبيع عن تلك العمومات بالوجهين المزبورين، باعتبار إدخالهما المفروض في المقام في عنوان المخصّص كما تقدم.

وبتعبير آخر: يختص الوجهان بمثل المزبوره في المقام، بخلاف أصله بقاء يد المشتري على الثمن فإنها تجرى في عقد شكّ في جوازه ولزومه ولو بالشبهه الحكميه، ولكن لا تصل النوبه إليها مع العمومات المتقدمه.

أقول: لا- يجرى الأصل المزبور في نفسه، فإنّ الأولويه المزبوره إن كانت بمعنى الملك فقد ارتفعت بالبيع قطعاً، وإن كانت بمعنى آخر فليست لها حاله سابقه كما لا يخفى.

[١] قد أجاب رحمه الله عما قيل من حكومه أصله عدم التغير على الأصول المقتضيه لجواز البيع في مفروض الكلام بوجهين.

الأول: أن أصله عدم التغيّر لا- تجرى فيما إذا اتفقا على كون الحيوان سميناً قبل المشاهده واختلفا في التغير حين المشاهده فادعى البائع حصوله حين المشاهده فلا خيار للمشتري، وقال المشتري حصوله بعدها فله الخيار، فإنه لا يجرى في الفرض أصله عدم التغير، بل الجارى أصله تأخر التغيّر عن زمان المشاهده المقتضيه لتقديم قول المشتري.

إلى عدم كونها حين المشاهده سمينه، ومن المعلوم: أنّ هذا بنفسه لا- يوجب لزوم العقد، نظير أصله عدم وقوع العقد على السمين. نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهده وتعلّق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكنّ الاصول العدميّة فى مجاريها لا- تثبت وجود أضرارها. هذا كلّ مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار. ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبه لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارته اللعنه تقديم قول المشتري هنا. ولم يعلم وجهه.

الشرح:

الثانى: أن أصله عدم التغيير الراجع إلى عدم كون المبيع حين المشاهده سميناً لا- يثبت جريان البيع على الحيوان المهزول إلاّ بنحو الأصل المثبت. وبتعبير آخر: أصله عدم كون الحيوان حين المشاهده سميناً كأصله عدم جريان البيع على الحيوان السمين، لا يفيد فى إثبات موضوع لزوم العقد، وهو جريان البيع على الحيوان المهزول.

أقول: لا يخفى أن مقتضى العمومات المتقدمه بضميمه أصله عدم اشتراط السمن فى الحيوان المبيع يثبت بقاء الثمن فى مدلول تلك العمومات، حيث إن الخارج عنها موارد ثبوت الخيار بالأصله أو الاشتراط، ولا يكون فى مفروض الكلام خيار بالأصله ومقتضى الأصل عدم اشتراطه.

وأما الأصول العمليه المتقدمه فلا- مجال لشيء منها فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه لجريان البيع على تلك العين على كل تقدير، وكونها عوضاً عن الثمن كذلك واشتراط وصف مفقود مدفوع بالأصل كما مرّ، وبهذا يظهر الحال فيما إذا اختلفا فى العين الخارجيه فادّعى البائع تغييرها بالزيادة فله الخيار وقال المشتري: لا زياده فيها، فإن مقتضى أصله عدم الاشتراط عدم الخيار للبائع كما لا يخفى.

ص: ١٧٠

[الفرع] الثاني: لو اتّفقا على التغيّر بعد المشاهدة^[١] و وقوع العقد على الوصف المشاهد، واختلفا في تقدّم التغيّر على البيع ليثبت الخيار، وتأخّره عنه على وجه لا- يوجب الخيار، تعارض كلٌّ من أصاله عدم تقدّم البيع والتغيّر على صاحبه. وحيث إن مرجع الأصلين إلى أصاله عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً، وأصاله بقاء السمن، وعدم وجود الهزال حال البيع والظاهر أنّه لا يترتّب على شيء منهما الحكم بالجواز أو اللزوم، لأنّ اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله إلى المشتري، وأصاله بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما أنّ أصاله عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه كما في المسألة السابقة، إلاّ أنّ الفرق بينهما هو: أنّ الشكّ في وصول الحقّ هناك ناشٍ عن الشكّ في نفس الحقّ، وهنا ناشٍ عن الشكّ في وصول الحقّ المعلوم. وبعبارة أخرى: الشكّ هنا في وصول الحقّ، وهناك في حقيقته الواصل، ومقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

الشرح:

[١] تعلق البيع في الفرض بالعين الخارجي بوصف خاصّ متّفقٍ عليه بين المتبايعين واختلافهما في التغيّر إلى زمان البيع ليكون التغيّر المزبور موجّباً للخيار للمشتري، أو حصوله بعد البيع بوجه لا يكون له خيار.

وذكر رحمه الله الموضوع للزوم العقد وصول العين بذلك الوصف إلى المشتري، بأن ينتقل إليه ذلك الوصف عند البيع، ومع الشكّ في هذا الوصول والانتقال يكون مقتضى الأصل عدمه، فينتفي موضوع لزوم العقد واستصحاب بقاء السمين إلى حال البيع لا يثبت وصول السمين إلى المشتري؛ لأنّ الوصول ليس أثراً شرعياً لبقاء السمين، كما أن استصحاب عدم جريان البيع إلى زمان فقد ذلك الوصف لا ينفى الوصول المزبور؛ لعدم كونه أثراً شرعياً أيضاً.

ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتّفقا على مشاهدته مهزولاً و وقوع العقد على المشاهد وحصل السمن، واختلفا في تقدّمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم وتدبّر، فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال واشتباه.

ولو وجد المبيع تالفاً [١] بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه، واختلفا في الشرح:

أقول: قد تقدم أن تعلق البيع بالعين الموجوده فعلاً متفق عليه كما أن اشتراط الوصف الموجود زمان المشاهده أيضاً متفق عليه بينهما، ومعنى اشتراطه أنه لولم يكن في البين ذلك الوصف زمان البيع لكان للمشتري خيار الفسخ، واستصحاب بقاء الوصف إلى زمان البيع ينفي تحقق ما علق عليه الخيار فلا- خيار للمشتري، وهذا ليس من الأصل المثبت في شيء؛ لما تقدم من أن موضوع الخيار في الخيارات الجعليه للمتعاقدين يؤخذ على وفق جعل المتعاقدين.

وأما استصحاب عدم وصول حق المشتري إلى المشتري، فإن أريد به عدم انتقال العين الموجوده فعلاً- فهو متفق عليه بين المتعاقدين وأن العين على كل تقدير تعلق بها البيع، وإلا لكان فقد الوصف وانكشاف التغير موجباً لبطان البيع كما في تخلف الأوصاف المقومه.

وإن أريد عدم الوصف المشروط زمان العقد فالمفروض أن استصحاب بقاء الوصف جار بلا معارض، وبهذا يظهر الحال فيما إذا ادعى البائع حصول التغير إلى زمان البيع بالزيادة فله خيار الفسخ، وقال المشتري بحصول الزيادة بعد البيع فلا خيار للبائع، وأنه يقدم مدعى اللزوم. فإن استصحاب بقاء الوصف المشاهد إلى زمان البيع ينفي تحقق ما عليه خيار البائع على ما تقدم، ولا يعارضه أصاله عدم وقوع البيع إلى زمان حصول الزيادة فإنها لا تثبت وقوعه في زمان حصولها كما لا يخفى.

[١] ولعل فرض كفايه التخليه في القبض لتصوير فرض الاختلاف في تقدم البيع

تقدّم التلف على البيع وتأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع. وقد يتوهم جريان أصالة صحه البيع هنا، للشك في بعض شروطه، وهو وجود المبيع.

وفيه: أنّ صحه العقد عباره عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنّه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلاً. في تملك العين، لأنّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، ولا على قصد تملكه بدلاً أو قيمته غير معقول. ومجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل الشرح:

على التلف وتأخره عنه بحيث يكون تأخره عن البيع موجباً لذهابه على المشتري، ولكن لو قلنا بعدم كفايتها فيمكن أيضاً فرض الاختلاف، كما إذا كان المبيع قبل البيع أمانة بيد المشتري فباعه البائع منه، ثم ظهر تلفه واختلفاً في تقدّمه على البيع وتأخره عنه. وعلى كل تقدير، فالأظهر تقديم قول المشتري وعلى البائع إثبات وقوع البيع قبل التلف، أخذاً بأصالة بقاء الثمن على ملك المشتري.

ودعوى أنه لا مجال للاستصحاب المزبور؛ لأن أصالة الصحه الجارية في البيع حاكمه عليه، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن أصالة الصحه الجارية في المعاملات تجري فيما إذا أحرز تحقق المعامله وشك في تحقق ما يعتبر في إمضائها وأما إذا لم يحرز تحققها بأن شك في حصول المقوم لها أو في ولايه المنشأ لها فلا مورد لها ولا دليل على اعتبارها في إحرازهما. ومن الظاهر أن تملك المعدوم لا- بلحاظ وجوده ولا- بلحاظ تملكه بدله من المثل أو قيمه، أمر غير معتبر عند العقلاء؛ لأن البيع عندهم تملك الموجود بعوض.

وبتعبير آخر: إنّما تجرى أصالة الصحه بعد الفراغ عن أصل وجود المعامله، ونظير دعوى أصالة الصحه في المقام ما تقدم عن بعض فيما إذا باع الراهن الرهن بإذن

بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم، لأن التمليك الحقيقي غير متحقق، والصورى وإن تحقق لكنه ليس بفساد، إذ اللغو فاسد عرفاً أى قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجمله، الفاسد شرعاً الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقي المقصود الذى لم يمضه الشارع. فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض فى مسأله الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع وتأخره عنه، حيث تمسك بأصالة صحه الرجوع عن الإذن، لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً، لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه.

نعم، لو تحققت قابليته التأثير عقلاً- وتحقق الإنشاء الحقيقي عرفاً ولو فيما إذا باع بلا- ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر والخنزير وكالتالف شرعاً كالغريق والمسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه، أو قصد تملكه بدله مثلاً أو قيمه، كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو، أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحه والفساد، فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

مسأله: لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحه فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، كما فى كل وصف يكون كذلك، إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم، الشرح:

المرتهن ورجع المرتهن عن إذنه وشك فى تقدم البيع على الرجوع ليكون الرجوع لغواً؛ لعدم المورد له، أو تقدم الرجوع على البيع ليكون له مورد من إجراء أصاله الصحه فى الرجوع، ولكن كما تقدم أنه لا مجال لأصاله الصحه فى الرجوع مع عدم إحراز المورد له، لا سيما لو قيل بأصاله الصحه فى البيوع المقتضيه لانتهاه الرهن كما لا يخفى.

بين هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد. ويغنى الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط، كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها، فإن ذلك ممّا لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة، فيبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف. وكذا الكلام فى الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقه والشامه. نعم، لو لم يُرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده، جاز شراؤها بوصف الصحه، كما فى الدبس والدهن مثلاً، فإن المقصود من طعمهما ملاحظه عدم فسادهما. بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظه صحتها وفسادها.

وإطلاق كلمات الأصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف محمول على ما إذا أريد الأوصاف التى لها مدخل فى الصحه، لا الزائده على الصحه التى يختلف بها قيمه، بقرينه تعرّضهم بعد هذا لبيان جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف، بناء على أصاله الصحه.

وكيف كان، فقد قوى فى السرائر عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفقاً للمشهور المدعى عليه الاجماع فى الغنيه. قال: يمكن أن يقال: إن بيع العين المشاهده المرثيه لا يجوز أن يكون بالوصف، لأنه غير غائب فيباع مع خيار الرؤيه بالوصف، فإذا لا بد من شمّه وذوقه، لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف، وهذا قوى، انتهى.

ويضعفه: أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً. بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف، بناءً على أصاله الصحه، وفقاً للفاضلين ومن تأخر عنهما، لأنه إذا كان

المفروض ملاحظه الوصف من جهه دوران الصحه معه، فذكره في الحقيقه يرجع إلى ذكر وصف الصحه، ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءه من العيوب. وأمّا روايه محمد بن العيص: «عن الرجل يشتري ما يذاق، أيدوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوق ما لا يشتري». فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه. ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسأله إلى المفيد والقاضى وسالار وأبى الصلاح وابن حمزه. قال في المقنعه: كل شىء من المطعومات والمشموحات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبره بالشّم وصنوف الطيب والحلوات المذوقه فإنّه لا يصحّ بيعه بغير اختباره، فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلاً، والمتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس، انتهى. وعن القاضى: أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً فى ردّه له على البائع. والمحكى عن سالار وأبى الصلاح وابن حمزه: إطلاق القول بعدم صحه البيع من غير اختبار فى ما لا يفسده الاختبار من غير تعرّض لخيار للمتبايعين كالمفيد، أو للمشتري كالقاضى. ثم المحكى عن المفيد وسالار: أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحه. وعن النهايه والكافى: أن بيعه جائز على شرط الصّحه أو البراءه من العيوب. وعن القاضى: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصّحه أو البراءه من العيوب. قال فى محكى المختلف بعد ذكر عبارته القاضى: إنّ هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين: إما الصّحه أو البراءه من العيوب، وليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلا عنهما أو شرط العيب. والظاهر أنه إنّما صار إلى الإيهام من عبارته الشيخين، حيث قال: إنه جاز على شرط الصّحه أو بشرط الصّحه. ومقصودهما: أن البيع بشرط الصّحه أو على شرط الصّحه جائز، لا أن جوازه مشروط بالصّحه أو البراءه، انتهى.

أقول: ولعلّه لنكتته بيان أنّ مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: «جاز بشرط الصحة»، لكن الإنصاف أنّ الظاهر من عبارتي المقنعه والنهائية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبّر في عبارته المقنعه من أولها إلى آخرها، وعبارته النهائية هنا هي عبارته المقنعه بعينها، فلاحظ. وظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلّي. فلا يكفي ذكر الأوصاف، فضلاً عن الاستغناء عنها بأصالة السلامه. ويدلّ عليه: أنّ هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدّمه اشتراط الوصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار، وإن فهم في المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه. فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط خصوصيه طعمها وريحها بالوصف. والظاهر أنّ ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامه من العيب، إلّا أنّ تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كالشاهد على أنّ المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامه، كما أنّ مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كذلك غالباً. ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

وكيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم ممّا ولا من الأصحاب. وإن كان مذهبهم موافقاً للحلّي بناءً على إرادته الأوصاف التي بها قوام السلامه من العيب، فقد عرفت أنه ضعيف في الغايه.

وإن كان مذهبهم عدم كفايه البناء على أصالة السلامه عن الاختبار والوصف وإن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت: أنّ الظاهر من حالهم وحال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الرجوعه إلى السلامه من العيوب في بيع الأعيان الشخصيه.

ويمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامه في الأعيان، لعدم الدليل

عليها، لا- من بناء العقلاء إلا- فيما إذا كان الشك في طرؤ المفسد، مع أنّ الكلام في كفايه أصاله السلامه عن ذكر الأوصاف أعمّ، ولا من الشرع، لعدم الدليل عليه : إنّ السلامه من العيب الخاص متى ما كانت مقصوده على جهه الركنيه للمال كالحلاوه في الدبس، والرئحه في الجلاب، والحموضه في الخلّ، وغير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المائيه فلا بد في دفع الغرر من إحراز السلامه من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، وحيث فرض عدم اعتبار أصاله السلامه، فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأماره عرفيه مغنيه عن الاختبار والوصف. ومتى ما كانت مقصوده لا- على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم، لمّا كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهه الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئه، وانصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعه مدّه يعتدّ بها، لا من جهه الاعتماد في إحراز الصحه والبناء عليها على أصاله السلامه.

وبعبارة أخرى: الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجاربه ممّن لا تحيض في سنّ الحيض، ومثل هذا لا يعتبر إحراز السلامه عنه. وقد يستلزمه، ككون الجاربه خنثى وكون الدابّه لا تستطيع المشى أو الركوب والحمل عليها، وهذه ممّا يعتبر إحراز السلامه عنها، وحيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف. هذا، ويؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أنّ بعضهم كالمحقّق في النافع والعلامه في القواعد عنوان المسأله بما كان المراد طعمه أو ريحه. هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري وشكّ فيه، فلا بد في رفع الغرر من إحراز السلامه عنه إمّا بالاختبار، وإمّا بالوصف، وإمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إمّا لأجل الانصراف وإمّا لأصاله السلامه، من غير تفرقه بين العيوب أصلاً. فلا بدّ إمّا من كفايه الإطلاق في الكل، للأصل

والانصراف، وإما من عدم كفايته فى الكل، نظراً إلى أنه لا يندفع به الغرر إلا إذا حصل منه الوثوق، حتى أنه لو شك فى أن هذا العبد صحيح أو أنه أجزم لم يجر البناء على أصاله السلامه إذا لم يفد الوثوق، بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير أجزم. وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه، إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع: من عدم وجوب اختبار غير ما يرد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب وعدمها.

مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعاً على الظاهر، والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحه فى العقد وكفايه الاعتماد على أصاله السلامه كما فيما لا يفسده الاختبار. خلافاً لظاهر جماعه تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحه أو البراءه من العيوب أو خصوص أحدهما. وقد عرفت تأويل العلامه فى المختلف لعبارتى المقنعه والنهائيه الظاهرتين فى ذلك وإرجاعهما إلى ما أراده من قوله فى القواعد: «جاز بيعه بشرط الصحه»: من أنه مع الصحه يمضى البيع، ولا معها يتخير المشتري. وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر، حتى أن قوله فى القواعد ظاهر فى اعتبار شرط الصحه، ولذا قال فى جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحه يجوز بيعه مطلقاً.

وكيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفاصله قيمه كبيض النعامه والجوز تخير بين الردّ والأرش. ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذى لا يصلح إلا للإحراق فيحتمل قوياً بطلان البيع. وإن لم يكن لفاصله قيمه تبين بطلان البيع، لوقوعه على ما ليس بمتمول. وإن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأول يتعين الأرش خاصه، لمكان التصرف. ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الرد، والمراد بالأرش:

تفاوت ما بين صحيحه وفاسده الغير المكسور، لأنّ الكسر نقص حصل في يد المشتري. ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمه، لأنّ العبره في التمولّ بالفاسد الغير المكسور، ولا عبره بخروجه بالكسر عن التمولّ. ويبطل البيع في الثاني أعنى ما لم يكن لفاسده قيمه وفاقاً للمبسوط والسرائر، وظاهر من تأخر عنهما. وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ والحلّي والعلامة في التذكرة، مستدلّين بوقوعه على ما لا قيمه له، كالحشرات. وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس، فإنّ ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله، وجعل الثاني احتمالاً ونسبه إلى ظاهر الجماعة. ولم يعلم وجه ما اختاره، ولذا نسب في الروضه خلافه إلى الوضوح. وهو كذلك، فإنّ الفاسد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعيه كان العقد عليه فاسداً، لأنّ اشتراط تمولّ العوضين واقعي لا علمي. وإن كان من الأموال الواقعيه، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في قيمه لم يكن هنا أرش ولا ردّ، بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه. وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح والفاسد من الثمن لا جميع الثمن. اللهم إلا أن يقال: إنّ مال واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن الماليه لأمر سابق على العقد وهو فساده واقعاً كان في ضمان البائع، فينفسخ البيع حينئذ. بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له وإن خرج عن الماليه بالكسر، وحيث إنّ خروجه عن الماليه لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، وتدارك هذا العيب أعنى فوات الماليه لا يكون إلاّ بدفع تمام الثمن. لكن سيجيء ما فيه من مخالفه القواعد والفتاوى.

وفيه: وضوح كون ماليتة عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر، وأمّا إذا انكشف الفساد حكم بعدم الماليه الواقعيه من أول الأمر، مع أنّه لو كان مالاً واقعاً فالعيب

حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المايه، لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً، ولو سلم فهو كالأرمد يعمى بعد
الاشتراء والمريض يموت، مع أن فوات المايه يعد تلفاً، لا عيباً.

ثم إن فائده الخلاف تظهر في ترتب آثار مالكيه المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. وعن الدروس واللمعه: أنها تظهر في
مؤونه نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري، لوقوعه في ملكه.
وفي جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها، لانتفاء المقتضى. وتبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله
بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بها، وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم، إنما يتجه مع الغرور، وهو
منفئ هنا، لاشترائكهما في الجهل، انتهى. واعترض عليه: بأن الغرور لا يختص بصوره علم الغار. وهنا قول ثالث نفى عنه البعد
بعض الأساطين، وهو: كونه على البائع على التقديرين. وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

هذا كله في مؤونه النقل من موضع الاشرء إلى موضع الكسر. وأما مؤونه نقله من موضع الكسر لو وجب تفريغه منه لمطالبه
مالكه أو لكونه مسجداً أو مشهداً فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبه الحنطه، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين،
لأنه بعد الفسخ ملكه، وأما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يبعد مؤاخذه المشتري به. وفي رجوعه على البائع ما تقدم في مؤونه نقله
إلى موضع الكسر. ثم إن المحكى في الدروس عن الشيخ وأتباعه: أنه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره صح، قال:
ويشكل: أنه أكل مال بالباطل. وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان. وقد تصدى بعض لتوجيه صحه اشتراط البراءه بما حاصله: منع
بطلان البيع وإن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن

الأرش غرامه أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثلن، ولذا يسقط بالإسقاط، ولا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن، ويسقط بالتبري. وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع، إذ المثلن متحقق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب. ولعله لذا لم يعبروا بالبطالن وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالثلثن وفهم منه جماعه بطلان البيع. لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المايه وإن لم يكن له قيمه، وهو أعم من بطلان البيع، انتهى محصّيه. ولا يخفى فيه مواقع النظر، فإن المتعرضين للمسأله بين مصرح بطلان البيع كالشيخ في المبسوط، والحلي في السرائر، والعلامة في التذكرة، معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمه له وبين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. ويكفي في ذلك ما تقدم من الدروس: من أن ظاهر الجماعه البطلان من أول الأمر، واختياره قدس سره الانفساخ من حيث تبين الفساد. فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش، بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمه له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال: وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العله، بل لأن الردّ ثبت على سبيل استدراك الظلامه، وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. ويظهر فائده الخلاف في أن القشور الباقيه بمن تختص حتى يجب عليه تطهير الموضوع عنها، انتهى. هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان، بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بماليه المبيع هنا شرعاً وعرفاً حكم ظاهري، وتمولّ العوضين واقعاً شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكّه في بطلان

بيع من بانّ حرّاً أو ما بانّ خمرّاً، وغير ذلك، إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما. ثم إنّ الجمع بين عدم خروجه عن المالىه، وبين عدم قيمه لمكسوره ممّا لم يفهم، فلعلّه أراد الملكيه. مضافاً إلى أنّ الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأنّ الأرش كما صرّحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح والمعيب.

نعم، ذكر العلامه فى التذكرة والتحرير والقواعد: أنّ المشتري للعبء الجانى عمداً، يتخيّر مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن، أو طلب الأرش، فإن استوعب الجنايه قيمه كان الأرش جميع الثمن أيضاً. وقد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عباره القواعد فى هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد، فراجع.

وكيف كان، فلا أجد وجهاً لما ذكره. وأضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر: من منع حكم الشيخ وأتباعه بصحّه البيع، واشترط البائع على المشتري البراءه من العيوب، وزعم: أنّ معنى اشتراط البراءه فى كلامهم: اشتراط المشتري على البائع البراءه من العيوب، فيكون مرادفاً لاشتراط الصحه. وأنت خير بفساد ذلك بعد ملاحظه عباره الشيخ والأتباع، فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح فى أنّ المراد براءه البائع من العيوب، لا المشتري. نعم، لم أجد فى كلام الشيخين والمحكّين عن غيرهما تعرّض لذكر هذا الشرط فى خصوص ما لا قيمه لمكسوره.

ثمّ إنّه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءه من العيوب الغير المخرجه عن المالىه أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحته وفساده لا يجوز إلا بناءً على أصاله الصحه، فإذا اشترط البراءه كان بمنزله البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها. وقد صرّح العلامه وجماعه بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤيه فى العين الغائبه. وسيجىء توضيحه فى باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

مسأله: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره. والفأر بالهمزه قيل: جمع فأره، كتمر وتمره. وعن النهايه: أنّه قد لا يهمز تخفيفاً. ومستند

الحكم: العمومات الغير المزاحمه بما يصلح للتخصيص، عدا توهم النجاسه المندفع فى باب النجاسات بالنص والإجماع، أو توهم جهالته، بناءً على ما تقدم من احتمال عدم العبره بأصالة الصحه فى دفع الغرر. ويندفع بما تقدم: من بناء العرف على الأصل فى نفى الفساد، وبناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار فى الأوصاف التى تدور معها الصحه.

لكنك خير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. وأما الغرر من جهه تفاوت أفراد الصحيح الذى لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له. نعم، قد روى فى التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه. لكن لم يعلم إرادته ما فى الفأره.

وكيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذى له دخل فى قيمه، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبره، ثم إخراجها وشمه. ثم لو شمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخلى عليه من جهه الفتق لو فرض حصوله فيه ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط والإبره مراراً؟ وجه مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشتم المشتري الخيط. ثم إن الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف، وهو كذلك. وصرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهاله، وهو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

مسأله: لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول [١] بين ضم معلوم إليه وعدمه، الشرح:

[١] وحاصله: أنه إذا كان بيع شىء لكونه مجهولاً محكوماً بالبطلان، فلا يخرج ذلك البيع إلى الصحه بضم معلوم إليه وبيعهما معاً؛ لأن ضم معلوم إليه لا يخرج بيعه

لأنَّ ضمَّ المعلوم إليه لا- يخرجُه عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً إذ لا يُعنى بالمجهول ما كان كل جزءٍ جزءٍ منه مجهولاً. ويتفرَّع على ذلك: أنه لا- يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكاً، لجهالته وإن ضمَّ إليه القصب أو غيره. ولا اللبن في الضرع ولو ضمَّ إليه ما يحلب منه، أو غيره، على المشهور كما في الروضة وعن الحدائق.

الشرح:

عن كونه غريباً، بل يكون البيع بالإضافة إلى المجموع محكوماً بالبطلان، باعتبار كون البيع بالإضافة إلى المجموع غريباً أو مجهولاً؛ لأن ما يكون بيعه محكوماً بالبطلان باعتبار جهالته لا يراد به جهاله كل جزء منه. ألا ترى أنه إذا بيع قطع غنم لا يعلم عدده ولا وصفه بمقدار من الثمن ولم يعلم ولم يشاهد المتعاقدان من القطيع إلا واحداً أو اثنين يكون البيع بالإضافة إلى القطيع غريباً ولا- ينفع مشاهدته الواحد أو الاثنين؟ وكذلك إذا اشترى مزرعه شاهد بعضها ولم يعلم أو يوصف الباقي يكون البيع المزبور محكوماً بالبطلان، وعلى ذلك فلا يفيد في بيع الصبره المجهوله مقدارها ضم مقدار معلوم إليها، أو في بيع السمك في الأجمه المجهول عدداً أو وصفاً مع ضم القصب ليكفي في بيعه المشاهده.

وربما يقال (١): إن بيع المجهول إنما يحكم ببطلانه فيما كان المجهول مقصوداً بالبيع استقلالاً أو كان المقصود بالبيع منضمّاً إلى المعلوم بحيث يكون متعلق البيع والمقصود تملكه هو المركب من المجهول والضميمه، وأما إذا كان المجهول يعدّ تابعاً للمبيع كأساس الجدار فلا تكون جهالته موجباً لبطلان البيع.

ص: ١٨٥

١- (١) القائلون هم العلامه في المختلف ٥: ٢٤٨ و ٢٥٤ [وحكاه عنه صاحب مفتاح الكرامه ٤: ٢٨٢]، وصاحب المقتصر: ١٦٧ ، واستحسنه الشهيد الثاني في الروضة البهيه ٣: ٢٨٢ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ١١٠ .

الشرح:

وهذا على ما ذكر المصنف رحمه الله ليس تفصيلاً؛ لأن المانعين عن بيع المجهول ولو بالضميمه يريدون بيعه استقلالاً أو منضمّاً، وأما إذا كان بحيث يعد تابعاً فلا يضر، حيث لا يخلو بيع الشيء كالدار والثوب ونحوهما عن مثل هذه الجهاله.

هذا كله خلافاً للشيخ (١) وابن حمزه (٢) والإسكافي (٣) والقاضي (٤)، بل المنسوب إلى المشهور كما في «مفتاح الكرامه» (٥) صحه بيع المجهول مع الضميمه، واستدلوا على ذلك بعده من الروايات.

منها: مرسله البزنطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيئاً من السمك فيباع وما في الأجمه» (٦). وذكر المصنف رحمه الله أن وجود (سهل) في سندها كإرسالها سهل لا يضر باعتبارها، ولعل نظره رحمه الله إلى ما يقال في توثيق سهل من كثره رواياته التي تصدّى لنقلها أرباب الحديث كالكليني والصدوق والشيخ قدس سرهم، وقد يبلغ ما روي عنه ما بين الألفين والألفين وخمسئته حديث، وقد ورد عن المعصومين عليهم السلام؛ «اعرفوا منازل الرجال منا على قدر رواياتهم عنا» (٧). ومن كونه شيخ الإجازة ومن أن الشيخ قدس سره وثقه في رجاله.

ص: ١٨٦

١- (١) النهاية ٤٠٠ : ٤٠١.

٢- (٢) الوسيله ٢٤٦ .

٣- (٣) حكاة العلامه في المختلف ٥ : ٢٤٨ .

٤- (٤) حكاة العلامه في المختلف ٥ : ٢٤٧ .

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٤ : ٢٨٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٤ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٤٩ ، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٧ و ٤١ .

الشرح:

ولكن لا يخفى ما فى الوجوه، فإن كثرة الروايه بمجردھا لا تقتضى وثاقه الراوى حتى مع تصدى أرباب الحديث لنقلھا؛ لأن غايه ما يمكن أن يقال فى حق أرباب الحديث أن شأنهم نقل الروايات التى يصلح الاعتماد عليها ولو بعد اعتضاها بروايه أو روايات أخرى.

وما ورد فى أن كثرة الروايه طريق لمعرفة منزله الراوى ضعيف سنداً، وظاهره أن كثرة الروايه بوجه معتبر تكون طريقاً إلى جلاله الرجل ومحافظة على دينه لا مجرد كثرة الروايه ولولم تكن بذلك الوجه، وكذلك لا دلالة لكون الشخص من مشايخ الإجازة على وثاقته، حيث يكون تحمل الروايه بقراءه الشيخ أو القراءه على الشيخ أو وجدانه فى نسخه منسوب إلى شخص والإجازة تحتاج إليها فى القسم الثالث، فإنه يمكن معها أن ينسب الراوى إليه كما لا يخفى.

وأما توثيق الشيخ قدس سره فى رجاله (١) فهو سهو من قلمه الشريف أو من السّاخ، حيث لم يذكر التوثيق فى موضع آخر من رجاله، بل ذكر فى فهرسته (٢) أنه عند نقاد الحديث ضعيف، وكيف ما كان فقد ضعف الرجل النجاشى (٣) وغيره (٤) واستثناء ابن الوليد من روايات محمد بن أحمد بن يحيى (٥)، ولولم يكن تضعيفه ثابتاً فلا أقل من عدم ثبوت توثيقه، خصوصاً بملاحظه ما فعل فى حقه أحمد بن محمد بن عيسى

ص: ١٨٧

١- (١) رجال الطوسى : ٣٨٧ / ٥٦٩٩ .

٢- (٢) الفهرست : ١٤٢ / ٣٣٩ .

٣- (٣) رجال النجاشى : ١٨٥ / ٤٩ .

٤- (٤) رجال ابن داود : ٢٤٩ / ٢٢٩ .

٥- (٥) رجال النجاشى : ٣٤٨ / ٤٣٩ ، وراجع معجم رجال الحديث ٩ : ٣٥٥ ٣٥٦ .

الشرح:

الأشعري من إخراجهم من (قم) إلى (رى) والنهي عن الاستماع إلى حديثه (١). فإن هذا الفعل وإن لا يكون حجة على ضعفه في الحديث كما فعل ذلك في حق أحمد بن أبي عبدالله البرقي، إلا أنه لا يخلو عن تأييد ضعفه.

والوجه في عدم كون الإرسال مضرراً لما ذكر الشيخ قدس سره في «العدة» (٢) في حق جماعه، منهم ابن أبي عمير والبنظي، من أنهم لا يروون ولا يرسلون إلا عن ثقه، ولكن قد تقدم في التكلم في مراسيل ابن أبي عمير أنه لا يمكن الاعتماد على المراسيل أولاً؛ لأن كلام الشيخ قدس سره اجتهاد في القول المنقول في حق أصحاب الإجماع.

وثانياً: أنه قد علم روايه هؤلاء عن بعض الضعفاء كما يظهر ذلك لمن لاحظ أسناد الروايات، وعلى ذلك فمن المحتمل أن يكون المرسل عنه في الحديث المفروض في المقام ذلك الراوي الضعيف.

ومنها: موثقه معاويه بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب» (٣)، والمصنف وإن عبر عن هذه بالروايه، إلا أنها موثقه؛ لأن الشيخ رواها بسنده عن حسن بن محمد بن سماعه، ومحمد بن زياد في سندها هو محمد بن حسن بن زياد العطار الكوفي ثقه يروى عنه ابن سماعه فلاحظ. وأما دلالتها على المقام، فإن المراد في بيع الآجام هو بيع سمكها مع ضميمة القصب الموجود فيها بقرينه ما تقدم وما يأتي، مثل روايه أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «في شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: تصيد كفاً من سمك، تقول: أشتري منك هذا السمك

ص: ١٨٨

١- (١) انظر رجال النجاشي: ١٨٥ / ٤٩٠ .

٢- (٢) العدة في أصول الفقه ١ : ١٥٤ ، الكلام في الأخبار الفصل الخامس .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٥٥ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥، والتهذيب ٧ : ١٢٦/٥٥٠ .

الشرح:

وما فى الأجمه بكذا وبكذا»(١).

ومنها: موثقه سماعه قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو فى الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى السكرجه وما فى ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه»(٢). وعلى ذلك يحمل صحيحه عيص ابن القاسم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شىء منها»(٣)، بناءً على أن المراد منها بيع اللبن فى الضرع تماماً أو بعضه فى الضرع وبعضه مخلوباً. وفى الصحيح إلى ابن محبوب عن إبراهيم أبى زياد الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مئه نعجه وما فى بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ فقال: لا بأس بذلك، إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف»(٤). وفى موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يتقبل بجزيه رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطيور وهو لا- يدري لعله لا- يكون من هذا شىء أبداً، أو يكون، أيشتره وفى أى زمان يشتريه ويتقبل منه؟ قال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به»(٥). وظاهر هذه الموثقه كما قبلها وكموثقه سماعه المتقدمه أن الضميمه تصحح البيع فيما إذا كان المجهول غير معلوم

ص: ١٨٩

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث الأول.

٤- (٤) المصدر السابق: ٣٥١ ٣٥٢، الباب ١٠، الحديث الأول .

٥- (٥) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٤ .

الشرح:

الحصول أصلاً، لا أن الضميمة المعلوم مقدارها تصحح بيع المجهول مقداره، فإن المحلوب في الاسكرجه بنفسه مجهول مقداره وكذلك الضميمة المعلوم إدراكها في المذكورات في موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي.

والضميمة المذكوره في روايه إبراهيم الكرخي وهي الصوف على ظهور الغنم في نفسه غير جائز البيع، فكيف يصحح بيع ما في بطون الغنم؟

وعن بعض جواز بيع الصوف على ظهور الغنم ولكن مع منعه عن ضم ما في بطنه إلى بيعه، فظاهر الروايه غير معمول به عند أحد، وكذلك الحال في الضميمة المذكوره في روايتي أبي بصير والبنظي فإن الكف من السمك في نفسه غير جائز البيع، حيث إن السمك من الموزون؛ ولذا يجري فيه ربا المعاوضه فكيف تصحح البيع؟ ولو قيل بكفايه المشاهده في بيع السمك في الأجمه فهو باعتبار عدم اعتبار الوزن في بيع الكثير من الشيء فيما لم يجعل له الميزان كزبر الحديد.

أقول: المتحصل من كلامه رحمه الله أن الضميمة المذكوره في بعض الروايات في نفسها غير جائز بيعها فكيف تصحح بيع المجهول، مع أن مدلولها تصحيح بيع المجهول حصوله لا مقداره، وظاهر بعضها الآخر كروايه الكرخي غير معمول به عند أحد، فلا يصح الاعتماد عليها في الحكم بصحة بيع المجهول مع الضميمة، ولكن لا يخفى عدم كون شيء مما ذكر موجباً لرفع اليد عن ظاهر الروايات وهو كون ضم ما يصح بيعه من المعلوم إلى المجهول موجباً لصحة البيع والضميمة وإن لا يوجب خروج البيع عن كونه غريباً، إلا أنه يتعين تخصيص ما دل على النهي عن بيع الغرر؛ لأن الروايات الواردة في المقام بالإضافة إلى ما دل على النهي عن بيع الغرر من قبيل الخاص إلى العام، وذلك فإن موثقه سماعه مثلاً ظاهره في أن حلب مقدار من اللبن

الشرح:

فى الاسكرجه وضمه إلى ما فى ضرع الحيوان فى البيع يوجب صحته ولكن لا نظر لها إلى كيفية ضم ما فى الاسكرجه من كون ذلك بعد اعتبار كيل ذلك المحلوب وعدمه، بل فى مقام لزوم ضم الموجود الفعلى، ومقتضى ما دل على اعتبار الكيل فى بيع المكيل رعايه كيل ذلك المحلوب. وكذلك موثقه معاويه بن عمار ظاهرها أن ضم القصب إلى ما فى الأجمه فى البيع يوجب صحه البيع ولو مع احتمال أن لا يكون فى الأجمه سمك، وروايه أبى بصير ظاهرها أن ضم الموجود الفعلى وهو الكف من السمك يوجب صحه بيع ما فى الأجمه والسمك مطلقاً، لم يحرز كونه موزوناً، بل الظاهر أنه فى أطراف الشط والبحر يباع بالمشاهده، وكذا الحال فى الصوف على ظهر الغنم؛ ولذا يصح ضم ذلك الصوف إلى ما فى البطون من الحمل ويبيعها بصفقه، ودعوى أن ضم الصوف على الظهر إلى الحمل لم يلتزم به أحد مجازفه.

نعم، يبقى فى السنين أن المستفاد من هذه الروايات وما ورد فى بيع الآبق مع الضميمة وفى بيع الثمره مع ضم السنه الآتية أن الضميمة تصح البيع فى المجهول الذى لا يحرز حصوله لا المجهول الذى لم يحرز كنهه أو وصفه.

ولكن يمكن أن يقال بكفايه الروايات فى القول بجواز بيع المجهول مع الضميمة، سواء كان المجهول من قبيل مجهول الوجود أو مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف، وذلك فإن ظاهر السؤال فى موثقه سماعه فرض اللبن فى الضرع ولو كان شراء اللبن فى الضرع محكوماً بالصحه باعتبار أن اللبن فى الضرع ليس من المكيل والموزون، بل من قبيل الثمره على الشجره، لكان على الإمام عليه السلام أن يجيب بالجواز ولو مع التأكيد على فرض السائل من اعتبار إحراز وجود اللبن فى الضرع. لكن قد ذكر عليه السلام فى الجواب: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه، وظهره اعتبار حلب بعضه

الشرح:

وإجراء البيع على المحلوب وما فى الضرع. وقوله عليه السلام فيما بعد: «فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه» تعرض لصوره نادره فى الفرض، وهى اتفاق عدم كون اللبن فى الضرع وكون المبيع مقدار المحلوب فقط، وأنه يصح البيع فى تلك أيضاً ويكون الثمن فى مقابل ذلك المحلوب، كما يدل على هذه الجهه، أى كون الثمن فى مقابل الضميمة على تقدير عدم حصول المجهول ما فى روايه الكرخى من أنه إن لم يكن فى بطونها شىء كان رأس ماله فى الصوف.

وما فى موثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشىء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى منه» (١).

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يمكن المساعدة على دعوى جواز بيع اللبن فى الضرع بلا ضميمة فيما إذا كان وجود اللبن فى الضرع محرزاً مع الكراهه، جمعاً بين صحيحه عيص بن القاسم المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام فيها بعد السؤال «عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شىء منها» (٢)، وبين موثقه سماعه المتقدمه التى ورد فيها: «لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه». أو الحكم بالجواز من غير كراهه بحمل الموثقه على صوره عدم إحراز اللبن فى الضرع والصحيحه على صوره إحرازه، ووجه عدم المساعدة هو كون ظاهر الموثقه أيضاً إحراز وجود اللبن فى الضرع كما لا يخفى.

وأما المجهول وصفه، فيمكن استفادة جواز بيعه مع الضميمة من مثل موثقه معاويه بن عمار المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام فيها: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها

ص: ١٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٤٨ ٣٤٩، الباب ٨، الحديث الأول.

الشرح:

قصب»(١)، فإن من الظاهر ما فى الأجمه من السمك كما يكون مجهولاً من حيث المقدار كذلك يكون مجهولاً من حيث الوصف أيضاً؛ إذ للسمك أنواع مختلفه ويختلف قيمته بالصغر والكبر والأجمه الواحده تشتمل على السماك المختلفه نوعاً غالباً وبالصغر والكبر دائماً. ومما ذكرنا يظهر أن ما قيل فى وجه تصحيح المعامله بالضميمه فيما إذا كان الشىء مجهول الوصف أو الكم بالأولويه من أنه إذا حكم الشارع بصحه البيع فيما إذا كان بعض المبيع مجهول الوجود يكون البيع محكوماً بالصحه فى مجهول الوصف والكم بالفحوى لا يمكن المساعده عليه. فإن المراد بالصحه فيما إذا كان البعض مجهول الوجود ووقوع الثمن فى مقابل الضميمه وذلك المجهول على تقديره ووقوعه بتمامه فى مقابل الضميمه على تقدير عدمه، وهذا لا يجرى فى مجهول الوصف والعمده فى المقام ما ذكرنا.

نعم، يبقى فى اليبين دعوى أن تصحيح الضميمه يختص بموارد النصوص أو يعم كل مجهول من حيث الوجود أو المقدار أو الوصف، ولا- يبعد التعميم؛ لأن السمك أو اللبن أو الحمل أو العبد أو الثمره من موارد النصوص معرض للجهاله؛ ولذا وقع السؤال عنها والمتفاهم من الأجوبه الوارده فيها أن الضميمه علاج لبيع المجهول.

ولكن المستفاد من النصوص أن كل مبيع يكون النهى عن الغرر فيه مقتضياً لفساد بيعه؛ إمّا لعدم العلم بوجوده، أو بحصوله أو للجهل بأوصافه يكون بيعه مع الضميمه محكوماً بالصحه ويرفع اليد بها عن عموم النهى عن بيع الغرر(٢).

ص: ١٩٣

١- (١) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

الشرح:

وأما إذا كان الشيء مكياً أو موزوناً أو معدوداً بالفعل وأريد في التخلص عن كيله أو وزنه أو عدده بضم الضميمة إليه وبيعها بصفقه فهذا خارج عن مدلولها، فإن اللبن في الضرع أو السمك في الأجمه أو العبد الآبق أو الحمل في بطن الدابه لا يكون شيء منها من المكيل أو الموزون أو المعدود بالفعل؛ ولذا يجري البيع عليها عند العقلاء ولا يعدونها من المكيل أو الموزون أو المعدود. ولا تفيد الضميمة في التخلص عن بيعها بالكيل أو الوزن أو العدد أخذاً بإطلاق النهى (1) عن بيع المكيل أو الموزون أو المعدود من غير تعيين كيله أو وزنه أو عدده، فإن النهى المزبور يعم ما إذا كان بيعها مع ضميمة معلوم كيلها أم لا كما لا يخفى. هذا كله ما إذا بيع المجهول مع الضميمة بصفقه واحده، وأما إذا جرى البيع على الضميمة فقط واشترط في بيعها كون المجهول ملكاً للمشتري بلا عوض فيحكم بصحة البيع والشرط بناءً على ما هو الأظهر من أن الغرر في الشرط لا يبطل الشرط ولا البيع، إلا إذا كان موجباً للغرر في نفس البيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله في أول كلامه من أن مقتضى الأدله أن بيع المجهول مع الضميمة بصفقه واحده يوجب بطلان البيع بتمامه فلا يمكن المساعده عليه، فإن مقتضى انحلال البيع نظير انحلاله فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى الضميمة والبطلان بالإضافة إلى المجهول، ويعلم طريق تقسيط الثمن المسمى لكل من المجهول والضميمة مما تقدم في طريق تقسيطه في بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله بصفقه واحده، فتدبر.

ص: ١٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤١ ، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه .

وخصّ المنع جماعه بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً إلى المعلوم، وجوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، وهو المحكّي عن المختلف وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والمقتصر، واستحسنه المحقّق والشهيد الثانيان. ولعل المانعين لا يريدون إلاّ ذلك، نظراً إلى أنّ جهاله التابع لا- توجب الغرر ولا صدق اسم «المجهول» على المبيع عرفاً حتى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول، فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزاءها مجهول. خلافاً للشيخ في النهاية وابن حمزه في الوسيله. والمحكّي عن الإسكافي والقاضي، بل في مفتاح الكرامه: أنّ الحاصل من التسبّع أنّ المشهور بين المتقدمين هو الصحه، بل عن الخلاف والغنيه: الإجماع في مسأله السمك. واختاره من المتأخّرين المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفايه والمحدّث العاملي والمحدّث الكاشاني، وحكى عن ظاهر غايه المراد، وصريح حواشيه على القواعد. وحجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضه الوارده في مسألتى السمك واللبن وغيرهما. ففي مرسله البنزطى التى إرسالها، كوجود سهل فيها، سهل عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «إذا كانت أجمه ليس فيها قصب، أخرج شيئاً من سمك فباع وما فى الأجمه». وروايه معاويه بن عمّار عن أبى عبدالله عليه السلام: «لا- بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب». والمراد شراء ما فيها بقريته الروايه السابقه واللاحقه. وروايه أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام فى شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هى ماء، قال: «تصيد كفاً من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك وما فى هذه الأجمه بكذا وكذا». و موثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام كما فى الفقيه قال: «سألته عن اللبّن يشتري وهو فى الضرع؟ قال: لا، إلاّ أن يحلب سُكْرُجَه فيقول: اشتر منى هذا اللبّن الذى فى السكرجه وما فى ضروعها بثمانٍ مسمّى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه». وعليها تحمل صحيحه العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل له نَعَمٌ يبيع ألبانها

بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شيء منها»، بناءً على أن المراد: بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، أو بيع شيء منه محلوب في الخارج وما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. وفي الصحيح إلى ابن محبوب، عن إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف». وموثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزيه رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطير، وهو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أيشتره؟ وفي أي زمان يشتره ويتقبل به؟ قال عليه السلام: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به».

وظاهر الأخيرين كموثقه سماعه أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في السكرجه غير معلوم بالوزن والكيل، وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكوره في روايه الهاشمي. مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع. والقائلون بجوازه استدلوا بروايه الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون إلى الأصواف. فتبين أن الروايه لم يقل أحد بظاهرها. ومثلها في الخروج عن مسأله ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبي بصير والبنظي، فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه، لكونه من الموزون، ولذا جعلوه من الربويّات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدته، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه، كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزُبْرَه الحديد، بخلاف القليل منه. وأمّا روايه معاويه بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك، إلا بقريته روايتي أبي بصير والبنظي اللتين عرفت حالهما، فتأمل. ثم

على تقدير الدلالة:

إن أريد انتزاع قاعده منها وهى جواز ضم المجهول إلى المعلوم وإن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيله لجواز نقل المجهول فلا- دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعده، بل المعلوم من بعضهم، بل كلهم خلافه، فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم.

وإن أريد الاقتصار على مورد النصوص وهو بيع سمك الآجام، ولبن الضرع، وما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفه هذه النصوص للقاعده المجمع عليها بين الكل: من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم [١] وأصله من العلامة: قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم، ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً، انتهى. وارتضى هذا الشرح:

[١] حكى عن العلامة (١) التفصيل فى المجهول بأنه إذا كان مقصوداً بالبيع بطل، وإذا كان تابعاً فلا بأس به، بمعنى أنه يصح البيع ويدخل المجهول فى ملك المشتري ويقع الكلام فى المراد من التابع والمقصود بالبيع، واستظهر المصنف رحمه الله من كلماتهم أن مرادهم من التابع يختلف وهذا الاختلاف ينتهى إلى وجوه:

الأول: ما يظهر من «القواعد» (٢) و«التذكرة» (٣) وغيرهما من أنه إذا كان المجهول

ص: ١٩٧

١- (١) القواعد ١ : ١٢٧ .

٢- (٢) القواعد ١ : ١٥٣ .

٣- (٣) التذكرة ١ : ٤٩٩ و ٤٦٨ و ٤٩٣ .

التفصيل جماعه مَمَّن تأخَّر عنه، إلا أن مرادهم من «المقصود» و«التابع» غير واضح. والذي يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة: أن مراده بالتابع: ما يشترط دخوله في البيع، وبالمقصود: ما كان جزءاً. قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع: لو شرط أن الأمه حامل أو الدابه كذلك صح. أما لو باع الدابه وحملها أو الجاربه وحملها بطل، لأن كُـلَّ ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود، ويصحّ تابعاً، انتهى.

الشرح:

شرطاً في المبيع بحيث يدخل في ملك المشتري يحكم بصحة البيع وجهاله الشرط لا تضر بصحة البيع، بخلاف ما إذا جعل جزءاً من المبيع بأن يكون الثمن بإزاء المجموع من المعلوم والمجهول في مدلول الإيجاب والقبول، وعلى ذلك فلو باع العبد لا يدخل ماله في المبيع بناءً على تملكه المال. نعم، مع اشتراط دخوله في المبيع يدخل العبد في ملك المشتري مع ماله على النحو الذي كان مالاً للمال عند البائع. وأما إذا قيل بعدم جواز تملك العبد وجعل المال جزءاً من المبيع لاعتبر فيه شرائط البيع، ومنها معلوميته.

الثاني: ما عن «جامع المقاصد»^(١) والمحكى عن الشهيد^(٢) فإنه قد ذكر الأول في رد ما تقدم في بيان التابع أن عبارته العقد لا اعتبار بها، وأن ما قيل من أنه لو كان حمل الحيوان جزءاً من المبيع لكان باطلاً وإن جعل شرطاً صح غير صحيح، بل بيع الأم مع حمله محكوم بالصحة؛ لأن الحمل تابع شرطاً أو جزءاً، ولو باع العبد مع ماله يدخل ماله أيضاً في المبيع إن قلنا بأن العبد يملك، سواءً جعل جزءاً أو شرطاً، وإن قلنا بأنه

ص: ١٩٨

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٣٨٥ .

٢- (٢) اللمعه وشرحها (الروضه البهيه) ٣ : ٣١٣ .

الشرح:

لا- يملك لا- يصح جعل المال فى المبيع، إلا إذا كان معلوماً؛ لأنه ليس بتابع على هذا القول. والمتحصل من كلامه أن ما يُعدّ تابعاً عرفاً، بأن يكون الشيء محسوباً عرفاً من فروع المبيع كالحمل بالإضافة إلى الأم وإن لم يكن تملك الأصل مقتضياً لتملكه أيضاً يجوز لكونه مجهولاً سواء ذكر فى العقد بصوره الاشتراط أو بصوره الجزء، وكل ما لا يكون كذلك فلا يجوز كونه مجهولاً سواء أتى بصوره الاشتراط أو بصوره الجزء، كما أنه لا- يفرق فى كون الشيء تابعاً كما ذكر بين تعلق الغرض الشخصى من المتبايعين أو أحدهما بتمليكهما وتملكهما معاً فى مقابل الثمن، أو كان غرضهما أو غرض أحدهما تمليك المتبوع وتملكه أو التابع، كما يتفق الأخير فى شراء بعض أفراد الخيل، حيث يكون الغرض الأصلى تملك حملة.

الثالث: أن يكون كون الشيء تابعاً أم لا بقصد المتعاقدين نوعاً، وإذا كان الغرض الأصلى للمتعاقدين غالباً فى تملك المجهول والمعلوم خصوص المعلوم، كما إذا كان الثمن فى البيع بمقدار يشتري به المعلوم، فلا- تضر جهاله الآخر، سواء جعل جزءاً أو شرطاً، وإذا انعكس الأمر يحكم بطلان البيع من غير فرق بين جعل المجهول جزءاً أم شرطاً.

الرابع: أن يكون الميزان فى كون الشيء تابعاً للغرض الأصلى للمتعاقدين بشخصهما، فإنه لو كان الغرض الأصلى لهما تمليك وتملك المجهول فيحكم بطلان البيع جعل جزءاً أو شرطاً وإذا انعكس الأمر يحكم بصحته.

الخامس: أن الميزان فى كون الشيء تابعاً للغرض العقدى للمتعاقدين دون الغرض الأصلى الباطنى، نظير ما قد يفعله المتعاقدان فى التخلص عن المخاصمه المحتمل مستقبلاً فى متاع لعارض من العوارض من إجرائهما البيع على متاع آخر

الشرح:

لا- يحتمل النزاع فيه وجعل الآخر تابعا، ولكن لا يخفى أن مرجع هذا الوجه إلى الوجه الأول من ذكر المجهول في عبارته العقد شرطاً فيكون تابعا.

ثم إنه رحمه الله قد ذكر عدم الفرق في بطلان البيع بضم المجهول من غير فرق بين كون الضم بنحو الجزئية أو الشرطية للغرر الحاصل بالجهالة. نعم، إذا كان المجهول تابعا عرفياً للمعلوم بنحو ما تقدم من إضافة البيع إلى المعلوم عرفياً بحيث لا يعد المجهول أمراً آخر منضمماً إلى المبيع، بل من فروعاته، فإن أتى الفرع بصورة جزء المبيع في عقد البيع بطل للجهالة، وإذا أتى بطور الشرط فلا- يكون داخلياً- في الغرر كما لا يكون داخلياً في معقد الإجماع على كون المبيع معلوماً. هذا في التابع الذي لا يدخل في ملك المشتري من غير جعله شرطاً أو جزءاً، وأما التابع الذي يدخل في المبيع وينتقل إلى المشتري ولو كان مغفولاً عنه حين البيع ولم يذكر فيه جزءاً أو شرطاً فالظاهر عدم كون جهالته مضره بصحة البيع، إلا إذا أوجب جهاله ذلك التابع جهاله المتبوع، وهذا خارج عن محل الكلام في الضميمة؛ لأن الكلام فيها أن جهاله المجموع من الشيء والضميمة توجب بطلان البيع أو أن معلوميه الضميمة كافيته في صحته، وأما إذا كان المتبوع الذي جرى عليه البيع مجهولاً بجهاله ساريه إليه من التابع فليس من موارد الكلام في المقام.

أقول: قد يذكر للتابع وجه آخر، وهو كون المجهول مذكوراً في عبارته العقد بعد ذكر المعلوم أولاً، وعلى ذلك تحمل الروايات الواردة في ضم المعلوم إلى المجهول، ولكن لا يخفى فسادها؛ لأنه لا يفهم فرق في مدلول الكلام بين أن يذكر المعلوم أولاً، بأن يقول: «بعت ما في الاسكرجه من اللبن وما في الضرع بكذا»، أو يقال: «بعت ما في الضرع وفي الاسكرجه بكذا». أضف إلى ذلك ما ورد في بيع العبد الآبق من ذكر المجهول أولاً، وفي صحيحه رفاعه النحاس قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له:

الشرح:

أيصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها، إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا، فنقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة، وهذا المتاع بكذا وكذا درهما، فإن ذلك جائز^(١). وظاهرها جواز جعل المجهول متبوعا في عبارة العقد.

وكيف كان، فقد تقدم أن الوجه الأول، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول شرطا أو جزءا لا يصح في النصوص الواردة في الضميمة، فإن ظاهرها جواز جعل المجهول جزءا ولكنها لا تعم ما إذا كان المجهول من قبيل المكيل أو الموزون أو المعدود، ولو كان المجهول منها فلا بد من التفصيل بين جعل المجهول شرطا أو جزءا فيصح على الأول ويبطل البيع بالإضافة إلى المجهول على الثانى. وصحته على الأول مبنى على ما هو الأظهر من أن الغرر في البيع موجب لبطلانه وأما الشرط فلا يبطل بالغرر، كما أن الشرط المزبور لخروجه عن البيع، حيث إنه تملك الشيء بالعوض، لا يوجب الغرر فيه.

وبتعبير آخر: ولو يكون الشرط من العقد فيعده أيضا وجوب الوفاء بالعقد، إلا أنه لا يدخل في البيع ومجرد كونه غرريا لا يوجب الغرر في البيع، فما ذكر المصنف رحمه الله من عدم الفرق بين جعل المجهول جزءا أو شرطا ضعيف غايته، بل لو قلنا بأن الغرر في الشرط يوجب بطلانه فالباطل هو الشرط فقط، ولا يسرى إلى البيع؛ لما يأتى في محله من أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل البيع. وهذا فيما إذا كان الشرط بمعنى المشروط أمرا آخر لا يرجع إلى خصوصية المبيع أو الثمن، كما هو الفرض في مسأله الضميمة.

ص: ٢٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

الشرح:

وإذا كان الشرط بمعنى المشروط أمرا راجعا إلى خصوصيه في أحدهما فالشرط على تقدير كونه غوريا يبطل ويوجب بطلان أصل البيع أيضا، كما إذا باع المتاع بثمان واشترط أنه لا يسلمه إليه إلا في زمان شائه، فبطلان البيع في الفرض باعتبار كونه غوريا كما لا يخفى.

وأما كون الميزان في التابع الغرض النوعي من المتعاقدين بالمعنى المذكور في «المختلف»^(١) من شراء المجموع بثمان يساوي الضميمة المعلومه فيحكم بصحته لعدم الغرر وشرائه بثمان يزيد عنه بمقدار يعتنى به فيحكم ببطلانه للغرر، فلا يمكن المساعده عليه؛ لأن الغرر يصدق على البيع في الفرض الأول أيضا ولو بالإضافه إلى البائع. وكذا الحال على احتمال الغرض الشخصي، فإن كون غرض المشتري تملك الضميمة فقط بإزاء الثمن لا يخرج البيع عن كونه غوريا عرفا، حيث إن الصدق عندهم لا يكون بملاك الغرض الشخصي من المتبايعين.

نعم، لو كانت قيمه السوقيه للشيء لا تختلف، سواءً أُحرزت جميع خصوصيات الشيء أو لم تحرز، كخصوصيه باطن الثوب، فلا يضّر الجهل به مع إحراز عنوان المبيع؛ ولذا يشتري الثوب ولا يدري أن بطانته قطن مصنوعى أو زراعى ويشترى الثوب ولا يدري أن مادته من النايلون أو القطن . . . إلى غير ذلك مما يتعارف الشراء في السوق من غير إحراز بعض الخصوصيات. ولا يدخل البيع بالجهل المزبور في عنوان الغرر ولو فيما فرض أن المشتري على تقدير علمه بواقع تلك الخصوصيه لم يقدم على شرائه، وهذا أمر آخر لا يرتبط بمسأله الضميمة.

ص: ٢٠٢

وفى باب ما يندرج فى المبيع قال: السادس: العبد، ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه، إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا: إن العبد يملك، فينتقل إلى المشتري مع العبد، وكان جعله للمشتري إبقاءً له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً. أما إذا أحلنا تملكه وما معه صار جزءاً من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى. وبمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزءاً صرح فى التذكرة فى فروع مسأله تملك العبد وعدمه، معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار وأخشاب السقوف. وقال فى التذكرة أيضاً فى باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعاً. وفى موضع من باب الشروط فى العقد: لو قال: «بعتك هذه الدابه وحملها» لم يصح عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلاً بالشراء ولا جزءاً. وقال أيضاً: ولو باع الحامل وشرط للمشتري الحمل صح، لأنه تابع، كأساس الحيوان وإن لم يصح ضمّه فى البيع مع الأم، للفرق بين الجزء والتابع. وقال فى موضع آخر: لو قال: «بعتك هذه الشياه وما فى ضرعها من اللبن»، لم يجز عندنا. وقال فى موضع آخر: لو باع دجاجة ذات بيضه وشرطها صح، وإن جعلها جزءاً من المبيع لم يصح. وهذه كلها صريحه فى عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئيه، من غير فرق بين تعلق الغرض الداعى بالمعلوم أو المجهول. وقد ذكر هذا، المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسأله اشتراط دخول الزرع فى بيع الشرح:

فقد تحصل أن التابع العرفى الذى لا يندرج فى المبيع من غير أخذه جزءاً أو شرطاً لابد من إحرازه مع أخذه فى المبيع جزءاً، ولا تضر الجهاله به فيما إذا أخذ شرطاً فإنه يزيد عن الشرط غير التابع، وأما التابع الذى يدخل فى المبيع من غير حاجه إلى ذكره فى العقد جزءاً أو شرطاً أم لا، كمفتاح الدار وبيض الدجاجة، فجهالته لا توجب صدق الغرر فى البيع أصلاً.

الأرض، قال: وما قد يوجد في بعض الكلام، من أن المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح، وإن اشترط صحّ ونحو ذلك فليس بشئ، لأنّ العبارة لا أثر لها، والمشروط محسوب من جملة المبيع، ولأنّه لو باع الحمل والأمّ صحّ البيع ولا يتوقّف على بيعها واشتراطه، انتهى. وهو الظاهر من الشهيدين في اللمعة والروضه حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع. وقد صرح الشيخ في مسأله اشترط مال العبد باعتبار العلم بمقدار المال. وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صحّ، ولم يشترط علمه ولا- التفصيلى من الربا إن قلنا: إنّه يملك، وإن أحلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه، لأنّه بمنزله الاشتراط، ولا يضّر الجهاله، لأنّه تابع، انتهى. واختاره جامع المقاصد.

ثم «التابع» في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به: ما يعدّ في العرف تابعاً كالحمل مع الأمّ، واللبن مع الشاه، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه، والباغ في الدار، والقصر في البستان، ونحو ذلك ممّا نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لا إليهما معاً، وإن فرض تعلّق الغرض الشخصى بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصّه، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل. وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدّم عن الدروس وجامع المقاصد من صحّ بيع الأمّ وحملها، لأنّ الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدّم في القواعد: «ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً»: إنّ إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابّه في بيع دابّه أخرى، إلّا- أن يقال: التبعيّة إنما تتحقّق مع الامّ، لأنّه حينئذ بمنزله بعض أجزائها، ومثله زخرفه جدران البيت، انتهى. وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفه الجدران من محل الكلام في المقام، إلّا أن يريد مثال الأجزاء، لا مثال التابع، لكن هذا ينافى ما تقدّم من اعتبارهم العلم في مال العبد وفاقاً للشيخ قدس سره مع أنّ مال

العبد تابع عرفي، كما صرح به في المختلف في مسأله بيع العبد واشترط ماله.

ويحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره وإن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، وهذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا في ضمن قصب الأجمه.

والأول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها: في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه، حيث حمل روايه سماعه المتقدمه على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير أصلاً، والذي في الضرع تابعاً. وقال في مسأله بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمه: والمعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صح البيع، كما لو باعه الأم وحملها أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن وضم الحمل، فهذا لا بأس به، وإلا كان باطلاً.

وأما الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين فلم نجد عليه شاهداً، إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم. ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

وربما احتمل بعض، بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما ولو لتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو وإن سُمي ضميمة لكنّه المقصود في تصحيح البيع، قال: ولا ينافيه كون المقصود بالنسبه إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمه بعد

ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التوابع واللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدح حصوله وعدم حصوله كما أومى إليه في ضميمه الآبق، وضميمه الثمر على الشجر، وضميمه ما في الضروع وما في الآجام، انتهى. ولا يخفى أنه لم توجد عبارته من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد ب«التابع» جعل المجهول شرطاً والمعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدم عن القواعد والتذكرة، ولا أظن إرادته ذلك من كلامه، بقرينه استشهاده بأخبار الضميمة في الموارد المتفرقة.

والأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط والجزاء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة.

وأما قصد المتبايعين بحسب الشخص، فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً وعدمًا، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم: عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصيه، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف: من كون قيمه المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول.

وأما التابع العرفي، فالمجهول منه وإن خرج عن الغرر عرفاً، إلا أن المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً خرج عن بيع الغرر وعن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه. هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. وأما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع وإن لم ينضم إليه حين العقد ولم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف والإشكال في عدم اعتبار العلم به، إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع، إذ الكلام في مسأله الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع، لا السارى من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

مسألة: يجوز أن يُندر لظرف ما يوزن مع ظرفه [١] مقدار يحتمل الزيادة والنقصه على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقصه، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول، واستثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل إجماعاً، انتهى. والظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أول الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً. ثم إن الأقوال في تفصيل المسألة سته:

الشرح:

[١] المنسوب إلى الشهره أنه يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل زياده ذلك المقدار على الوزن الواقعي للظرف ونقيصته، وصرح الفخر رحمه الله (١) بالإجماع على ذلك، فإنه قال: نص الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقصه، وفرع على هذا الجواز بأنه قد استثنى من المبيع الأمر المجهول واستثناء المجهول من المبيع مبطل إلا في هذا المورد، ومراده من الاستثناء على ما ذكر المصنف رحمه الله إخراج الظرف عن متعلق البيع ابتداءً بإجراء البيع على المظروف من الأول، بأن يقول: «بعت السمن الذي في هذا لظرف بكذا». والاستثناء الحقيقي، أي المصطلح، وإن يكون كذلك، بمعنى أنه يخرج عن حكم العام ابتداءً إلا أن هذا الخروج بملاحظه ذكر الاستثناء في الكلام، ولو لم يذكر الاستثناء لشمّل الحكم المستثنى بحسب مدلول الكلام، كقوله: «أكرم العلماء إلا الفساق منهم»، بخلاف الاستثناء في المقام فإنه قد ذكر البيع في الكلام ابتداءً للمظروف فقط.

ثم إن في المسألة أقوالاً سته:

ص: ٢٠٧

١- (١) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٣، وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٩٤.

الأول: جواز الإندار بشرطين: كون المندر متعارف الإندار عند التجار، وعدم العلم بزياده ما يندره. وهو للنهائه والوسيله وعن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصه على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها. وهو للتحريم.

الثالث: اعتبار العاده مطلقاً ولو علم الزيادة أو النقيصه، ومع عدم العاده فيما يحتملها. وهو لظاهر اللمعه وصريح الروضه.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والنقيصه فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس: عطف العلم بالنقيصه على الزيادة، وهو للمحقق الثاني ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصه.

الشرح:

الأول: أن المقدار المندر يعتبر كونه متعارفاً عند تجاره وعدم العلم بزيادته على الوزن الواقعي للظرف (١).

الثاني: ما ذكر مع اعتبار عدم العلم بالنقيصه أيضاً (٢).

الثالث: اعتبار أحد الأمرين من اعتبار العاده وعدم العلم بالزيادة أو النقيصه (٣).

الرابع: جواز إندار المقدار المحتمل مطلقاً، أى تراضى به المتعاقدان أم لا، ولكن مع العلم بزيادته يعتبر تراضيهما (٤).

الخامس: ما ذكر مع اعتبار تراضيهما في صورته العلم بالنقيصه.

ص: ٢٠٨

١- (١) قالها الشيخ في النهايه ١ : ٤٠ ، وابن حمزه في الوسيله : ٢٤٦ ، وصاحب نهايه الإحكام ٣ : ٥٣٦ ، والقواعد ١ : ١٢٩ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٩٤ .

٢- (٢) قالها العلامه في التحرير ١ : ١٧٩ .

٣- (٣) راجع اللمعه وشرحها (الروضه البهيّه) ٣ : ٢٨٤ .

٤- (٤) راجع القواعد ١ : ١٢٩ ، والكفايه : ٩١ ، ونسبه في مجمع الفائده (٨ : ١٩) إلى ظاهر الشرائع .

السادس: إناطه الحكم بالغرر.

ثم إن صورته المسأله: أن يوزن مظلوف مع ظرفه فيعلم أنه عشره أرتال، فإذا أريد بيع المظلوف فقط كما هو المفروض وقلنا بكفايه العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً، على ما هو مفروض المسأله ومعقد الإجماع المتقدم:

فتاره: يباع المظلوف المذكور جملةً بكذا، وحينئذ فلا يحتاج إلى الإندار، لأن الثمن والمثمن معلومان بالفرض.

وأخرى: يباع على وجه التسعير بأن يقول: «بعته كل رطل بدرهم» فيجىء مسأله الإندار، للحاجه إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

الشرح:

السادس: أنه يعتبر أن لا يوجب الإندار الغرر في البيع (1)، كما إذا لم يحتمل زيادته أو نقيصته إلا بمقدار يسير يتسامح فيه، ثم إن الإندار للظرف قد يكون بعد إجراء البيع على المظلوف، بأن يوزن المظلوف مع ظرفه فيعلم وزنها معا وبعد ذلك يجرى البيع على المظلوف بنحو الجملة، بأن يقول: «بعته السمن الذى فى هذا الظرف بكذا»، أو بنحو التسعير كما يقول: «بعته السمن الذى فى هذا الظرف بكل كيلو منه بكذا»، أو يحكم بصحة البيع فى فرض البيع بنحو الجملة للإجماع على كفايه إحراز وزن المبيع مع ظرفه على ما تقدم فى كلام الفخر ولا يحتاج إلى الإندار فى هذا لفرض. ويبقى الظرف فى ملك البائع فيما لو لم يشترط أو لم يهبه البائع للمشتري، والأمر فى فرض البيع بنحو التسعير أيضاً كذلك ولكن يحتاج تعيين الثمن الذى يستحقه البائع

ص: ٢٠٩

١- (١) يظهر ذلك من صاحب الجواهر ٢٢ : ٤٤٩، وكاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩٧.

ويمكن أن تحرّر المسألة على وجه آخر، وهو: أنه بعد ما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فإندار أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، أو التراضى، أو بغير ذلك؟ فالكلام فى تعيين المقدار المنذر لأجل إحراز شرط صحه بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع. وإلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين، حيث أناط المقدار المنذر بما الشرح:

على المشتري إلى الإندار، وقد يكون الإندار قبل البيع بأن يحرز وزن المظروف فى نفسه بالإندار أولاً ثم يجرى البيع على المظروف المحرز وزنه بالإندار، ويحكم بصحه هذا البيع أيضا للإجماع على أنه لا يعتبر وزن المبيع فى الفرض بغير الإندار من إخبار البائع أو وزن المظروف مستقلاً.

واستظهر المصنف رحمه الله من أصحاب الأقوال المتقدمه اختلافهم فى تحرير المسألة وأن بعضهم قد حررها لتعيين وزن المظروف ليجرى البيع عليه بعد ذلك؛ لذا اعتبر أن لا يكون الإندار بحيث يوجب الغرر فى البيع، واعترض على من ذكر جواز الإندار بما يعلم زيادته أو نقيصته مع التراضى بأن التراضى لا يوجب صحه البيع الغررى، ومع إندار المقدار المعلوم زيادته أو نقيصته يكون البيع غررياً.

ويمكن استظهار هذا الوجه، أى كون الإندار موجبا لإحراز وزن المبيع ليجرى البيع عليه بعد ذلك، من الكلام المتقدم فى صدر المسألة عن الفخر، ووجه الاستظهار أن الفخر قدس سره قد فرع جواز استثناء المجهول عن المبيع، أى جواز إجراء البيع ابتداءً على المظروف المجهول وزنه الواقعى للجهل بوزن ظرفه على جواز الإندار، فيكون جواز الإندار موجبا لصحه البيع. بخلاف فرض تحرير المسألة بحيث يكون الاحتياج إلى الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير، فإنه عليه يكون جواز الإندار متفرعا على

لا يحصل معه غرر، واعترض على ما فى القواعد ومثلها: من اعتبار التراضى فى جواز إندار ما يعلم زيادته بأن التراضى لا يدفع غرراً ولا يصح عقداً. وتبعه فى ذلك بعض أتباعه. ويمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارته الفخر المتقدّمه حيث فرّع استثناء المجهول من المبيع على جواز الإندار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرّعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إندار مقدار معين، إذ الإندار حينئذ لتعيين الثمن، فتأمل.

وكيف كان، فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين، فإنّ جماعه منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصّوا اعتبار التراضى بصوره العلم بالمخالفه [١] الشرح:

جواز بيع المظروف المجهول وزنه الواقعى بنحو التسعير، ويحرز بالإندار جملة الثمن الذى يستحقه البائع على المشتري.

[١] قد استظهر رحمه الله من كلام من اعتبر التراضى فى جواز الإندار مع العلم بزيادة المقدار المندر على الوزن الواقعى للظرف أو نقيصته عنه أن هذا القائل قد فرض الإندار بعد بيع المظروف الموزون مع ظرفه على وجه التسعير لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، ووجه الاستظهار أن الإندار لو كان لتعيين وزن المظروف ليجرى عليه البيع بعده فاللازم تراضى المتبايعين فى إجراء البيع على المظروف المعلوم وزنه بالإندار، سواء كان المقدار المندر محتمل الزيادة والنقيصه أو معلوم الزيادة أو النقيصه؛ إذ لا معنى لصحة البيع بدون تراضى المتبايعين. وأما إذا كان الإندار بعد وزن المظروف مع ظرفه وإجراء البيع على المظروف على وجه التسعير لكان للتفصيل المزبور وجه، حيث إن مع احتمال الزيادة والنقيصه لا يعلم المشتري باستحقاق البائع بأزيد مما يأخذه منه بعنوان الثمن فلا موجب لتراضيهما.

وأما إذا علم بزيادة المقدار المندر فقد يأخذ البائع من المشتري بأزيد من الثمن

فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بضمن مخصوص من دون تراض. وقد صرح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقصه بأن في الإندار من دون التراضى تضييعاً لمال أحدهما. ولا يخفى أنه لو كان اعتبار الشرح:

الذى يستحقه، كما أنه إذا علم نقيصته عن وزنه الواقعى يأخذ البائع أقل مما يستحق ويكون أخذ الزيادة أو النقصه من قبيل التمليك المجانى فيعتبر تراضيهما. ولا وجه في فرض الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير للإيراد على اعتبار التراضى بأن التراضى لا يدفع الغرر عن البيع، ووجه عدم الإيراد أن البيع قد وقع على المظروف قبل الإندار، ولو كانت معلوميه وزنه مع الظرف غير رافع للغرر عن البيع تكون صحه البيع المزبور بالإجماع أو الروايه مقتضيه لتخصيص النهى عن بيع الغرر.

وبذلك يظهر أنه على تقدير كون الإندار بعد إجراء البيع على المظروف الموزون مع ظرفه يكون ذكر الإندار في مسأله تعيين العوضين باعتبار أن جواز البيع كذلك تخصيص فيما دل على اعتبار الوزن المستقل فى المبيع الموزون.

ويظهر أيضاً كون الإندار لتعيين استحقاق البائع من الثمن على المشتري فى فرض بيع المظروف على وجه التسعير من كلام الأردبيلي قدس سره (١)، حيث ذكر فى أول كلامه فى عنوان المسأله أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، فإن التعبير ب(ثم) الظاهره فى التراخى مقتضاه فرض الإندار لتعيين مقدار الثمن للمظروف المبيع على وجه التسعير.

ونظير ذلك كلام «الحدائق» (٢) وإن كان ما ذكره من كون الإندار حقا للمشتري

ص: ٢١٢

١- (١) مجمع الفائدة ٨: ١٩٠.

٢- (٢) الحدائق ٨: ٤٩٤.

الإندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال، لأنَّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً. هذا، مع أنه إذا فرض كون استقرار العاده على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصه، فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً، بل يكون كاشتراط زياده مقدار على المقدار الشرح:

ضعيفاً؛ لأن الإندار لتعيين حق البائع على المشتري لا أنه حق للمشتري، وعليه فيعتبر عدم العلم بالنقيصه كالزياده كما لا يخفى.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من أنه لو كان الإندار لإحراز وزن المظروف الذى يجرى عليه البيع بعد ذلك لأعتبر التراضى مطلقاً ولم يختص بصوره العلم بالزياده أو النقيصه، لا- يمكن المساعده عليه؛ لأن الإندار فى هذا الفرض طريق لإحراز وزن المبيع، ومن الظاهر اعتبار الشىء طريقاً مع العلم بمخالفته للواقع غير معقول ولا يصححه تراضى المتعاقدين، وعلى ذلك فلا وجه لاعتبار التراضى فى إحراز وزن المبيع، بل لابد من تخصيص اعتبار الإندار بما احتمل أن يكون المقدار المندر مساوياً للوزن الواقع للظرف رضى به المتعاقدان أم لا.

وأيضاً لا يخفى أن مقتضى القاعده الأوليه عدم جواز بيع المظروف الموزون مع ظرفه من غير إحراز وزن المظروف منفرداً، إلا مع ثبوت أن القسطاس المستقيم فى بيع المظروف الذى يتعارف بيعه فى ظرفه هو وزن المجموع على ما جرت عليه السيره التى لا يحتمل حدوثها بعد زمان الشارع.

وعلى ذلك، فلو كان الإندار قبل البيع لإحراز وزن المظروف منفرداً كان مشروطاً باحتمال تساويه مع وزن الظرف وإن كان بعد البيع لتعيين الثمن فى المبيع على وجه التسعير جاز، سواء علم بزيادته على الوزن الواقعى أم لا؛ لأنه فى فرض الزيادة يتضمن التملك المجانى فيعتبر فيه التراضى، وكذا الحال فيما علم نقصانه على

المعلوم غير قاذح في صحه البيع. مثلاً: لو كان المجموع عشره أرطال وكان المعتاد إسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على أن يُندَر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً. ولو تراضيا على إندار نصف رطل فقد اشترط المشتري بجعل ثمن تسعه أرطال ونصف ثَمناً للتسعه، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى في إندار ما علم زيادته أو نقيصته: بأن التراضى لا يدفع غرراً ولا يصحح عقداً.

الشرح:

ما تقدم. والحاصل: الظاهر ثبوت السيره على الإندار في كلا المقامين، ولكن الإندار في مقام إحراز وزن المبيع قبل البيع مشروط باحتمال تساوى المقدار المندر معه الوزن الواقعى للظرف، وفي الإندار بعد البيع يجوز مطلقاً ولكن مع التراضى في صورته العلم بالزيادة أو النقصان.

بقى للإندار صورته ثالثة، وهى ما إذا بيع المظروف باشتراط الوزن المعين، ثم فى مقام القبض يوزن مع ظرفه ويسقط لمكان الظروف مقدار من الوزن، ولا- إشكال فى جواز البيع فى الفرض؛ لأن المعترف فى البيع ليس خصوص الكيل الخارجى أو الوزن فعلاً، بل يكفى اشتراط الكيل المعين أو الوزن المعين، وبهذا الاشتراط يخرج بيعه عن الجزاف؛ ولذا يصح بيع المكيل أو الوزن بنحو الكلى على العهد أو فى المعين. وعلى ذلك، فلو كان وزن المبيع مع ظرفه وإندار المقدار المعين معلوماً ولو بالتعارف صح البيع؛ لأن شراء المال مع التعارف المزبور بمنزله اشتراط القبض المزبور، سواء كان المقدار المتعارف محتمل الزيادة والنقصان أو علم أحدهما، والجواز المزبور لا يحتاج إلى التشبث بالسيره أو بذيل الإجماع أو الرواية، بل هو مقتضى القواعد الأولى كما لا يخفى.

بقى فى المقام أمر، وهو أن الإندار للظروف وإن يعتبر طريقاً إلى تعيين وزن

وكيف كان، فالأظهر هو الوجه الأوّل، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسأله تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنون المسأله بذلك في اللمعه، بل نسبه في الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد، والتواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار. وذكر المحقّق الأردبيلي رحمه الله في تفسير عنوان المسأله: أنّ المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يُسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا- أزيد ولا- أنقص، بل وإن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير يتساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع، انتهى. فظاهره الوجه الأوّل الذي ذكرنا، حيث جوّز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه. وفي الحدائق في مقام الرد على من ألحق النقيصه بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها قال: إنّ الإندار حق للمشتري، لأنه قد اشترى مثلاً مائة من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمه المائه المذكوره، وله إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

الشرح:

المظروف، سواءً وقع قبل البيع أو بعده لتعيين الثمن في المبتاع على وجه التسعير، أو كان للوفاء بالبيع المشروط فيه وزن خاص، ولكن لو انكشف الخلاف وكون المقدار المندر زائداً أو ناقصاً عن وزن الظرف لا يتدارك فيما كان مقدار التخلف متعارفاً؛ لأن مقتضى السيره المشار إليها كون الناقص أو الزائد على تقدير التخلف ملكاً للآخر مجاناً بالشرط الضمني في المعامله.

نعم، إذا كان التخلف بنحو غير متعارف فلا بد من تدارك الزائد على المتعارف باسترداد مقدار من الثمن أو المثل، هذا مع الغمض عن الروايات التي يأتي التعرض لها.

ص: ٢١٥

وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقر بناه في تحرير المسألة، إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري والتمثيل بما ذكره لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتري مائه من السمن في هذه الظروف، لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائه من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع الظروف مائه من، فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الإندار، ولا حق للمشتري. وإن اشتراه على وجه التسعير بقوله: «كل من بكذا» فالإندار: إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمه المائه كما ذكره المحدث؟!

وقد علم مما ذكرنا: أن الإندار الذي هو عبارته عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البائع، وليس حقاً للمشتري.

وأما الأخبار: فمنها موثقه حنان قال: «سمعت معمر الزيات قال لأبي عبدالله عليه السلام: إنا نشترى الزيت في زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق؟ فقال له: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه».

قيل: وظاهره عدم اعتبار التراضي [١].

الشرح:

[١] كان مراد القائل (١): إن ظاهر الموثقه (٢) عدم اعتبار التراضي فيما إذا كان مما يزيد وينقص، وأنه إذا كان المقدار المندر بما يزيد وينقص فيجوز ومع كونه يزيد ولا ينقص فلا يجوز، فتقع المعارضه بينها وبين روايه على بن أبي حمزه (٣)، حيث ظاهرها اعتبار التراضي مع كون المندر مما يزيد وينقص، وكذا مع روايه «قرب

ص: ٢١٤

١- (١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢: ٤٤٨ .

٢- (٢) هي موثقه حنان، وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٦، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

أقول: المفروض في السؤال هو التراضي، لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران، والمحسوب له هو المشتري.

والتحقيق: أنّ مورد السؤال صحّ الإندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمن مغاير للمظروف، أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحه جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا إطلاق فيه يعمّ صورته الشرح:

الإسناد^(١)، حيث إن ظاهرها أيضا اعتبار التراضي ولو كون المقدار المندر مما يزيد وينقص.

وذكر المصنف رحمه الله عدم المعارضه بينها من هذه الجهه، فإن التراضي مفروض في مورد الموثقه، فإن الحاسب المفروض فيه البائع أو وكيله فالرضا من قبله متحقق، والمحسوب له هو المشتري السائل عن جواز إقدامه على الشراء المزبور، وظاهر هذا السؤال رضاه بالإقدام لولا المنع الشرعي، ويؤيد فرض رضاه نهييه عن الإقدام بالشراء المزبور، فإن نهى شخص يناسب فرض إرادته ذلك الفعل. وعلى ذلك، فيكون حاصل الجواب أنه إذا كان المقدار المندر مما يزيد وينقص فيجوز، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا يجوز الشراء رضى به المتعاقدان أم لا، فتتحد الموثقه مع روايه على بن أبي حمزه وكذا مع روايه «قرب الإسناد». نعم، يقيد إطلاق روايه «قرب الإسناد» بما إذا لم يكن المقدار المندر بما يزيد ولا ينقص.

وأردف رحمه الله على ما ذكر أن قوله عليه السلام: «إن كان يزيد وينقص»، فيه احتمالات ثلاثه:

الأول: كون المقدار المندر في مجموع المبيع يزيد وينقص بحسب شخص المعامله، وحيث لا يمكن كون المقدار المندر في المجموع بحسب شخص المعامله

ص: ٢١٧

١- (١) قرب الإسناد: ٢٦١، الحديث ١٠٣٥، ووسائل الشيعة ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

عدم التراضى. ويؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزياده، فإنّ النهى عنه ليس عن ارتكابه بغير تراضٍ، فافهم. فحينئذ لا يعارضها ما دلّ على صحّحه ذلك مع التراضى، مثل روايه على بن أبى حمزه، قال: «سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! نظرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد وربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس». فإنّ الشرط فيه مسوق الشرح:

زائدا وناقصا فالمراد احتمالها.

الثانى: أن يكون المراد زياده المقدار المندر على وزن الظرف فى بعض المبيع ونقصانه عنه بالإضافه إلى البعض الآخر فى شخص المعامله.

الثالث: أن يكون المقدار المندر مما يزيد وينقص فى نوع المعامله، بأن يزيد فى بعض أفرادها وينقص فى بعضها الآخر، فيستفاد كون المقدار المندر متعارفا مع عدم العلم بزيادته فى جميع الموارد، ويشهد لاحتمال الأول رجوع الضمير فى قوله: «يزيد وتنقص»، إلى مجموع المقدار المندر، كما أنه يشهد للثانى عطف ينقص على يزيد بواو العاطفه الظاهره فى الجمع. واستشهد للثالث بما ورد فى فضول المكائيل والموازن، كصحيحه على بن عطيه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: إنا نشترى الطعام من السفن ثم نكيله فيزيد؟ قال لى: وربما نقص عليكم؟ قلت: نعم، قال: فإذا نقص يردون عليكم؟ قلت: لا، قال: فلا بأس (١).

ثم ذكر رحمه الله أنه مع الشك فى كون المندر بمقدار الظرف فالأصل عدم زياده المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن، ولكن هذا حكم ظاهرى لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الخلاف، وأما مع العلم بزياده

ص: ٢١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٨٧، الباب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

ليبان كفايه التراضى فى ذلك وعدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضى العله الناقه الغير المتوقفه على شىء. ونحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: «عن الرجل يشتري المتاع وزناً فى الناسيه الشرح:

المقدار المندر أو نقصانه فإن كان إندار ذلك المقدار عاده فتقتضى العاده كون إسقاطه شرطاً ضمناً مع علم المتبايعين بها. ومع عدم ثبوت العاده أو جهلها بها فلا يجوز الإسقاط المزبور إلا باشتراط فى متن العقد، بأن يقول: «بعتك ما فى هذه الظروف الموزنه مع ظرفها كل رطل بكذا على أن يسقط لكل ظرف منها كذا»، فيرجع هذا الاشتراط إلى هبه الزيادة من المثلث أو الإبراء من الثمن أو تراضياً على هذه الهبه أو الإبراء بعد تمام البيع. هذا مع قطع النظر عن الروايات.

وأما بالنظر إليها، فالمتبع موثقه حنان لضعف غيرها أو عدم معارضتها للموثقه، والمستفاد منها جواز الإندار جوازا واقعياً فيما إذا كان المقدار المندر أمراً متعارفا ولم يعلم زيادته على مقدار الظرف، وقد فهم الشيخ رحمه الله هذا منها؛ ولذا ذكر ذلك فى «النهايه» (١) مع جريان عادته فيها على التعبير عن الفتوى بمضمون الروايه. ولا يجوز المقدار المندر فيما إذا علم زيادته، والمراد بعدم جوازه نظير عدم جواز الشراء بالموازين الزائده عما يتسامح فيها عدم صيروره الزائد ملكاً للآخر بمجرد الإندار وفاءً للمعامله المزبوره، بل يحتاج إلى هبه جديده.

والحاصل: أن المقدار المندر لو كان المعتاد ويحتمل الزيادة والنقصان فيجوز واقعا، ومع عدم أحد القيدين فإن شك فى زيادته ونقصانه مع عدم العاده فيجوز الإندار ولكن بحكم ظاهرى، ومع العاده والعلم بالزيادة أو النقصان يجوز ذلك بناءً على كون

ص: ٢١٩

والجوالق، فيقول: ادفع للناسيه رطلاً أو أكثر من ذلك، أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه والجوالق فلا بأس إذا تراضيا». ثم إن قوله: «إن كان يزيد وينقص» في الروايه الأولى، يحتمل أن يراد به: الزيادة والنقيصه في هذا المقدار المندر في شخص المعامله، بمعنى زياده مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنه يزيد في بعض الزقاق، وينقص في بعض آخر. وأن يراد به: الزيادة والنقيصه في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعامله بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض أخرى النقيصه. وهذا هو الذى فهمه فى النهايه حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تاره وينقص أخرى، ونحوه فى الوسيله. ويشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير «يزيد» و «ينقص» إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، وللثانى عطف النقيصه على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، وللثالث ما ورد فى بعض الروايات: «من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينه ثم يكيه فيزيد؟ قال عليه السلام: الشرح:

الزيادة والنقيصه مع العاده بمنزله الاشتراط الضمنى. ولكن الحكم محل إشكال ما لم تبلغ العاده حدا يحرز كونها كالشرط فى ضمن العقد؛ لأن انصراف العقد إلى العاده ليس من قبيل انصراف المطلق إلى بعض أفراده، بل من قبيل إضافه شىء آخر من الهبه أو الإبراء إلى أصل البيع.

أقول: إذا كان المستفاد من الموثقه عدم الجواز فى غير ما كان المقدار المندر أمرا عاديا يحتمل الزيادة والنقيصه فمقتضاه أن المقدار المندر مع العلم بزيادته أو نقصانه حتى مع العاده يحتاج إلى هبه أو إبراء مستقل أو اشتراط مستقل فلا يحكم بأحدهما بمجرد الشرط الضمنى فى العقد، حيث إن الشرط الضمنى المزبور محكوم بعدم الاعتبار.

وربما نقص؟ قلت: وربما نقص. قال: فإذا نقص ردوا عليكم؟ قلت: لا- قال: لا- بأس». فيكون معنى الرواية: أنه إذا كان الذى يحسب لكم زائداً مرّه وناقصاً أخرى، فلا- بأس بما يحسب وإن بلغ ما بلغ، وإن زاد دائماً، فلا يجوز إلا بهبه أو إبراء من الثمن أو مع التراضى، بناءً على عدم توقّف الشقّ الأول عليه، ووقوع المحاسبه من السمسار بمقتضى العاده من غير اطلاع صاحب الزيت.

وكيف كان، فالذى يقوى فى النظر، هو المشهور بين المتأخرين: من جواز إنذار ما يحتمل الزيادة والنقصه، لأصالة عدم زياده المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن. لكنّ العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حقّ أحدهما عند انكشاف الحال. وأما مع العلم بالزيادة أو النقصه، فإن كان هنا عاده تقتضيه، كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. ولعلّه مراد من لم يقيد بالعلم. ومع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضى لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء تواطئا على ذلك فى متن العقد، بأن قال: «بعتك ما فى هذه الظروف كلّ رطل بدرهم على أن يسقط لكلّ ظرف كذا» فهو هبه له، أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمه أو هبه للعين. هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص، وأما مع ملاحظتها فالمعول عليه روايه حنان المتقدمه الظاهره فى اعتبار الاعتياد، من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزياده المحسوب عن الظروف بما لا- يتسامح به فى بيع كلّ مظروف بحسب حاله. وكأنّ الشيخ رحمه الله فى النهايه فهم ذلك من الروايه فعبر بمضمونها كما هو دأبه فى ذلك الكتاب.

وحيث إنّ ظاهر الروايه جواز الإنذار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة والنقصه، عملنا بها كذلك، فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائده عما يتسامح به، فإنّ

ذلك يحتاج إلى هبهٍ جديدٍ، ولا يكفي إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري. هذا كله مع تعارف إندار ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة والنقيصه وعدم العاده يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين. ومعها يجوز بناءً على انصراف العقد إليها. لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط في ضمن العقد، لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العاده صارفَةً له.

ثمّ الظاهر أنّ الحكم المذكور [١] غير مختصّ بظروف السمن والزيت، بل يعمّ كلّ ظرف، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدّم عن فخر الدين رحمه الله وعبارته النهايه والوسيله والفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني (رحمهم الله). ويؤيده الروايه المتقدّمه عن قرب الإسناد. لكن لا- يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشىء فيه وعدم تفريغه منه كقوارير الجلاب والعطريات، لا مطلق اللغوى أعنى: الوعاء. ويحتمل العموم، وهو ضعيف.

الشرح:

[١] وحاصله: أن الحكم بجواز الإندار لا يختص بظروف السمن والزيت، بل الظاهر عمومته لكل ظرف يجرى البيع على مظهره كما هو مقتضى روايه «قرب الإسناد»، ولكن لضعف سندها صالحه للتأييد فقط، ويحتمل قريباً أن لا يعم كل مظهر، بل يختص بالظروف التي يكون بيع المظروف في ظرفه، بمعنى عدم تفريغه منه عند بيعه متعارفاً، حيث لا يمكن التعدي عن ظروف السمن والزيت إلى أزيد من ذلك.

نعم، كما أنه قد يكون بيع الشىء حال كونه في الظرف متعارفاً كذلك يتعارف بيع الشىء الموزون مع مصاحبه غير الموزون، وعلى ذلك فيحتاج في تعيين مقدار ثمن الموزون إلى الإندار من وزن المجموع وإندار مقدار لصاحبه الغير الموزون كالشمع

ص: ٢٢٢

نعم، يقوى تعديه الحكم إلى كلِّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلّى المصوغه من الذهب والفضّه، وكذا للمظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس فى الزقاق. وأمّا تعديه الحكم إلى كلِّ ما ضمّ إلى المبيع ممّا لا يراد بيعه معه فممّا لا ينبغى احتماله.

مسأله: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون [١] معه وإن لم يعلم إلا بوزن الشرح:

المنصوب على الحلّى المصنوع من الذهب أو الفضة، فإن الحلّى موزون ومصاحبه غير موزون فيوزنان معا ويندر للشمع مقدار. ونظيره ما إذا بيع الظرف والمظروف ولكن كان المقصود بالأصالة هو شراء الظرف وقصد بيع المظروف تبعاً، كما إذا أراد شراء زقاق ولا يجد إلا ما فيه دبس قليل يباع الظرف معه، فإن الدبس بما أنه موزون يوزن مع ظرفه ويندر للظرف مقدار لتعيين مقدار الدبس وتعيين ثمنه.

أقول: تعديه الحكم إلى كل ظرف يتعارف بيع مظروفه حال كونه فى الظرف لا- بأس به للسيره المشار إليها وعدم احتمال خصوصيه لظرف السمن والزيت من دون منع عن السيره، بل مع كونها مؤيده بروايه «قرب الإسناد» وكذا فيما إذا كان شراء المظروف تبعاً لشراء ظرفه، وأمّا التعدى إلى المصاحب فإن أحرز ثبوت السيره فيه أيضاً فهو، وإلا فمقتضى ما دل على اعتبار الوزن فى بيع الموزون عدم الجواز، والله سبحانه هو العالم.

[١] يجوز بيع المظروف الذى يباع وزناً مع ظرفه بوزن المجموع وإجراء البيع عليهما بصفقه واحده على المشهور، بل لم يعرف خلاف من الخاصه، إلا ما ذكر فى «الروضه» (١) من نسبه الخلاف إلى بعض من غير تعيينه، وعن «التذكره» نسبه المنع إلى

ص: ٢٢٣

المجموع، على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصه إلا ما أرسله في الروضه، ونسب في التذكرة إلى بعض العامه، استناداً إلى أنّ وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهاله وزن كل واحد واختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجراف حاصل هنا. والذي يقتضيه النظر: أمّا فيما نحن فيه ممّا جوّز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهاله وزنه

الشرح:

بعض العامه (1). ويمكن الاستدلال على المنع بأن ما يباع وزناً وهو المظروف غير معلوم وزنه والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان الظرف ممّا يباع وزناً أيضاً فلا يفيد العلم بوزن المجموع؛ لأنّ اختلاف المظروف مع الظرف في القيمة يوجب الغرر الموجود في بيع المظروف جزافاً.

وذكر المصنف رحمه الله في المقام تفصيلاً وهو: أنه إذا كان يبيع المظروف في ظرفه بوزن المجموع متعارفاً كما تقدم في المسأله السابقه، فيكفي وزن المجموع في المقام؛ لأنّ الإندار في تلك المسأله كانت لتعيين مقدار الثمن وكان لا يعتبر في بيع مظروفه وزنه منفرداً، وعليه فلو كان الظرف داخلياً في البيع كما هو الفرض في المقام، فلا يحتاج إلى الإندار، ولم يحصل من ضم الظرف إلى مظروفه في البيع مانع آخر أو فقد شرط.

نعم، إذا لم يكن الضم من قبيل بيع المظروف مع ظرفه، بل من وزن الشئين الموزونين معا وبيعهما بصفقه واحده، فإن لم يحصل من بيعها كذلك غرر كما إذا كان كل منهما مساوياً للآخر في القيمة السوقية، فلا إشكال في صحه البيع؛ لأنّ الدليل على المنع إما النهى عن بيع الغرر ولا غرر في البين على الفرض، وإما ما دلّ على اعتبار

ص: ٢٢٤

فالقِطْعُ بِالْجَوَازِ مَنْضَمًّا، إِذْ لَمْ يَحْصُلْ بِالِانْتِصَامِ مَانِعٌ، وَلَا ارْتَفَعَ شَرْطٌ. وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ مِنْ أَحَدِ الْمَنْضَمِّينَ اللَّذِينَ لَا يَكْفِي فِي بَيْعِهِ مَنْفَرَدًا مَعْرِفَهُ وَزْنَ الْمَجْمُوعِ، فَالْقِطْعُ بِالْمَنْعِ مَعَ لُزُومِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ، كَمَا لَوْ بَاعَ سَبِيكَةً مِنْ ذَهَبٍ مَرْدَّدٍ بَيْنَ مَائَةِ مِثْقَالٍ وَأَلْفٍ مَعَ وَصْلِهِ مِنْ رِصَاصٍ قَدْ بَلَغَ وَزْنُهُمَا أَلْفَى مِثْقَالًا، فَإِنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذَا الْبَيْعِ إِقْدَامٌ عَلَى مَا فِيهِ خَطَرٌ يَسْتَحَقُّ لِأَجْلِهِ اللَّوْمَ مِنَ الْعُقَلَاءِ. وَأَمَّا مَعَ انْتِفَاءِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ وَانْحِصَارِ الْمَانِعِ فِي النَّصِّ الدَّالِّ عَلَى لُزُومِ الْإِعْتِبَارِ بِالْكَيْلِ وَالْوِزْنِ وَالْإِجْمَاعِ الْمَنْعُودِ عَلَى بَطْلَانِ الْبَيْعِ إِذَا كَانَ الْمُبِيعُ مَجْهُولَ الْمَقْدَارِ فِي الْمَكْيَلِ وَالْمَوْزَنِ، فَالْقِطْعُ بِالْجَوَازِ، لِأَنَّ النَّصَّ وَالْإِجْمَاعَ إِنَّمَا دَلَّ عَلَى لُزُومِ اعْتِبَارِ الْمُبِيعِ، لَا كُلَّ جِزءٍ مِنْهُ.

الشرح:

الوزن، وظاهره اعتبار وزن مجموع المبيع لا وزن كل واحد من أجزائه التي ينحل إليها البيع. ولو حصل من جمعهما في البيع غرر كما إذا ضم قطعه الذهب إلى قطعه الرصاص يبلغ وزن مجموعهما ألفا بصفقه واحده، مع جهاله وزن الذهب بأنه مئة أو مئتان، يحكم ببطلان البيع للغرر لا لاعتبار الوزن.

أقول: يحكم بصحة البيع في الفرض أيضا على الأظهر؛ لأن الغرر في البيع مندفع بثبوت خيار الغبن، وقد تقدم سابقا أن ما هو المعروف في الألسنة من أن الخيار حكم للبيع الصحيح يتم في الخيار الشرعي التأسيسي كخيارى المجلس والحيوان، لا الإمضائي كخيار الشرط، ويدخل فيه خيار الغبن على ما يأتي، بل قيل كما عن المحقق الأيرواني رحمه الله (1)، بصحة البيع حتى مع إسقاط خيار الغبن، فإن المقام لا يزيد على بيع مالك الذهب ذهبه بقيمة الرصاص. ولكنه ضعيف؛ لأن مع العلم بكون المبيع

ص: ٢٢٥

١- (١) أنظر حاشيه كتاب المكاسب للإيرواني رحمه الله ٢: ٦٣٠ / ١٣٨٠.

ولو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفه وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضه المحشى بالشمع وعدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضّر جهالته، وإلا فلا. ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور [١]:

الشرح:

ذهبا والعلم بوزنه لا يكون بيعه بقيمه الرصاص غرريا لأخذ الجهاله فى معنى الغرر، فلا يعمه النهى عن بيع الغرر كما لا يعمه ما دل على بطلان بيع الموزون بلا-وزن، بخلاف مسأله ضم الذهب إلى الرصاص وبيعهما بصفقه واحده، فإن الجهل بمقدار الذهب منفردا يعمه النهى عن بيع الغرر.

وأیضا ما يذكر المصنف رحمه الله من أن المصاحب غير الموزون مع الموزون وبيعهما بصفقه صحيح فيما إذا كان المصاحب تابعا، لا يمكن المساعده عليه؛ لأن وزن المجموع يكفى فى موردين: أحدهما: فيما إذا كان كل من الشيتين موزونا. والثانى: ما إذا كان المظروف الذى يتعارف تعيين وزنه عند بيعه بوزنه مع ظرفه، وأما فى غير ذلك فلا موجب لرفع اليد عما دل على اعتبار الوزن فى بيع شىء يكون تعيين ماليتة بالوزن والمفروض أنه الفضه دون الشمع.

[١] صور بيع المظروف مع ظرفه أربع:

الأولى: ما إذا بيعا باعتبار أنهما متاعين قد بيعا بصفقه واحده، نظير سائر الأمتعه المباعه بصفقه واحده، بحيث لو انكشف بطلان البيع بالإضافه إلى أحدهما يسقط الثمن عليهما بتقويم كل واحد منهما منفردا، ثم يؤخذ بنسبه قيمه أحدهما إلى المجموع. فإذا قيل بأن الظرف قيمته دينار والمظروف قيمته ديناران يؤخذ للظرف ثلث الثمن، كما تقدم فى بيع ما يملك وما لا يملك بصفقه واحده.

الثانيه: ما إذا بيع المظروف والظرف بثمن على أن يكون بعضه بإزاء المظروف

إحداها: أن يبيعه مع ظرفه بعشره مثلاً، فيقسط الثمن على قيمتي كل من المظروف والظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل: قيمه الظرف درهم وقيمه المظروف تسعه، كان للظرف عُشر الثمن.

الثانيه: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أنّ كل رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إنذار مقدار للظرف، ويكون قيمه الظرف ما بقي بعد ذلك. وهذا في معنى بيع كل منهما منفرداً.

الثالثه: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف. وطريقه التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك: أن يوزن الظرف الشرح:

على وجه التسعير، بأن يكون كل رطل منه بدينار والباقي من الثمن بإزاء الظرف، ولو ظهر الظرف أو المظروف مستحقاً للغير يعين ثمنه بالإندار.

الثالثه: أن يباع الظرف والمظروف الموزونان معا باعتبارهما شيئاً واحداً يباع على نحو التسعير، ولو كان وزن المجموع عشره أرطال يباع كل رطل من المفروض شيئاً واحداً بدينار، بحيث لو كان وزن الظرف مفرداً رطلين يكون ثمنه دينارين.

والرابعه: أن لا يفرض المجموع شيئاً واحداً بحسب التقويم، بل يباع الرطل المركب من المظروف وظرفه بدينار، وعلى ذلك يكون تقسيط الثمن على تقدير الحاجة بحسب قيمه السوقيه لكل منهما منفرداً، مثلاً لو كان وزن الظرف خمس وزن المجموع فلا يكون ثمنه خمس تمام الثمن كما في الفرض الثالث، بل يحسب قيمه الظرف منفرداً وقيمه المظروف منفرداً، فلو كان قيمه الظرف مساويه مع تمام قيمه المظروف يكون قيمه الرطل وهو الدينار أربعة أخماسه للظرف وربعه للمظروف. والمصنف رحمه الله قد ذكر هذه الصوره الثالثه بقوله: «لا من المركب من الظرف والمظروف؛ لأنه إذا باع . . . إلخ» فتدبر.

منفرداً وينسب إلى الجملة ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبه، وتبعه على هذا غير واحد. ومقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين والمجموع عشره أخذ له خمس الثمن. والوجه في ذلك: ملاحظه الظرف والمظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع ليساوي ثمنه ثمن المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع، لا من المركب من الظرف والمظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلاً وزّع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمه مثلهما. فإذا كان قيمه خمس الرطل المذكور الذي هو وزن الظرف الموجود فيه مساوياً لقيمه أربعة الأخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّم الثمن عليه أخماساً؟

مسأله: المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي»: استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات، ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا. وعن إيضاح النافع: أنه قد يجب. وهو ظاهر عبارته الحدائق أيضاً. وكلام المفيد رحمه الله في المقنعه أيضاً لا- يأبى الوجوب، لأنه بعد ذكر قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، وقوله تعالى: «أَنْفَقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» قال: فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشه والإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال، ولا- كان على ثقته في تفقه من طيب الاكتساب، وقال تعالى أيضاً: «ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرم من المتاجر والاكتساب. وجاءت الروايه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم». ثم قال: قال الصادق عليه السلام: «من أراد التجاره

فليتفقّه في دينه، ليعلم بذلك ما يحلّ له ممّا يحرم عليه، ومن لم يتفقّه في دينه ثم أتجر تورّط في الشبهات»، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب، إلا أن تعبيره بلفظ «ينبغي» ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أنّ الإنصاف أنّ ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمه، فإنّ معرفه الحلال والحرام واجبه على كلّ أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور. وليس معرفه جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعه، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، أو عند إرادته الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنّه معاقب على ما يفعله من الحرام لو تركّ التعلّم وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإنّ التفاته السابق وعلمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب، وإلاّ لم يعاقب أكثر الجهّال على أكثر المحرّمات، لأنّهم يفعلونها وهم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب. ولذا أجمعنا على أنّ الكفّار يعاقبون على الفروع. وقد ورد ذمّ الغافل المقصّر في معصيته، في غير واحد من الأخبار.

ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعه تبعاً للأردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصير، لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه. لكنّ تحصيل العلم وإزاله الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

والحاصل: أنّ التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا- على فعل الحرام، ولا- على تركّ التعلّم إلاّ إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلّه التحريم، ووجوب طلب العلم على كلّ مسلم، وعدم تقييح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء وإن لم يلتفت حين إرادته ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجاره وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيه يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصاله عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعامله، ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «التاجر فاجر، والفاجر في النار إلا من أخذ الحق وأعطى الحق» إشاره إلى هذا المعنى، بناءً على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق وأخذ الحق. فوجوب معرفه المعامله الصحيحه في هذا المقام شرعي، لنهى الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصاله عدم انتقاله إليه. وفي غير هذا المقام عقليّ مقدميّ لثلاً يقع في الحرام.

وكيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً، وإن كان وجوب معرفه باقى المحرّمات من باب العقل فقط.

ويمكن توجيه كلامهم بإرادته التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقه والمعاملات الفاسده كذلك، ويطلع على موارد الشبهه والمعاملات الغير الواضحه الصحه فيجتنب عنها في العمل، فإنّ القدر الواجب هو معرفه المسائل العامه البلوى، لا الفروع الفقهيّه المذكوره في المعاملات. ويشهد للغايه الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه: «إن الربا أخفى من ديب النمله على الصفا»، وللغايه الثانيه قول الصادق عليه السلام في الروايه المتقدمه: «من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات»، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ. وقد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد. ولا يخلو عن وجه في مقام التوجيه. ثم إنّ التفقه في مسائل التجاره لَمّا كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسده التي أهمها الربا الجامعه بين أكل المال بالباطل وارتكاب الموبقه الكذائيّه لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدله التفقه هنا، وأدله تحصيل المعاش. نعم،

ربما أورد في هذا المقام وإن كان خارجاً عنه التعارض بين أدلّه طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات وأنواع المعاملات المتوقّفة على الاجتهاد، وبين أدلّه طلب الاكتساب والاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، وترك إلقاء كلّه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإنّ الأخبار من الطرفين كثيرة. يكفي في طلب الاكتساب ما ورد: من أنّه «أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا وآله وعليه السلام: يا داود إنّك نِعَم العبد لولا أنّك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه السلام أربعين صباحاً ثمّ ألان الله تعالى له الحديد، وكان يعمل كلّ يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال... الحديث». وما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: «ليس منّا من ترك ديناه لآخرته، أو آخرته لديناه»، وأنّ «العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال». وأمّا الأخبار في طلب العلم وفضله فهي أكثر من أن تذكر، وأوضح من أن تحتاج إلى الذكر. وذكر في الحدائق: أنّ الجمع بينهما بأحد وجهين:

أحدهما وهو الأظهر بين علمائنا: تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم، ويقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتغل بتحصيله واستفادته وتعليمه وإفادته. قال: وبهذا الوجه صرّح الشهيد الثاني رحمه الله في رسالته المسماة ب «منية المرید في آداب المفيد والمستفيد» حيث قال في جملة شرائط العلم: وأن يتوكل على الله ويفوض أمره إليه، ولا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها وتكون وبالاً عليه، ولا على أحد من خلق الله تعالى، بل يلقى مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه ولحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله «أنّ الله تعالى قد تكفّل لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه لغيره» بمعنى: أنّ غيره يحتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، وطالب العلم لا يُكَلّف بذلك بل بالطلب، وكفاه مؤونه الرزق إن

أحسن التيه، وأخلص القربه. وعندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته بلغ ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى وجميل معونته منذ ما اشتغلت بالعلم، وهو مبادئ عشر الثلاثين وتسعمائه إلى يومنا هذا، وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث وخمسين وتسعمائه.

وبالجملة، ليس الخبر كالعيان. وروى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكلينى قدس سره بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفدت نفقتى فى بعض الأسفار، فقال لى بعض أصحابى: من تؤمّل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذا والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أملك ولا تنجح طلبتك! قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إن أبا عبد الله عليه السلام حدثنى: أنه قرأ فى بعض كتبه: «إن الله تبارك وتعالى يقول: وعزتى وجلالى ومجدى وارتفاعى على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمّل غيرى باليأس، ولأ-كسوته ثوب المذلّه عند الناس، ولأنحيته من قبرى، ولأبعدنه من وصلى، أيؤمّل غيرى فى الشدائد والشدائد بيدى؟! ويرجو غيرى ويقرع باب غيرى وييدى مفاتيح الأبواب وهى مغلّقه، وبابى مفتوح لمن دعانى، فمن ذا الذى أملى لنوابه فقطعته دونها؟ ومن ذا الذى رجاني لعظيمه فقطعت رجاءه منى؟ جعلت آمال عبادى عندى محفوظه، فلم يرضوا بحفظى، وملاّت سماواتى ممّن لا يملّ من تسيحى، وأمرتهم أن لا يغلّقوا الأبواب بينى وبين عبادى، فلم يثقوا بقولى. ألم يعلم من طرّفته نائبه من نوابى أنه لا- يملك كشفها أحد غيرى إلا من بعد إذنى، فما لى أراه لاهياً عنى؟ أعطيته بجودى ما لم يسألنى، ثم انتزعتة عنه فلم يسألنى رده وسأل غيرى، أفترانى أبدأ بالعطايا قبل المسأله ثم أسأل فلا- أجيب سائلى؟ أبخيل أنا فيبخلنى عبدى؟ أو ليس الجود والكرم لى؟ أو ليس العفو والرحمه بيدى؟ أو ليس أنا محل الآمال، فمن يقطعها دونى؟ أفلا يخشى المؤمنون أن يؤمّلوا غيرى؟ فلو أنّ أهل سماواتى وأهل أرضى

أملوا جميعاً ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّه، وكيف ينقص مُلكك أنا قيّمه؟ فيا بؤساً للقانطين من رحمتي! ويا بؤساً لمن عصاني ولم يراقبني!» انتهى الحديث الشريف، وانتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله . قال في الحداثق: ويدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمّن حدّثه، قال: سمعت أميرالمؤمنين عليه السلام يقول: «أيّها الناس، إنّ كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإنّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم وضمّنه لكم، وسيّفى لكم، والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخبر». قال: ويؤكّده ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «يقول الله عزّ وجلّ: وعزّتى وجلالى وكبريائى ونورى، وعظمتى وعُلُوّى وارتفاع مكانى لا يؤثر عبد هواى على هواه إلا استحفظته ملائكتى، وكفّلت السماوات والأرضين رزقه، وكنت له من وراء تجاره كلّ تاجر، فتأتيه الدنيا وهى راغمه» انتهى كلامه.

وأنت خير بأنّ ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله وما ذكره من الحديث القدسى لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين أدله الطرفين، لأنّ ما ذكر من التوكّل على الله وعدم ربط القلب بغيره لا ينافى الاشتغال بالاكْتساب، ولذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه وعلى أخيه وزوجته وولديه وذريته جامعاً بين أعلى مراتب التوكّل وأشدّ مشاقّ الاكْتساب، وهو الاستقاء لحائط اليهودى، وليس الشهيد أيضاً فى مقام أنّ طلب العلم أفضل من التكبّب وإن كان أفضل، بل فى مقام أنّ طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهره الموجوده غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمرّه من السلاطين، والحاصله من الموقوفات للمدارس وأهل العلم، والموجوده الحاصله غالباً للعلماء والمشتغلين من معاشره

السلطان وأتباعه والمرادوه مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات وردّ المظالم والأخماس وشبه ذلك، كما كان ذلك متعارفاً في ذلك الزمان، بل في كلّ زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالجملة، فلا شهاده فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوّله إلى آخره وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور، أعنى: تخصيص أدلّمه طلب الحلال بغير طالب العلم. ثمّ إنّه لا- إشكال في أن كلاً- من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة. ولا- ريب أنّ المستحب من أحدهما لا- يزاحم الواجب، ولا- الواجب الكفائي الواجب العيني. ولا إشكال أيضاً في أنّ الأهمّ من الواجبين العيينين مقدّم على غيره، وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به. وقد يكون كسب الكاسب مقدمه لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدّمه. بقى الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبه على الأمرين.

فربّ من لا- يحصل له باشتغاله بالعلم إلاّ شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائده، ويترتب على اشتغاله بالتجاره فوائد كثيره، منها: تكفّل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصله أو الصدقه الواجبه والمستحبّه، فيحصل بذلك ثواب الصدقه وثواب الإعانه الواجبه أو المستحبّه على تحصيل العلم. وربّ من يحصل بالاشتغال مرتبه عاليه من العلم يُحیی بها فنون علم الدين، فلا- يحصل له من كسبه إلاّ قليل من الرزق، فإنّه لا إشكال في أنّ اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام فإنّما هو لعدم مزاحمه اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوه والرئاسه العلميه.

وبالجملة، فطلب كل من العلم والرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، وإذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظه مقدار النفع الواصل. فثبت من ذلك كله: أنّ تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكْتساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحج أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال، إلى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقّي الركبان بالشروط الآتية، واختلفوا في حرمة وكرهته، فعن التقى والقاضى والحلى والعلامة في المنتهى: الحرمة، وهو المحكى عن ظاهر الدروس وحواشى المحقق الثانى.

وعن الشيخ وابن زهره: لا يجوز. وأوّل في المختلف عبارته الشيخ بالكرهه. وهى أى الكراهه مذهب الأ-كثر، بل عن إيضاح النافع: أنّ الشيخ ادّعى الإجماع على عدم التحريم. وعن نهایه الإحكام: تلقّى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا، وليس حراماً إجماعاً. ومستند التحريم ظواهر الأخبار:

منها: ما عن منهل القصاب، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: لا تلقّ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقّى. قلت: وما حدّ التلقّى؟ قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: وكم الغدوه والروحه؟ قال: أربعة فراسخ. قال ابن أبى عمير: وما فوق ذلك فليس بتلقّ».

وفى خبر عروه: «لا يتلقّى أحدكم تجاره خارجاً من المصر، ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض». وفى روايه أخرى: «لا- تلقّ ولا- تشتّر ما يتلقّى ولا- تأكل منه». وظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعامله، فيكون أكلاً بالباطل، ولم يقل به إلاّ الإسكافى. وعن ظاهر المنتهى: الاتفاق على خلافه، فتكون

الروايه مع ضعفها مخالفه لعمل الأصحاب، فتقصر عن إفاده الحرمة والفساد. نعم، لا بأس بحملها على الكراهه لو وجد القول بكراهه الأكل ممّا يُشترى من المتلقّى، ولا بأس به حسماً لماّده التلقّى. ومما ذكرنا يعلم: أنّ النهى فى سائر الأخبار أيضاً محمول على الكراهه، الموافقه للأصل مع ضعف الخبر ومخالفته للمشهور.

ثمّ إنّ حدّ التلقّى أربعه فراسخ، كما فى كلام بعض. والظاهر أنّ مرادهم خروج الحد عن المحدود، لأنّ الظاهر زوال المرجوحته إذا كان أربعه فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. وروى: «أنّ حدّ التلقّى روحه، فإذا بلغ إلى أربعه فراسخ فهو جلب»، فإنّ الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون إلاّ بإرادته خروج الحد عن المحدود. كما أنّ ما فى الروايه السابقه: أن حدّه «ما دون غدوه أو روحه» محمول على دخول الحد فى المحدود. لكن قال فى المنتهى: حدّ علماؤنا التلقّى بأربعه فراسخ، فكرهوا التلقّى إلى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجاره وجلباً، وهو ظاهر، لأنّ بمضيه ورجوعه يكون مسافراً، ويجب عليه القصر فىكون مسافراً حقيقياً إلى أن قال: ولا نعرف بين علمائنا خلافاً فيه، انتهى. والتعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحه فى التعبير، ولعل الوجه فى التحديد بالأربعه: أنّ الحصول على الأربعه بلا زياده ونقيصه نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهه، إذ لا يقال: إنّ وصل إلى الأربعه إلاّ إذا تجاوز عنها ولو يسيراً.

فالظاهر أنه لا إشكال فى أصل الحكم وإن وقع اختلاف فى التعبير فى النصوص والفتاوى. ثمّ إنّ لا إشكال فى اعتبار القصد، إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقّى، فلو تلقى الركب فى طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره المعامله معهم. وكذا فى اعتبار قصد المعامله من المتلقّى، فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعامله. قيل: ظاهر التعليل فى روايه عروه المتقدمه اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

وفيه: أنه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن تكون العلة في كراهه التلقّي مسامحة الركب في الميزان بما لا- يتسامح به المتلقّي، أو مظنه حبس المتلقّين ما اشتروه، أو ادّخاره عن أعين الناس ويبيعه تدريجاً. بخلاف ما إذا أتى الركب وطرحوا أمتعتهم في الخانات والأسواق، فإنّ له أثراً بيّناً في امتلاء أعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطعام.

وكيف كان، فاشتراط الكراهه بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشه. ثمّ إنّ لا فرق بين أخذ المتلقّي بصيغه البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم، لا بأس باستيهاهم ولو بإهداء شيء إليهم.

ولو تلقّاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» قوى سرايه الحكم إلى بيع شيء منهم وإيجارهم المساكن والخانات. كما أنّه إذا جعلنا المناط في الكراهه كراهه غبن الجاهل، كما يدلّ عليه النبويّ العامي: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» قوى سرايه الحكم إلى كلّ معاملة توجب غبنهم، كالبيع والشراء منهم متلقياً، وشبه ذلك. لكن الأظهر هو الأوّل.

وكيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. وقد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن، ولعله لإطلاق النبويّ المتقدّم المحمول على صورته تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة. واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة: يحرم النجش على المشهور، كما في الحدائق، بل عن المنتهى وجامع المقاصد: أنّه محرّم إجماعاً. لروايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول

اللّه صلى الله عليه و آله : الواشمه والمؤتشمه والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله . وفي النبويّ المحكى عن معانى الأخبار: «لا تناجشوا ولا تدابروا»، قال: ومعناه: أن يزيد الرجل فى ثمن السلعه وهو لا يريد شراءها، لىسمع غيره فيزيد بزيادته، والناجش خائن، والتدابير: الهجران، انتهى كلام الصدوق.

والظاهر أنّ المراد بزياده الناجش: مواطاه البائع المنجوش له.

مسأله: إذا دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه فى قبيلٍ يكون المدفوع إليه منهم، ولم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال [١] من دون الدافع ك: مال الإمام، أو ردّ المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور:

الشرح:

[١] وتفصيل الكلام فى المقام، هو أن المال المدفوع إلى الغير لصفه على طائفه بحيث قد يكون للمدفع إليه ولاية ذلك المال من دون ولاية لدافعه كمال الإمام عليه السلام أو المال المجهول مالكة المدفوع إلى الحاكم الشرعى، فيتصرف الحاكم فى المال المزبور على ما يراه الوظيفة فيهما، ولكن ثبوت الولاية كذلك فيهما للحاكم الشرعى كلام، وذلك فإن نصف الخمس بمقتضى الآيه المباركه بملاحظه الروايات ملك للإمام عليه السلام ولو بعنوان الإمام للمسلمين. وله عليه السلام ولاية صرف النصف الآخر على مواضعه بحيث لا يجوز لمن تعلق بماله الخمس المباشره فى وضعه فى تلك المصارف كما هو ظاهر أمره عليه السلام بإرسال الخمس إليه أو كون الخمس له، مثل قوله عليه السلام: «خذ مال الناصب وادفع إلينا خمس» (١). وفى الصحيح عن على بن محمد بن شجاع النيشابورى، فوقع عليه السلام: «لى منه الخمس مما يفضل من مؤنته» (٢). وفى صحيحه

ص: ٢٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٤٨٧ ٤٨٨ ، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ١٨٦ ١٨٧ ، الباب ٥ من أبواب زكاه الغلات، الحديث ٢ .

الشرح:

على بن مهزيار: «من كان عنده شيء من ذلك فليوصله إلى وكيلي»^(١). وفي موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت . . .»^(٢) إلى غير ذلك.

وعلى ذلك، فلو قيل بأن الولاية الثابتة للإمام عليه السلام تثبت للحاكم والفقير العادل في زمان الغيبة تثبت له أيضا بالإضافة إلى سهم السادة، بحيث لا يجوز للمكلف صرفه على موارد بلا استئذان منه.

وأما بناءً على ما هو الأظهر من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسينية على ما تقدم تفصيلها، فيجوز للمكلف الاستقلال في صرف ذلك السهم بدفعه إلى أربابها، حيث إن مقتضى أصله البراءة عدم اشتراط الاستئذان في دفعه بعد كون مقتضى الآيه والروايات ثبوت الخمس في المال. نعم، لو طلب الفقيه المتصدي لتنظيم أمور المسلمين السهم المزبور للصرف على بعض مصارفه لضرورته وجبت الإجابة إطاعه أولى الأمر، ولكن هذا لا يفيد الاشتراط بحيث لو خالف المكلف ودفعه إلى أربابها لم يجز كما لا يخفى.

وأما بالإضافة إلى السهم المبارك فيما أن المال المزبور ملك الإمام عليه السلام ولا دليل على دخوله في ملك الغير في زمان الغيبة ابتداءً، حاكماً كان أو غيره ولكن يعلم برضاه عليه السلام بصرفه في مصالح ترويج الإسلام، نظير الحوزات العلمية والاحتفاظ بها ونشر الأحكام الشرعية أصولاً وفروعاً ودفع بعض ضرورات الضعفاء من المؤمنين، فيجوز للفقير صرفه على هذه المواضع مع ملاحظه الأهم والمهم. وإذا كان ملاك

ص: ٢٣٩

١- (١) وسائل الشيعة ٩: ٥٠٢، الباب ٨ من أبواب الخمس، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب الخمس، الحديث ٢.

إحداها: أن تظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالأخذ منه، كما إذا عيّن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. ولا إشكال في عدم الجواز، لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.

الثانية: أن تظهر قرينه حاله أو مقالته على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. ولا إشكال في الجواز حينئذ.

الشرح:

تصرفه علمه برضاه عليه السلام، فإن رضا الدافع بصرف ذلك المال على البعض المعين من تلك المواضع، فلا بد للفقهاء رعايتها لو احتمل دخلها في رضاه عليه السلام. نعم، على القول بثبوت الولاية للفقهاء مطلقاً لا في خصوص الأمور الحسينية فلا حاجة إلى رعايتها.

وأما المال المجهول مالكة، فقد تعرضنا لحكمه في بحث المكاسب المحرمة وأنه يظهر من بعض الروايات ثبوت ولايته للإمام عليه السلام، ولو قيل بثبوت هذه الولاية للفقهاء العادل فيعمل فيه بما وظيفته، وعلى ما ذكرنا من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسينية ونظم أمور المسلمين فيعمل كل من وقع بيده المال المزبور التصديق به بعد يأسه عن الظفر بمالكة بعد الفحص عنه أو قبله. واحتمال اعتبار الاستيذان مدفوع بإطلاق الروايات في أن الوظيفة في المال المزبور هو التصديق فراجعها.

ثم إنه ذكر رحمه الله في المقام، أي فيما كان المدفوع إليه من طائفة يصرف المال عليهم ولم يكن له ولاية في ذلك المال صوراً ثلاثاً:

الأولى: ما إذا علم بقرينه حاله أو مقالته إخراج الدافع المدفوع إليه من ذلك القبيل وعدم رضاه بأخذه من المال، كما إذا عين له مقداراً قبل الدفع أو بعده، ففي هذه الصورة لا يجوز للمدفع إليه الأخذ منه؛ لأن المال المزبور ملك للدافع أو له ولاية في دفعه. وعلى كل تقدير، فلا يجوز أخذه بلا رضاه.

الثانية: ما إذا كان في البين قرينه على رضاه بأخذ الدافع لنفسه أيضاً فيجوز له

إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفه، كأن عيّن للمجتهدين مقداراً، وللمشتغلين مقداراً، واعتقده الدافع بعنوان يخالف مُعْتَقَد المدفوع إليه. والتحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كلّ مشتغل كذا وإلى كلّ مجتهد كذا، وخذ أنت ما يخصّك. وإن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتّبع اعتقاد الدافع، لأنّ الداعي إنّما يتفرّع على الاعتقاد لا الواقع.

الشرح:

الأخذ، ولكن فيما إذا اختلف المقدار المعين للأصناف ولو من قبل الدافع فهل الميزان في أخذ المدفوع إليه اعتقاده أو اعتقاد الدافع؟ الأظهر التفصيل بين أن يكون تعيين الدافع على عنوان صنف على وجه الموضوعية فالمتبع إحراز المدفوع إليه واعتقاده، وبين كونه على وجه الداعويّه فالمتبع اعتقاد الدافع وإحرازه.

ومراده رحمه الله من كون عنوان الصنف على وجه الموضوعية أن يكون التعيين للعنوان بنحو القضية الحقيقيه فإنه يوكل فيها إحراز عنوان الموضوع في الخارج إلى المكلف، كما إذا قال: ادفع لكل مجتهد كذا ولكل مشتغل كذا وخذ أنت ما يخصّك، ومن كونه على وجه الداعويّه كون التعيين بنحو القضية الخارجيه، حيث إن تطبيق العنوان على الخارج في التعيين بمفادها بعهد الدافع. ولكن لا- يخفى أنه كما يكون في المَجْعُول بنحو القضية الحقيقيه الميزان نظر المدفوع إليه بالإضافة إلى الأخذ لنفسه، كذلك يكون هو المتبع بالإضافة إلى تعيين كون فرد من أي صنف، وكذا يكون المتبع في المَجْعُول بنحو القضية الخارجيه نظر الدافع بالإضافة إلى المدفوع إليه وغيره.

ص: ٢٤١

الثالثة: أن لا تقوم قرينه على أحد الأمرين، ويطلق المتكلم. وقد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكاله المبسوط وزكاه السرائر ومكاسب النافع وكشف الرموز والمختلف والتذكرة وجامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقاً.

وعن النهايه ومكاسب السرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمسالك والكفايه: أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زياده على غيره. ونسبه في الدروس إلى الأكثر، وفي الحدائق إلى المشهور، وفي المسالك: هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ. وعن نهايه الأحكام والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر: الاقتصار على نقل القولين. وعن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الشرح:

الصورة الثالثة: ما إذا لم تقم قرينه على رضا الدافع بأخذ المدفوع إليه لنفسه ولا عدم رضاه فهل يجوز له الأخذ لنفسه؟ قيل: (١) لا مطلقاً، وقيل: (٢) يجوز لنفسه مثل ما يعطى لغيره، وقيل: (٣) يجوز لو قال: «ضع هذا المال في مواضعه» أو ما يفيد ذلك، ولا يجوز فيما لو قال: «ادفع المال أو أعطه». وقيل (٤) بالجواز لو قال: «ضع هذا المال» أو نحوه، وأما إذا قال: «ادفعه أو أعطه»، فإن كان الدافع عالماً بكون المدفوع إليه من هذا القبيل فلا يجوز، وإن لم يعلم به فيجوز للمدفع إليه الأخذ لنفسه. واستدل على المنع

ص: ٢٤٢

١- (١) المبسوط ٢: ٤٠٣، والسرائر ١: ٤٦٣، والمختصر النافع: ١١٨، وكشف الرموز ١: ٤٤٣ ٤٤٤، والمختلف ٥: ٢٤، والتذكرة ١: ٥٨٣، وجامع المقاصد ٤: ٤٣.

٢- (٢) النهايه: ٣٦٦، والسرائر ٢: ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٢، والتحرير ١: ١٦٢، وإرشاد الأذهان ١: ٣٥٨، والمسالك ٣: ١٣٨، والكفايه: ٨٨.

٣- (٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١١٠، وراجع المهذب البارع ٢: ٣٥٣ ٣٥٤.

٤- (٤) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١١٠، وراجع التنقيح ٣: ٢١.

الصيغه بلفظ «ضعه فيهم» أو ما أدى معناه، والمنع إن كانت بلفظ «إدفعه». وعن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنه إن قال: «هو للفقراء» جاز، وإن قال: «أعطه للفقراء»، فإن علم فقره لم يجز، إذ لو أراد له لخصه، وإن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايره الأمور بالدفع للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأه أن يزوجه من شخص فزوجه من نفسه، أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده بصحيحه ابن الحجاج المسنده في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام وإن أضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالياً ليصرفه في محاويج أو في مساكين، وهو يحتاج، يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه». واحتج المجوزون: بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، والغرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظه لخصوصية الغير، واللفظ وإن سئل عدم شموله له لغه، إلا أن المنساق عرفاً صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم، لو كان المدفوع الشرح:

مطلقاً بظهور اللفظ في مغايره الأمور بالدفع مع المعطى لهم، المؤيد بما ورد فيمن وكلته في تزويجها فأراد تزويجها لنفسه (١)، وفيمن وكله الآخر في الشراء له فأعطى المتاع من عنده (٢). وبصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج على ما في «التحرير» قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالياً ليقسمه في محاويج أو في مساكين وهو محتاج، يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه» (٣).

أقول: دعوى ظهور كلام الدافع إلى مغايره المعطى لهم مع المدفوع إليه ممنوع،

ص: ٢٤٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٨٧ ، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٨٩ ، الباب ٥ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١ و ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٧٧ ، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ .

إليهم أشخاصاً خاصه، وكان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. والروايه معارضه بروايات أخر، مثل: ما عن الكافى فى الصحيح عن سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاه يقسّمها فى أصحابه، يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم». وعن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بابن هاشم: «فى رجل أعطى مالاً يفرّقه فى من يحلّ له، يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره». و صحيحه ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسّمها ويضعها فى مواضعها وهو ممّن تحلّ له الصدقه؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما الشرح:

فيما إذا كان توكيله فى تقسيم المال بنحو يفهم منه إيكال إحراز كون المعطى له من قبيل ما تقدم إلى المدفوع إليه، سواءً قال: «إدفع هذا المال لكل مجتهد من البلد»، أو قال: «بدفعه إليه». ومغايره الموكل مع المعطى له كافى فى صدق الدفع، وخصوصاً فيما إذا كان المال المزبور من قبيل الزكاه المعتبر فيها مغايره المكلف بالأداء مع المعطى لهم، سواءً كان أدائه بالمباشره أو بنحو التوكيل والتسيب.

وأما تأييد المنع بما ذكروا فى توكيل المرأه من عدم جواز تزويج الوكيل المرأه من نفسه فلا يمكن المساعده عليه، فإن المنع فى تلك المسأله مورد الخلاف، وقد ذكر جماعه جواز تزويج الوكيل المرأه من نفسها فيما كان توكيله بنحو العموم، بل مع الإطلاق أيضاً، وربما يستدل على المنع فيها بصحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث أنه قال فى امرأه ولّت أمرها رجلاً فقالت: «زوجنى فلانا، فقال: لا زوجتك حتى تشهدى أن أمرك بيدي، فأشهدت له، فقال عند التزويج للذى يخطبها: يا فلان، عليك كذا وكذا، قال: نعم، فقال هو للقوم: اشهدوا أن ذلك لها عندى وقد زوجتها من نفسى، فقالت المرأه: ما كنت أتزوجك ولا كرامه، ولا أمرى إلا بيدي، ولا وليتك أمرى

يعطى غيره، ولا- يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماه إلا- بإذنه». والذى ينبغى أن يقال: أمّا من حيث دلالة اللفظ الدالّ على الإذن في الدفع والصرّف، فإنّ المتّبع الظهور العرفى وإن كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوى فى غيره، كما أنّ الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجيه مقدّم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرّد عن تلك القرائن. ثمّ إنّ التّعبد فى حكم هذه الشّرح:

إلا- حياءً من الكلام. قال: تنزع منه ويوجع رأسه»(١). ولكن لا- يخفى عدم دلالتها على ما ذكر، بل ظاهرها إنكار المرأة توكيلها إلا فى تزويجها من شخص معين قد كان خطبها قبل التوكيل أو بعده، وأنها قد وكلته لاستحيائها المكالمه مع ذلك الشخص، فلا- تدل على المنع فيما إذا اعترفت بأنها وكلته بنحو العموم أو الإطلاق بحيث يعم التوكيل الزواج من كل زوج، كما هو المفروض فى المقام.

وإن استندوا فى المنع فى تلك المسأله بموثقه عمار الساباطى قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه تكون فى أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها؟ تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجى؟ قال: لا، قلت له: جعلت فداك، وإن كانت أيما، قال: وإن كانت أيما. قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم»(٢). ولا يخفى أن مقتضاها عدم جواز توكيل المرأة رجلاً- فى تزويجها من نفسه ولو مع التصريح؛ ولذا ذكروا أن المنع باعتبار عدم جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فى نكاح المتعه كما هو ظاهر السؤال أو مطلقاً، وهذا ليس مورد الكلام فى المقام. ويحتمل قريباً أن يكون المنع يختص بما إذا كان المتولى لطرفى العقد زوجاً ولا يعم توكيل الواحد من الزوجين فى إجراء العقد، حيث يحتمل أن يكون ملاك

ص: ٢٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٧، الباب ٦ من كتاب الوكاله، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٨٨، الباب ١٠ من أبواب النكاح وأولياء العقد، الحديث ٤.

المسألة لا يخلو عن بُعد، فالأولى حمل الأخبار المجوّزه على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصحيحه المانعه على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنه داعياً إلى الدفع لا- موضوعاً، ولما لم يعلم المسكنه في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه. ثم على تقدير المعارضه، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، لأنّ الشكّ بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي. ولو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

الشرح:

المنع في تولى الزوج دفع التهمه الناشئه من عدم الشاهد للعقد.

وأما التأييد بما ورد من أنه ليس للوكيل في الشراء إعطاء المتاع من عنده، فهو أيضاً مورد الخلاف؛ لمعارضه الأخبار الوارده فيه، وبقرينه التعليل الوارد في بعضها يكون مقتضى الجمع بينهما الحمل على الكراهه. نعم، في روايه على بن سليمان قال: «قلت له: الرجل يأتيني فيقول: اشتر ثوبا بدينار أو أقل أو أكثر، وأشترى له بالثمن الذي يقول، ثم أقول له: هذا الثوب بكذا وكذا، بأكثر من الذي اشتريته، ولا أعلمه أنى ربحت عليه، وقد شرطت على صاحبه أن ينقد بالذي أزيد ولا أرد به عليه، فهل يجوز الشرط والربح أو يطيب لى شيء منه؟ وهل يطيب لى أن أربح إذا كنت استوجبته من صاحبه؟ فكتب: لا يطيب لك شيء من هذا فلا تفعله»^(١). ولكن مع ضعف سندها أن المنع فيها باعتبار الغش في البيع وإيهام أنه اشترى الثوب من صاحبه بنحو التوكيل بالثمن الأزيد كما لا يخفى.

ص: ٢٤٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٩٣ ٩٤، الباب ٣٣ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

مسأله: احتكار الطعام وهو كما فى الصّحاح [١] وعن المصباح: جمع الطعام

الشّرح:

ويبقى فى البين صحيحه عبدالرحمن الحجاج، ومقتضى الجمع بينها وبين الصحيحه الأخرى وسائر الروايات الظاهره فى الجواز هو حمل النهى فيها على الكراهه، وأما حمل الصحيحه المانع عن الأخذ على صورته كون العنوان المفروض لصرف المال داعيا لدافع المال، بأن يكون دفعه المال بنحو القضييه الخارجيه المحضه، وحمل المجوز على صورته كون الدفع بنحو القضييه الحقيقيه، بأن يكون غرض الدافع صرف المال على كل معنون بذلك العنوان من غير خصوصيه لفرد دون فرد، فليس من الجمع العرفى.

وقيل (١) بحمل المانع على ما إذا كان المال المدفوع ملكا لشخص الدافع كما هو ظاهر لفظ صاحبه، والمجوزه على ما إذا كان المال المدفوع من الحقوق كالزكاه، ولكن هذا الحمل أيضا غير صحيح؛ لورود صاحبه فى الأخبار المجوزه أيضا، والأظهر جواز الأخذ لنفسه إلا أن يعلم المدفوع إليه بعدم رضا الدافع بأخذه. وعلى تقدير جواز الأخذ لا يختص جواز الأخذ بالمقدار المساوى لما يعطى لغيره كما هو القول الثانى من الأقوال المتقدمه، فإن الظاهر ولا أقل من الاحتمال أن يكون ما فى قوله عليه السلام: «مثل ما يعطى لغيره» مصدرية فيكون مفاده أنه كما يجوز إعطاؤه للغير يجوز الأخذ لنفسه أيضا، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام فى الاحتكار، بمعنى جمع الطعام وحبسه لتربّص الغلاء، ويقع فى مقامين:

الأول: فى حكم الاحتكار من حيث الجواز وعدمه.

والثانى: فيما للحاكم وولى المسلمين أن يفعل فى معالجه الاحتكار ودفع

ص: ٢٤٧

وحبسه يتربص به الغلاء لا- خلاف في مرجوحيته. وقد اختلف في حرمة، فعن المبسوط والمقنعه والحلبي كتاب المكاسب والشرائع والمختلف: الكراهه. وعن كتب الصدوق والاستبصار والسرائر والقاضى والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والروضة: التحريم. وعن التنقيح والميسية: تقويته. وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفايه، لصحيحه سالم الحنّاط، قال: «قال لى أبو عبدالله عليه السلام : ما عملك؟ قلت: حنّاط، وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على الشرح:

اضطرار الناس.

وأما الأول، فعن الصدوق(١) والشيخ فى «الاستبصار»(٢) وابن إدريس(٣) والقاضى(٤) والعلامة فى بعض كتبه(٥) عدم جواز الاحتكار، فعلى مالك الطعام جعله فى معرض البيع مطلقاً. وعن الشيخ رحمه الله فى «المبسوط»(٦) و«المقنعه»(٧) والحلبي(٨) والعلامة فى بعض كتبه(٩) جواز الاحتكار فيما كان فى البين باذل يكفى بذله بحيث لا- يقع مع حبسه الناس أو بعضهم فى الحرج فى تحصيل قوتهم، ومع عدم وجود البازل كذلك فىحرم. وذكر المصنف رحمه الله كراهه الاحتكار مع وجود البازل وادعى بأن الكراهه

ص: ٢٤٨

-
- ١- (١) حكاة ذلك السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٧، وراجع المقنع : ٣٧٢، والفقيه ٤ : ٢٦٥ .
 - ٢- (٢) الاستبصار ٣ : ١١٥ ، ذيل الحديث ٤٠٨ .
 - ٣- (٣) السرائر ٢ : ٢١٨ .
 - ٤- (٤) المهذب ١ : ٣٤٦ .
 - ٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٨٥، والتحرير ١ : ١٦٠ .
 - ٦- (٦) المبسوط ٢ : ١٩٥ .
 - ٧- (٧) المقنعه : ٦١٦ .
 - ٨- (٨) الكافى فى الفقه : ٢٨٣ .
 - ٩- (٩) المختلف ٥ : ٣٨ .

كساد فحبست. قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر. قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً. قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر، فإن الظاهر منه أن عله عدم البأس وجود البازل، فلولا حرم.

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس أن تلتمس بسلتك الفضل». وزاد في الصحيحه المحكيه عن الكافي والتهذيب: قال: «وسألته عن الزيت، قال: إن كان عند غيرك فلا بأس بامساكه».

الشرح:

مسلمه عند القائلين بالجواز وتحريم مع عدم البازل، واستدل على ذلك بصحيحه سالم الحنات قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنات، وربما قدمت على نفاق، وربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً، قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا حكيم بن حزام، إياك أن تحتكر» (١).

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلتك الفضل» (٢). وفي صحيحه حماد قال: «وسألته عن الزيت؟

ص: ٢٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٨ ، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

٢- (٢) المصدر السابق : ٤٢٧ ، الحديث الأول .

وعن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغه في كتابه إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه. وليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يجحف بالفريقين: البائع والمبتاع. فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقب في غير إسراف».

الشرح:

فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»^(١). وفي كتابه عليه السلام إلى مالك الأشر على ما في «نهج البلاغه»: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه»^(٢)، وظهرها الحكم الشرعي للاحتكار في نفسه لا الحكم ولايه كما هو مقتضى التعليل بأن رسول الله صلى الله عليه و آله قد منع منه، خصوصاً بملاحظه مثل صحيحه سالم الحنات المتقدمه.

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»^(٣). والمراد بالكره هو التحريم، حيث إن الكراهه بمعناها اللغوي تطلق على الكراهه الاصطلاحيه وعلى التحريم، والقربنه على إرادته الحرمة في المقام أن الكراهه الاصطلاحيه ثابتة في احتكار الطعام مع البازل بلا ريب، فإنه موضع وفاق من القائلين بالجواز، فيكون مقتضى الشرطيه الأولى انتفاء الجواز الكراهتي مع عدم سعه الطعام للناس وكأن الشرطيه الثانيه تصريح بالمفهوم من الشرطيه الأولى. أضف إلى ذلك أنه لا يناسب الكراهه الاصطلاحيه ترك الناس ولا طعام لهم كما لا يناسب شدة الكراهه.

ص: ٢٥٠

١- (١) المصدر السابق: ٤٢٨، الحديث ٢.

٢- (٢) نهج البلاغه: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه في الوسائل ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

وصحيحه الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام ويتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر ويترك الناس ليس لهم طعام». فإن الكراهه في كلامهم عليهم السلام وإن كان يستعمل في المكروه والحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهه الاحتكار مطلقاً، قرينه على إرادته التحريم. وحمله على تأكد الكراهه أيضاً مخالفاً لظاهر «يكره» كما لا يخفى.

الشرح:

أقول: ثبوت الكراهه مع الباذل وسعه الطعام للناس لم يظهر له وجه معتبر لتكون الشرطيه الثانيه داله على ثبوت التحريم. نعم، عدم مناسبه التعليل مع الكراهه، بل مع الكراهه الشديده صحيح. ثم أيد قدس سره التحريم مع عدم الباذل كفايه بروايه المجالس بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أئما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع» (١). ولكن لا يخفى ما في التأيد، حيث إنها ضعيفه سنداً ودلاله؛ أما من حيث السند فلوقوع على بن محمد الزبير في سندها وكونه راوياً لكتب بنى فضال لا يقتضى نقله هذه الروايه من كتبهم التي عرضوها للعسكري عليه السلام، ولا دلاله لقوله عليه السلام: «خذوا بما رووا وذرُوا ما رأوا» (٢)، على اعتبار كل روايه وجدت في كتبهم حتى ما إذا كان اتصالها إلى المعصوم عليه السلام بسند ضعيف، بل مفاده أن فساد مذهبه لا يوجب ترك رواياتهم، بل يعمل بها على طبق موازين العمل بالخبر الواحد؛ ولذا لم يعهد من أحد الالتزام عند تعارض الخبرين بتقديم ما يكون في سنده من بنى الفضال. وبتعبير آخر:

ص: ٢٥١

١- (١) أمالي الطوسي: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧ / ٦، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤٢، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٣.

وإن شئت قلت: إن المراد بـ «البأس» في الشرطية الأولى التحريم، لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطية الثانية كالمفهوم لها. ويؤيد التحريم: ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه وتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع». وفي السند بعض بنى فضال، والظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رووا وذرّوا ما رأوا»، ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظته من قبلهم في السند، وقد ذكرنا: أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عمّا قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصحّ عن جماعه.

الشرح:

لا يزيد الكلام المزبور على ما ذكر الكشي في حق جماعه من الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم، هذا مع أن في ثبوت القول المزبور عن العسكري عليه السلام تأملاً.

وأما دلالة فلأن مقتضى معتبره السكوني جواز الاحتكار إلى أربعين يوماً، كما أن مقتضى صحيحه الحلبي المتقدمه جوازه بأكثر منه ولو كان ذلك بالتماس الفضل والغلاء، وأيد التحريم أيضاً بما في كتاب ورام بن أبي فراس عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل قال: «اطلعت في النار ورأيت وادياً في جهنم يغلى، فقلت: يا مالك، لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين والمدمنين الخمر والقوادين»^(١). وبما ورد في إجماع المحتكر على البيع، كما في موثقه غياث الآتيه، فإن الإجماع على البيع مع عدم حرمه الاحتكار بعيد وينافي قاعده تسلط الناس على أموالهم، بخلاف ما حرم الاحتكار فإن الإجماع على تركه من الوالي داخل في عنوان المنع عن المنكر.

ص: ٢٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٤٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١١.

ويؤيده أيضاً: ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورّام: من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل عليه السلام، قال: «أطلعت على النار فرأيت في جهنم وادياً فقلت: يا مالِك لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين، والمدمنين للخمر، والقوادين».

ومما يؤيد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ إزامه بذلك ظاهر في كون الحبس محرّماً، إذ الإزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعده «سلطنه الناس على أموالهم». ثم إنّ كشف الإبهام عن أطراف المسألة يتم بيان أمور:

الشرح:

أقول: حرمة الاحتكار مع عدم باذل بقدر الكفايه مقتضى صحيحه سالم الحنط، فإن قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام ظاهر في كونه تحذيراً أو نهياً شرعياً لا- بعنوان إعمال ولايته صلى الله عليه وآله على الرعيه لتنظيم اجتماعاتهم وأموارهم، فإن حمل الأمر أو النهي على ذلك يحتاج إلى قرينه، وإلا كان الظاهر كونه بعنوان أنه الشارع، خصوصاً بملاحظه مثل ما في موثقه إسماعيل بن زياد من قوله عليه السلام: «لا- يحتكر الطعام إلا- خاطئ»^(١)، فإن النهي بالجمله الخبريه والتعبير عن المحتكر بالخاطئ الظاهر في العاصي كقوله سبحانه: «لَا يَأْكُلُهُ إِلَّا الْخَاطِئُونَ»^(٢) يناسب التحريم. وكذلك معتبره السكوني المتقدمه فإنه وإن ورد فيها التحديد بالأربعين وثلاثة أيام إلا أنه كما يأتي بملاحظه ضروره الناس وعدمها في ذلك الزمان جمعاً بينها وبين غيرها، مما تدل على عدم البأس بالحكره مع سعه الطعام للناس.

والحاصل: أنه لا دليل على كراهه الاحتكار في الخصب، بل ظاهر الروايات إباحته مع وجود البازل بقدر الكفايه، وعدم جوازه مع الشده وعدم البازل ولولم

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٦ ، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٨ .

٢- (٢) سوره الحاقه : الآيه ٣٧ .

الأول: في مورد الاحتكار، فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغه وبعض الأخبار المتقدّمه: اختصاصه بالطعام. وفي روايه غياث بن إبراهيم: «ليس الحكره إلا- في الحنطه، والشعير، والتمر، والزبيب». وعن الفقيه: زياده: «الزيت»، وقد تقدّم في بعض الأخبار المتقدّمه دخول الزيت أيضاً. وفي المحكى عن قرب الإسناد الشرح:

يحصل حاجه الناس إلى حد يوجب الاحتكار هلاك النفس منهم بالجوع ونحوه، وعلى ذلك فيكون التحريم كذلك خلاف الأصل. وبتعبير آخر: المراد بضروره الناس إلى الطعام ليس الاضطرار الموجب لبذل الطعام إليهم لإنقاذ أنفسهم عن الهلاك، بل المراد حاجتهم إليه، بحيث يكون حبسه عنهم موجباً لوقوعهم في الضيق والصعوبه كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»^(١). وفي صحيحه حماد: «وسألته عن الزيت؟ فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»^(٢)، فإن تصوير الاضطرار الموجب للبذل مجاناً أو مع العوض في الزيت غير واقع أو نادر جداً.

وعلى ذلك، فيقع الكلام في موارد الاحتكار ولا خلاف في كون الغلات الأربع من موارد وكذا السمن، والمشهور على إضافه الزيت وعن بعض^(٣) إضافه الملح أيضاً، وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ليس الحكره إلا في الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت»^(٤)، ونحوها روايه السكوني^(٥).

ص: ٢٥٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.
- ٢- (٢) المصدر السابق: ٤٢٨، الباب ٢٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.
- ٣- (٣) المبسوط ٢ : ١٩٥، والوسيله: ٢٦٠، والتذكره ١ : ٥٨٥، ونهايه الأحكام ٢ : ٥١٤، والدروس ٣ : ١٨٠، والمسالك ٣ : ١٩٢.
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٠.

بروايه أبى البخترى عن على عليه السلام : «قال: ليس الحكره إلا فى الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن». وعن الخصال فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الحكره فى سته أقسام الحنطه، والشعير، والتمر، والزيت، والزبيب، والسمن». ثم إن ثبوته فى الغلات الأربع بزياده «السمن» لا خلاف فيه ظاهراً، وعن كشف الرموز وظاهر السرائر: دعوى الاتفاق عليه، و عن مجمع الفائده: نفى الخلاف فيه. وأما الزيت: فقد تقدم فى غير واحد من الأخبار، ولذا اختاره الصدوق والعلامة فى التحرير حيث ذكر أن به روايه حسنه والشهيدان والمحقق الثانى، وعن إيضاح النافع: أن عليه الفتوى. وأما الملح: فقد ألحقه بها فى المبسوط والوسيله والتذكرة ونهايه الأحكام والدروس والمسالك، ولعله لفحوى التعليل الوارد فى بعض الأخبار: من حاجه الناس .

الشرح:

وغيرها. وأما الملح فلم يرد فى روايه واستفادته من فحوى التعليل الوارد فى بعض الروايات على ما ذكر المصنف رحمه الله لا يمكن المساعدة عليها، فإن قوله عليه السلام فى صحيحه الحلبي: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»(١)، لا يستفاد منه إلا عدم جواز حبس الطعام مع حاجه الناس إليه.

لا يقال: قد ورد المنع عن احتكار الطعام فى الروايات المعتمده، وتحديد موارد الاحتكار بالغلات الأربع لكونها الطعام الغالب فى ذلك الزمان نظير تحديد الاحتكار فى الخصب بأربعين يوماً والشده بالثلاثه، وعلى ذلك فلو كان الطعام الغالب فى زمان آخر فى البلاد أو بعضها غير تلك الغلات أيضاً كالأرز بالإضافة إلى عصرنا الحاضر والذره فى بعض البلاد فلا يبعد الأخذ بما ورد فى احتكار الطعام من المنع، والالتزام

ص: ٢٥٥

١- (١) المصدر السابق: ٤٢٤، الحديث ٢ .

الثاني: روى السكوني [١] عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء والشده ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعون، وما زاد في العسره على ثلاثه أيام فصاحبه ملعون». الشرح:

بعدم جواز احتكاره مع حاجه الناس إليه؛ ولذلك ذكر بعض الفقهاء (١) بأنه لا يبعد تحقق الاحتكار المحرم في كل ما يحتاج إليه عامه أهالي البلد من الأطمه كالأرز والذره بالإضافة إلى بعض البلاد.

فإنه يقال: لم يظهر أن الطعام في تلك الروايات بمعنى ما يطعم به المعبر عنه ب«الغذاء»، بل من المحتمل جداً أن يكون بمعنى الحنطه كما هو الشائع في استعماله، بحيث ذكر أنه أحد المعنيين له، بل يظهر كونه المراد من صحيحه سالم الحنط، وعلى تقدير كونه بمعنى ما يطعم به يكون ظاهر التحديد في مثل موثقه غياث بن إبراهيم حاكماً على الإطلاق وينحصر بالغللات. وكيف يمكن المساعده على الدعوى المزبوره مع أن الأرز والذره كانا في زمان الأمه من القوت الغالب كما يظهر ذلك بملاحظه بعض ما ورد في انحصار الزكاه الفريضة بالغللات، ومع ذلك ذكر عليه السلام بأنه «ليس الحكره إلا في الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت» ولا يقاس ذلك بتحديد الاحتكار في الخصب بأربعين يوماً، حيث إن الحمل المزبور فيه مقتضى الاستشهاد على الجواز وتعليل المنع في الروايات، فلاحظ.

[١] حاصله: أنه قد ورد في معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام جواز الاحتكار في أيام الخصب بأربعين يوماً وفي الشده بثلاثه أيام، قال: «الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الشده والبلاء ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه

ص: ٢٥٦

١- (١) المقنعه: ٦١٦، وحكاه السيد العاملي عنها وعن غيرها في مفتاح الكرامه ٤: ١٠٩، وراجع المذهب ١: ٣٤٦، ومجمع الفائده ٨: ٢٥، والدروس ٣: ١٨٠.

ويؤيدها ظاهر روايه المجالس المتقدمه وحكى عن الشيخ ومحكى القاضى والوسيله العمل بها، وعن الدروس: أن الأظهر تحريمه مع حاجه الناس. ومطنتها الزيادة على ثلاثه أيام فى الغلاء وأربعين فى الرخص، للروايه، انتهى. أمّا تحديده ب «حاجه الناس» فهو حسن، كما عن المقنعه وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمه. وأمّا ما ذكره من حمل روايه السكونى على بيان مظنه الحاجه، فهو جيد. ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

الشرح:

ملعون، وما زاد على ثلاثه أيام فى العسره فصاحبه ملعون»(١). ويؤيد تحديد الجواز بأربعين يوماً روايه أبى مريم المرويه فى «مجالس الأخبار» عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أئما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين، ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفاره لما صنع»(٢). وحكى عن الشيخ(٣) والقاضى(٤) وابن حمزه قدس سرهم(٥) العمل بمضمون معتبره السكونى، وذكر الشهيد رحمه الله(٦): أن الأظهر تحريم الاحتكار مع حاجه الناس ومظنه الحاجه مضى أربعين يوماً فى الخصب وثلاثه أيام فى الغلاء، وأعقب رحمه الله على ذلك بأن تحديد انتفاء الجواز عن الاحتكار بحاجه الناس كما عن «المقنعه»(٧) وغيرها(٨) حسن. وكذا حمل معتبره

ص: ٢٥٧

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
- ٢- (٢) أمالى الطوسى: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧ / ٦، وعنه وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.
- ٣- (٣) راجع النهايه : ٣٧٤ و ٣٧٥ .
- ٤- (٤) حكاة عنه العلامه فى المختلف ٥ : ٤٠، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٩ .
- ٥- (٥) راجع الوسيله : ٢٦٠ .
- ٦- (٦) الدروس ٣ : ١٨٠ .
- ٧- (٧) المقنعه: ٦١٦، وحكاة السيد العاملى عنها وعن غيرها فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٩ .
- ٨- (٨) راجع المهذب ١ : ٣٤٦، ومجمع الفائده ٨ : ٢٥ .

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحه الحلبي [١] المتقدمه في بادئ النظر حصر الشرح:

السكونى على حصول الحاجه فى الخصب بالأربعين، وأن الأربعين كان مظنتها فى الخصب والثلاثه فى الشده؛ ولذا لا يكون التحديد المزبور تحديداً شرعياً.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من تأييد تحديد الجواز بالأربعين يوماً فى الخصب وفى الشده بثلاثه بروايه المجالس عجيب، فإن ظاهر المعبره جواز الاحتكار بأربعين يوماً وإنما يحرم بعد ذلك، وظاهر روايه المجالس أن حبس الطعام واحتكاره بأربعين يوماً حرام، من غير فرق بين أيام الخصب أو الشده، وأنه لابد قبل انتهاء الأربعين من جعل الطعام فى معرض البيع، فكيف يكون الثانى مؤيداً للمستفاد من المعبره؟ ومن هنا يظهر أنه لا- يمكن الأخذ بظاهر المعبره باعتبار معارضتها بصحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام، الظاهره فى عدم جواز الاحتكار بأربعين يوماً، بلا- فرق بين أيام الخصب والغلاء قال رسول الله صلى الله عليه وآله فىها فى عداد المكاسب المكروهه: «وأما الحنط فإنه يحتكر الطعام على أمتى، ولئن يلقى الله العبد سارقاً أحب إليّ من أن يلقاه قد احتكر الطعام أربعين يوماً» (١)، فإن ظاهرها لزوم جعل الطعام فى معرض البيع قبل انقضاء أربعين يوماً، بلا فرق بين أيام الخصب والضيق. وظاهر المعبره عدم لزوم ذلك وإنما يلزم بعد انقضاء أربعين يوماً، هذا أولاً. وثانياً: قد تقدم أن التحديد المزبور لا يناسب الجواز الوارد فى صحيحه سالم الحنط وغيرها.

[١] الظاهر من صحيحه الحلبي (٢) فى بدو النظر انحصار عدم جواز الاحتكار بما إذا كان تملك الطعام ونحوه بالشراء، وأنه إذا كان حبس الطعام المشتري لغرض الاسترباح فلا بأس به مع عدم حاجه الناس وضرورتهم ولا يجوز ذلك الحبس مع

ص: ٢٥٨

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٣٧، الباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول .

الاحتكار في شراء الطعام، لكن الأقوى التعميم بقريته تفرغ قوله فإن كان في المصر طعام ويؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحبه سواء كان بالاشتراء أو بالزرع والحصاد والإحراز إلا أن يراد جمعه في ملكه. ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار ب«أن يترك الناس ليس لهم طعام» وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوباً له أو كان قد اشتراه لحاجه فانقضت الحاجه وبقي الطعام لا يحتاج اليه المالك فحبه مترتباً للغلاء.

الشرح:

الحاجه والضروره، وهذه الصحيحه ناظره إلى تحديد الاحتكار المحرم فيرفع اليد بها عن إطلاق سائر الروايات، وعن بعض العامه والخاصه اختيار ذلك. ولكن ذكر المصنف رحمه الله أنه يرفع اليد عن خصوصيه التملك بالشراء بقريته التفرغ على الحصر، يعني قوله عليه السلام: «فإن كان في المصر طعام يباع فلا بأس أن تلتبس بسلعتك الفضل»^(١) فإن مفهوم التفرغ عدم جواز انتظار الفضل بالسلعه مع عدم وجود الطعام للناس، سواء كان تملك السلعه بالشراء أو بالزرع أو الإرث أو غير ذلك. ويؤيد عدم الانحصار تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة^(٢) بمطلق جمع الطعام وحبه، سواء كان الجمع والحبس جمعاً خارجياً بالزرع أو بالشراء ونحوه. نعم، يحتمل أن يراد بالجمع في كلامهم الجمع في الملك، أي التملك بالشراء. ويؤيد أيضاً عدم الانحصار التعليل الوارد في الصحيحه الأخرى من قوله عليه السلام: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم

ص: ٢٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول .

٢- (٢) صحاح اللغة ٢ : ٦٣٥، مادّه «حكر»، وانظر النهايه لابن الأثير ١ : ٤١٧، مادّه «حكر»، والمصباح المنير: ١٤٥، مادّه «حكر» .

الرّابع: أقسام حبس الطّعام كثيره [١] لأنّ الشخص إمّا أن يكون قد حصل الطّعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له. و «الحبس»، إمّا أن يراد منه نفس تقليل الطّعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء وهو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله وإن حصل ذلك لغلاء عارضيّ لا يتضرّر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر أو زوّار في البلاد الشّرح:

طعام» (١)، فإن مقتضاه عدم جواز الاحتكار مع حاجه الناس في جميع ما ذكر، وحتى فيما إذا اشترى الطّعام لحاجه غير التجاره وزاد عن حاجته فحبسه لبيعه أيام الغلاء.

أقول: لعلّ التعبير بالتأييد في كلام أهل اللغه وفي التعليل باعتبار أنه لا اعتبار بهما مع تمام ظهور الصحيحه في الانحصار، حيث إنها لدلالاتها على تحديد الاحتكار المحرم تكون حاكمه على المطلقات فالعمده التكلم في تمام ظهورها وعدمه، ولا يبعد كون ذكر الشراء للغلبه فإن تملك الطّعام في الأمصار يكون به غالباً كما أن قيد المصّر باعتبار أن أهل الأمصار في معرض الحاجه والاضطرار غالباً، فتدبر.

وأما دعوى كون التفرّيع قرينه على التعميم، فإنه لو كان الشراء دخيلاً في الاحتكار المحرم لذكر فيه، فإن كان في المصّر طعام أو لم تشتريه فلا- بأس أن تلتبس، فلا يمكن المساعده فيه، فإن ذكر السلعه يمكن كونه قرينه على فرض الشراء مع أن التفرّيع بمعنى ذكر بعض المفهوم أمر متعارف.

[١] قد تقدم حرمه الاحتكار مع حاجه الناس، وذكر رحمه الله في هذا الأمر تحقّق الاحتكار بتملّك الطّعام وحبسه مع ضروره الناس وحاجتهم إليه، وتملكه الاختيارى لغرض حبسه تاره ولغرض آخر كالاتجار به أخرى، وإذا كان غير اختيارى كالانتقال إليه بالإرث فلا مورد للغرض فيه، وحبس الطّعام يكون الغرض منه تقليل الطّعام

ص: ٢٦٠

وتوقفهم يومين أو ثلاثه، فيحدث للطعام عزه لا يضرب أكثر أهل البلد، وقد يريد ب «الحبس» لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر. هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه، وقد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه، بل لقله الطعام آخر السنه، أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام. ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء، قد يكون للبيع بأزيد من قيمه الحال، وقد يكون لحب إعانه المضطرين ولو بالبيع عليهم والإرفاق بهم. ثم حاجه الناس قد يكون لأكلهم، وقد يكون للبذر أو علف الدواب، أو الاسترباح بالثمن. وعليك باستخراج أحكام هذه الأقسام وتمييز المباح والمكروه والمستحب من الحرام.

الشرح:

إضراراً بالناس في أنفسهم تارة والإضرار في أموالهم المعبر عنه بحصول الغلاء تارة أخرى. ويكون الغرض من الحبس ثالثه عدم الخساره من رأس ماله من دون حصول الإضرار بالناس في أنفسهم وأموالهم، كما يتفق ذلك في الغلاء العارض الحاصل بورود عسكر أو زوار في البلد وتوقفهم فيه يومين أو ثلاثه، فيحدث في تلك الأيام عزه ولكن لا يضر بأهل البلد في أنفسهم وأموالهم.

هذا كله فيما إذا كان حبسه موجباً لحصول الغلاء، وأما إذا لم يوجب حبسه الغلاء كما إذا كان الغلاء لقله الطعام في آخر السنه، سواء حبس هذا الشخص هذا الطعام أم لا، ويكون حبسه في هذه الصوره لتحصيل الربح بعد الغلاء أو لإعانه المضطرين في تلك الأيام وحاجه الناس إلى الطعام إما لقوتهم أو للبذر أو علف دابتهم أو للاسترباح، بأن يبيعوا بالثمن الزائد بعد شرائهم. وعلى الخبير البصير استخراج أحكام كل من الأقسام، وتمييز قسم المباح أو المستحب أو الواجب من الاحتكار الحرام.

أقول: حبس الطعام الموجب للغلاء المستلزم لحاجه الناس واضطرارهم إلى الطعام غير جائز، سواء أريد بالحبس الإضرار بهم في أنفسهم أو زياده الربح أو عدم

ص: ٢٤١

الشرح:

الخساره فى رأس ماله أخذاً بقوله عليه السلام: «ويترك الناس ليس لهم طعام»^(١)، والمفهوم من قوله عليه السلام: «فإن كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»^(٢). وقاعده نفى الضرر^(٣) لا- تنفى الحرمة فيما إذا كان فى الاحتكار إضرار الناس، والخلاف فى الامتنان لهم.

نعم، إذا كان الحبس المزبور لغرض إعانه الزوار أو العسكر مما يعد الفعل معه إحساناً إليهم فلا يبعد دعوى انصراف الأخبار المانعه عنه كأنصرافها عما إذا كان الحبس لقوت نفسه وعياله لو قيل بدخول ذلك فى عنوان الاحتكار، وفى صحيحه معمر بن خلاد أنه سأل أبا الحسن عليه السلام «عن حبس الطعام سنه؟ فقال: أنا افعله يعنى بذلك: إحراز القوت»^(٤) ونحوها غيرها. وأما إذا لم يكن حبسه موجباً للغلاء فإن كان الغلاء حاصلًا فعلاً بسبب آخر فلا يجوز الاحتكار أيضاً لما ذكر، إلا إذا كان حبسه وتأخيره فى البيع مما يعد إحساناً على مثل الزوار والمضطرين، وأما إذا لم يكن بالفعل غلاء بل يحدث مستقبلاً فيجوز الاحتكار إلى ذلك الزمان كما هو ظاهر الأخبار المجوزه. والمراد بحاجتهم واضطرارهم هو الاضطرار إلى الطعام لزادهم، وأما اضطرارهم فى البذر أو علف الدابه فوجوب البيع فيه دائر مدار توقف الزرع وتحصيل القوت للناس الواجب كفايه على المكلفين على البيع المزبور وعدمه، فلاحظ وتدبر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٤٢

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٤ ، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧ ، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٣٤ ، الباب ٣١ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.

الشرح:

ثم لا يخفى أن ما ذكر من اختصاص حرمة الاحتكار بموارد خاصه، وأن مقتضى الحصر الوارد فيها جوازه في غيرها ولو مع حاجه الناس؛ لأنه لا يجب على المكلف قضاء حاجه الآخرين. نعم، قضاء حاجه المؤمنين وإعانتهم في أمر دينهم ودنياهم مرغوب إليه، قد ورد فيه روايات (١) كثيره جداً، متفرقه في أبواب مختلفه من أبواب فعل المعروف، وفي معتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أصبح لا يهتم بأمور المسلمين فليس بمسلم» (٢)، ونحوها غيرها. وبما أن الإسلام قد حدد في الأدله بالشهادتين، فيعلم أن المراد بها نفى كماله وأن الاهتمام بأمور المسلمين أمر مطلوب من المسلم.

هذا كله فيما إذا لم يوجب الاحتكار في سائر الأموال الاختلال والهدم في السياسه الشرعيه لبلاد الإيمان، وإلا فكل فعل أوجب الاختلال والهدم المزبور وتهيات به البلاد لسيطره الفساق والكفار عليها وعلى المؤمنين فلا يجوز، سواء كان بالاحتكار أو بالإضرابات أو غيرها؛ لما تقدم في بحث ولايه الفقيه أن إقامه السياسه الشرعيه والتصدي لتنظيم أمر بلاد المؤمنين من أول الأمور الحسيه وأهمها؛ ولذا يجب على السائرين إعانه المتصدي بما يتوقف عليه تلك الإقامه على تفصيل تقدم في بحث ولايه الفقيه. وعلى ذلك، فلو أحرز أن الفعل الفلاني هدم لتلك الإقامه أو شاركه في الهدم فلا يجوز.

وأما الكلام في المقام الثاني، أي مقدار ولايه المتصدي لتنظيم أمور البلاد وإقامه

ص: ٢٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٣٥٧ و ٣٦٣ و ٣٦٥ و ٣٦٩ و ٣٨٥، الباب ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٣٧ من أبواب فعل المعروف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦: ٣٣٦، الباب ١٨ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

الشرح:

السياسه الشرعيه فيها؛ فلا- ريب فى أن له إزام المحتكر على بيع السلعه، سواء كانت مما يحرم الاحتكار فيها مع حاجه الناس وضرورتهم بعنوانه أو سائر الأموال، فيما كان احتكارها موجبا للاختلال فى نظم البلاد أو انهدام السياسه الشرعيه فيها، بحيث تكون البلاد عرضة للفساد الموجب لسيطره الفساق أو الكفار عليها، حتى ولولم يعتقد المحتكر كون احتكاره كذلك. والوجه فى ذلك كون التحفظ على نظام البلاد وعدم تعرضها للفساد الموجب لما ذكر أهم من رعايه سلطنه المالك واختياره فى بيع ماله أو حبسه، بل يمكن دعوى وجوب طاعه ذلك المتصدى فى أمره ببيع السلعه وترك احتكارها؛ لما تقدم فى بحث ولايه الفقيه من دخول الفقيه والمتصدى لما ذكر. وكذا الوكيل الأمين من قبله فى عنوان أولو الأمر فى جهه تنظم سياسه البلاد فيجب إطاعه أمره فى تلك الجبهه.

والحاصل: أنه لو أمكن الإلزام القولى بالأمر والنهى فهو، وإلا- فللمتصدى إزام المحتكر بالبيع وترك الاحتكار بالمنع العملى؛ لأن المنع العملى عن المنكرات مشروع للمتصدى الشرعى لأموال البلاد، ويؤيد ذلك ما ورد فى كتابه عليه السلام إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه إلى أن قال: فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل وعاقب من غير إسراف»^(١). والوجه فى التعبير بالتأييد إمكان دعوى ظهور المنع فى القولى بقرينه الاستشهاد بمنع رسول الله صلى الله عليه وآله، وأن الشيخ وإن ذكر أن له إلى العهد سندا صحيحا، إلا أن تضمن ما وصل إلى الشيخ رحمه الله بتمام ما فى «نهج البلاغه» قابل للمناقشه وإن لا يبعد ذلك، وإلا لتعرض الشيخ رحمه الله ولو فى

ص: ٢٦٤

١- (١) نهج البلاغه : ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

الشرح:

بعض كتبه للعهد وأن الواصل إليه هكذا. وأما إذا لم يكن الاحتكار فى سائر الأموال موجباً لما ذكر من الاختلال أو الفساد فإقامه الدليل على وجوب اتباع الأمر والنهى عن الفقيه المتصدى فضلاً عن غيره من الفقيه العادل مشكل، فإنه لا بد من إثبات نفوذ الحكم الابتدائى أو إثبات وجوب طاعه المتصدى لنظام البلاد مطلقاً.

ثم إن جواز إجبار المحتكر على ترك الاحتكار وبيع السلعه فى موارد حرمة الاحتكار مجمع عليه كما عن جماعه (١)، حتى عند القائلين بكراهه الاحتكار فى تلك الموارد، وهذا الإجبار عندنا داخل فى عنوان المنع عن المنكر ولكن المشهور عدم جواز التسعير على المحتكر (٢)، وعن «المقنعه» أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم (٣)، ولا يبعد عدم الجواز لموثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: أن رسول الله صلى الله عليه وآله «مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق، إلى أن قال: فقيل لرسول الله صلى الله عليه وآله: لو قومت عليهم، فغضب رسول الله صلى الله عليه وآله حتى عرف الغضب فى وجهه، فقال: أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء» (٤)، وظاهرها نفيه صلى الله عليه وآله و آله ولأيه التسعير عن نفسه من غير فرق بين الطعام وغيره. نعم، يجوز للحاكم الشرعى المتصدى للإجبار على تنزيل السعر، فيما إذا طالب المالك سعراً لا يتمكن المحتاجون على الشراء بذلك السعر، والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٦٥

١- (١) راجع التنقيح الرائع ٢: ٤٢، ومفتاح الكرامه ٤: ١٠٩، والمهذب البارع ٢: ٣٧٠، والحدائق ١٨: ٦٤.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٣٩، والمبسوط ٢: ١٩٥.

٣- (٣) المقنعه: ٦١٦.

٤- (٤) التوحيد: ٣٣٨ / ٣٣، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٣٠، الباب ٣٠ من أبواب التجاره، ذيل الحديث الأول.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في إجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهه، بل عن المهذب البارع: الإجماع، وعن التنقيح كما عن الحدائق: عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعده عدم الاجبار لغير الواجب، ولذا ذكرنا: أن ظاهر أدله الإجماع تدل على التحريم، لأن إزام غير اللازم خلاف القاعده. نعم، لا يسر عليه إجماعاً، كما عن السرائر، وزاد وجود الأخبار المتواتره، وعن المبسوط: عدم الخلاف فيه. لكن عن المقنعه: أنه يسر عليه بما يراه الحاكم. وعن جماعه منهم العلامة وولده والشهيد: أنه يسر عليه إن أجهف بالثمن، لنفى الضرر. وعن الميسى والشهيد الثانى: أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير، جمعاً بين النهى عن التسعير، والجبر بنفى الإضرار.

خاتمه: ومن أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب والاقتصاد فيه، ففى مرسله ابن فضال عن رجل عن أبى عبدالله عليه السلام: «ليكن طلبك للمعيشه فوق كسب المضيّع ودون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها، ولكن أنزل نفسك من ذلك منزله المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزله الواهن الضعيف وتكسب ما لا بد للمؤمن منه، إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا، لا مال لهم». وفى صحيحه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى حجّه الوداع: ألا إنّ الروح الأمين نفث فى روعى: أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله وأجملوا فى الطلب، ولا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىء من معصيه الله، فإن الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق فى خلقه حلالاً ولم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله وصبر آتاه الله برزقه من حلّه، ومن هتك حجاب الستر وعجل فأخذه من غير حلّه قصّ به من رزقه الحلال وحوسب عليه يوم القيامه». وعن أبى عبدالله عليه السلام: «أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أن الله عز وجل لم يجعل للعبد وإن اشتد جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده أن يسبق ما سُمى له فى

الذكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه وقله حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم. أيها الناس، إنه لن يزداد امرؤ نقيراً لحذقه، ولم ينقص امرؤ نقيراً لحمقه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحه في منفعته، والعالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتة، وربّ منعم عليه مُستدّرَج بالإحسان إليه، و ربّ مغرور في الناس مصنوع له، فأبق أيها الساعي من سعيك، وأقصر من عجلتك، وانتبه من سنّه غفلتك، وتفكر فيما جاء عن الله عز وجل على لسان نبيّه صلى الله عليه وآله.

وفي روايه عبدالله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إنّ الله عزوجل وسّع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، ويعلموا أنّ الدنيا ليس يُنال ما فيها بعمل ولا حيله». وفي مرفوعه سهل بن زياد أنّه قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه، وكم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير». وفي روايه علي بن عبدالعزيز قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل على العباده وترك التجاره، فقال: ويحه! أما علم أنّ تارك الطلب لا تستجاب له دعوته؟ إنّ قوماً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله لما نزل قوله تعالى: «وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً * وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ» أغلقوا الأبواب وأقبلوا على العباده وقالوا: قد كُفينا! فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العباده. فقال صلى الله عليه وآله: إنّ من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب».

وقد تقدّم روايه أنه: «ليس منّا من ترك آخرته لديناه، ولا من ترك ديناه لآخرته». وتقدّم أيضاً حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام وعلى جميع أنبيائه الصلاه والسلام، بعد الحمد لله الملك العلام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التي من أعظمها الاشتغال بمطالعه وكتابه كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاصّ والعامّ.

إشاره

القول فى الخيار وأقسامه وأحكامه

مقدمتان:

الأولى: الخيار لغه: اسم مصدر من «الاختيار» [١] غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى «ملك فسخ العقد» على ما فسره به فى موضع من الإيضاح، فبدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزه وفى عقد الفضولى، وملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمه والخاله لفسخ العقد على بنت الأخ والاخت، وملك

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أن الخيار اسم مصدر من «الاختيار»، ولعل مراده أنه فيما لو لوحظ قيام السلطنه على فعل من فاعله فيطلق عليه الاختيار، وإن لوحظت تلك السلطنه بنفسها مع قطع النظر عن جهه قيامها من فاعلها فيقال لها الخيار.

ثم ذكر أنه يطلق فى كلمات جماعه على «ملك فسخ العقد» على ما فى الإيضاح (١)، وهذا من التعريف بالأعم فإن السلطنه على الفسخ يدخل فى العقود الجائزه، وجواز إبطال المالك العقد الفضولى الجارى على ماله، وملك الوارث فسخ العقد الذى اجراه المورث فى الزائد على الثلث، بناءً على عدم نفوذ التنجيز فى الوصيه فيما زاد على الثلث. كما يدخل فيه ملك العمه والخاله فسخ النكاح الجارى على بنت الأخ أو الأخت، مع أنه لا يطلق على شىء من ذلك بالخيار اصطلاحاً؛ لأن الخيار حق يترتب على العقد التام، وملك الفسخ فى تلك الموارد ليس بحق، أو أن العقد فيها غير تام.

الأولى: الخيار لغه واصطلاحاً

وأيضاً يدخل فى التعريف ملك الأمه بعد عتقها فسخ نكاحها السابق من عبد، وكذلك ملك الزوجين فسخ النكاح لظهور العيوب.

ص: ٢٦٨

الأمة المزوّجه من عيب فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كلّ من الزوجين للفسخ بالعيوب. ولعلّ التعبير بـ «المُلك» للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والردّ لعقد الفضولي والتسلّط على فسخ العقود الجائزه، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيّه لا من الحقوق، ولذا لا تورّث ولا تسقط بالإسقاط.

الشرح:

ولكن مع ذلك يمكن أن يقال: إن التعبير عن الخيار بملك فسخ العقد لا بالقدره على الفسخ ظاهر في كون جواز الفسخ في الخيار من قبيل الحق؛ ولذا يورث ويسقط بالإسقاط. فلا يعمّ ما إذا كان الجواز من قبيل الحكم، كما في جواز الفسخ في العقود الجائزه بالذات والإجازة والرد في عقد الفضولي، فإن هذا الجواز حكمي؛ ولذا لا يقبل الإسقاط أو الإرث.

ثم تعرّض رحمه الله لما ذكر صاحب «الجواهر»^(١) رحمه الله من أنّ الخيار: ملك إقرار العقد وإزالته.

وأورد عليه بأنه: إن أريد من «إقرار العقد» ترك فسخه يكون ذكر الإقرار زائداً، لأن السلطنه على فسخ العقد والتمكن عليه كالتمكن على سائر الأمور لا يتعلق بأحد الطرفين، وإلا كان اضطراراً.

وإن أريد من إقراره جعله لازماً بحيث لا يفسخ فمعناه أن الخيار ملك إسقاط الخيار وفسخ العقد، ومن الظاهر أن إسقاط الخيار لا يدخل في معنى الخيار ولا يؤخذ في تعريفه؛ لأنه من أحكام الخيار وآثاره. هذا أولاً.

وثانياً: إقرار العقد ظاهره ما يقابل فسخ العقد بجعله لازماً مطلقاً وعليه فينتقض

ص: ٢٦٩

الشرح:

بالخيار المشترك كخيار المجلس، فإن إسقاط الخيار من أحدهما يكون إلزاماً للعقد من طرفه لا مطلقاً.

أقول: لو صحّ انتقاض التعريف بالخيار المشترك على ما ذكر، لصحّ انتقاضه بالخيار المتعدد في العقد الواحد، حيث إن إسقاط أحد الخيارين لا- يكون إلزاماً لذلك العقد مطلقاً، بل لا يكون إلزاماً له من ناحيته أيضاً، فإن مشتري الحيوان لو أسقط خيار مجلسه مع ثبوت خيار الحيوان له إلى ثلاثة أيام فلا يكون في إسقاط المزبور إلزام للعقد من ناحيته أيضاً. نعم، يكون إلزام من ناحيته ذلك الخيار الساقط.

وذكر السيد اليزدي رحمه الله (١) أن الاختيار بمعناه اللغوي يتعلق بالفعل لا بالعين، وكذلك معناه الاسم المصدرى، وإذا قيل: «له اختيار الفعل الفلاني» فيراد منه اختيار التصرف، ولعل حذف المتعلق وإسناد الاختيار إلى العين باعتبار كون التصرفات أو معظمها في اختياره نظير إسناد التحريم إلى العين.

وحيث إن الفسخ أحد الأفعال فيكون تغليب على خيار الفسخ من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده.

وناقش بعض الأجله رحمه الله بأن إطلاق الخيار على خيار الفسخ لا يكون من باب تغليب المطلق في بعض أفراده، وذلك فإن الاختيار وإن تعلق بالفعل لا- بالعين إلا- أنه أمر تكويني من صفات النفس أو من أفعالها، حيث إن الفعل الاختياري له مباد من التصور والتصديق بالفائده ثم الترجيح ثم الاصطفاء، أي الانتخاب، ثم الاشتياق في بعض الموارد ثم الإراده وهي التصميم والعزم، ولعل الاشتياق مقدم على الاصطفاء.

ص: ٢٧٠

الشرح:

وكل من هذه المبادئ غير الآخر.

فما قيل من أن الإرادة هو الشوق المؤكد^(١) أو أن نسبه الإرادة إلى القدره نسبه التمام والفعليه إلى النقص أو القوه^(٢) أو أن الاصطفاء هو الفعل خارجاً، لا يمكن المساعدة عليه؛ فإنه قد تتحقق القدره التامه ولا توجد الإراده وقد لا توجد القدره مع تحقق الإراده، كما لو تخيل أنه متمكن على الفعل الفلاني فأراد.

والحاصل: أن الاصطفاء المعبر عنه بالاختيار صفه للنفس أو من أفعالها، فما يقال من أن الفعل الفلاني مراد ومقدور ومختار، كل ذلك لا يدل على وحدتها، بل يكون من قبيل انطباق المفاهيم المتعدده على الموجود الخارجى.

وبتعبير آخر: أن الاصطفاء يعنى الاختيار غير الإراده ومقدمه عليها وعلى الإيجاد، ولا دلالة فى مثل قوله سبحانه: «وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا»^(٣) على أن الاختيار عين التعيين الخارجى، فإنه يصح أن يقال: إنه اختار التعيين واصطفاه، فيكون الاختيار غير التعيين.

ثم إنه لا يكون الاصطفاء والاختيار اعتبارياً أصلاً، بخلاف الخيار المراد فى المعاملات فإنه سواء كان إمضائياً كخيار الشرط أو تأسيسياً كخيارى المجلس والحيوان أمر اعتبارى.

لا يقال: كيف لا يكون الاختيار اعتبارياً، فإنه إذا جعل شخص حاكماً لبلد فيجعل له اختيار أى شىء فى ذلك البلد؟

ص: ٢٧١

١- (١) مصباح الفقيه ٢ : ٢٣٠ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب للشيخ الأصفهاني ٤ : ١٠ .

٣- (٣) سوره الأعراف: الآيه ١٥٥ .

الشرح:

فإنه يقال: لا يكون الاختيار اعتبارياً، بل الاعتبارى هو حق الاختيار والاصطفاء، وبعد ثبوت هذا الحق يكون الاختيار حقيقياً.

وعلى ذلك فاختيار الفسخ فى موارد ثبوت الخيار حقيقى، فاختياره متفرع على ثبوت الخيار فلا يكون الخيار فى المعاملات من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده كما عن السيد اليزدى رحمه الله، بل الخيار فيها أمر مباين للمعنى اللغوى للاختيار، فإن الاختيار نفس الاصطفاء والخيار حق الاختيار.

وعلى ذلك فليس الخيار اختيار فسخ العقد وملكه بل هو حق اختيار فسخ العقد، فلا يرد على ما ذكرنا ما يورد على تفسير الفخر، حيث إن لازم التفسير المزبور أن لا يثبت الخيار فى المعاملات على القصير، فإنه لا يتصور منهم اختيار فسخ العقد أو لا ينفذ منهم ذلك الاختيار. بخلاف ما إذا قلنا بأن الخيار حق الاختيار، فإن الحق المزبور يثبت للقصير أيضاً ويستوفيه أولياؤهم لقصورهم.

أقول: يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: فى الاختيار الثابت للفاعل المختار.

والثانية: فى أن الخيار فى المعاملات مباين للاختيار فيها أو أن اختلافهما فيها بالمعنى المصدرى والاسم المصدرى.

فنقول فى الجبهه الأولى: إن الاختيار يطلق على إيجاد الفاعل وتعيين أحد طرفى الشىء خارجاً بالتمكن عليه، نظير ما يقال: إنه اختار الكفر أى كفر أو العلم أى علم أو قتل فلان أى قتل . . . إلى غير ذلك، ومن هذا القبيل قوله سبحانه: «وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا» (١)، أى عينهم.

ص: ٢٧٢

الشرح:

ويطلق على نفس التمكن على الشيء والقدره عليه، فيقال: له اختيار شرب الخمر أو الأكل أو القتل ونحو ذلك، ومن هذا القبيل إطلاق المختار على المتمكن في مقابل إطلاق العاجز على غير المتمكن والفاعل بالاضطرار في مثل قوله: النار أحرقه.

ثم إنه يكفي في تحقق الاختيارى مقابل الاضطرارى مجرد التمكن عليه، بمعنى عدم الحاجه إلى إرادته ذلك الفعل والقصد إلى إيجاده فلاحظ مثلاً لو هدم شخص بيتاً من غير التفات أن في البيت إنساناً يموت بهدمه، فإنه لو هدمه يستند قتل الإنسان المزبور إلى الهادم، فيقال: إنه قتله باختياره، باعتبار أنه كان متمكناً على عدم قتله ولو بعدم هدم البيت.

نعم، بما أن القتل تحقق في الخارج بلا قصده وإرادته يكون القتل خطأياً.

والشاهد لكون القتل المزبور اختيارياً تمكن الفاعل على تركه وأنه يصح للشارع العقاب على ذلك القتل فيما إذا أوجب التحفظ عليه من الخطأ، كما إذا قال: وإن قتلت إنساناً أعاقبك على ذلك القتل، فمع وصول هذا الخطاب إليه لو نسى أن في البيت المزبور إنساناً فهدمه وقتل الإنسان فيصح أن يعاقبه على ذلك القتل؛ لكونه متمكناً على التحفظ بترك الهدم وعلى التحفظ بذكره بأن في البيت إنساناً، وهذا هو المراد في حكايته سبحانه عن نبيه صلى الله عليه وآله ليلة المعراج: «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا» (١).

ولكن لا يمكن للشارع أن يعاقب البالغ العاقل على تحيظه المكان فيقول له: إني أعاقبك على كونك في مكان، والسر في ذلك أن الإنسان بالإضافة إلى الكون في المكان فاعل بالاضطرار، فلا يصح العقاب على فعل لا يستند إلى اختيار الفاعل وتمكّنه.

ص: ٢٧٣

الشرح:

فالمتمحِّيل أن المصحح للفعل الاختياري تمكن الفاعل عليه، والإيجاد بالتمكن لا يتوقف على الإرادة والقصد فلا يكون لحاظ الفعل والتصديق بصلاحه وميل النفس والإرادة عله للفعل أو من مبادئ العله أصلاً.

نعم الفعل العمدي يتوقف بعد التمكن على الإرادة، ويعبر عنها بالقصد والعزم والجزم، والاختلاف في التعبير نظير اختلاف التعبير عن زيد بالإنسان والبشر.

والحاصل: أن الفعل الاختياري العمدي يتوقف على القصد والإرادة الموقوفه على لحاظ ذلك الفعل.

وأما التصديق بصلاحه وميل النفس وشوقها إليه فقد لا يكون من مبادئ الإرادة والقصد، كما إذا كان الفعل من الفاعل حياً أو تقيه أو نحو ذلك.

نعم الفاعل المختار الحكيم لا يفعل بلا إحراز صلاح ذلك وهذا أمر آخر.

والتأمل في الأفعال الصادره عنا والمراجعه إلى الوجدان عند الفعل وتمييز موارد إمكان ترتب العقاب عن غير مواردنا شاهد قطعي لما ذكرنا، فتدبر.

ثم إن الفسخ عباره عن حلّ العقد وإلغائه، وهذا الحل والإلغاء أمر إنشائي اعتباري بلا ريب ولم يختلف فيه اثنان، وإذا فرض الفسخ بعد البيع فإنشاؤه لا يختلف بين أن يكون له خيار الفسخ أو لم يكن.

والحاصل: أن التمكن الواقعي من إنشاء فسخ المعامله وإلغائها حاصل كان له خيار أم لا، غاية الأمر أن الحل والإبطال المنشأ قد يكون مع التزام صاحبه به عند المعامله وقد يكون مع عدم التزامه، وكذلك الشارع قد يمضي الحل والإلغاء منه وقد لا يمضيه.

وعليه فإن كان حلّه وإلغاؤه ممضى عند الشارع، يكون تمكنه على الفسخ شرعياً

الشرح:

أيضاً وإن لم يقبل الشرع ذلك الحل والإلغاء لم يتمكن من الفسخ الشرعى، أى لا يكون إلغائه العقد مورد إمضاء الشارع.

فالمراد بالخيار فى المقام هو التمكّن على الفسخ الذى يقبله الشرع ويمضيه.

وكون الفسخ مورد قبول الشرع وإمضائه بأحد أمرين:

الأول: أن يلتزم فى المعاملة طرفه الآخر بالفسخ إذا صدر عنه ويكون هذا الالتزام من الطرف مورد إمضاء الشرع، كما هو مفاد قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» (١) أو قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، على ما يأتى.

الثانى: أن يعتبر فى فسخ الشارع إمضائه ابتداءً، أى من غير التزام من الطرف الآخر فى المعاملة، فىكون الخيار الثابت فى حقه تأسيساً.

والحاصل: أن التمكّن والاختيار لكل من المتعاملين بالنسبة الى فعل نفسه وهو إلغاء العقد حقيقى، وإذا لم يكن الإلغاء مورد الإمضاء الشرعى بأحد النحويين لا- يكون الاختيار والخيار فيه شرعيين، وأما إذا وقع مورداً للإمضاء كما هو المراد بالخيار فى المقام، يكون التمكّن المزبور من الفسخ شرعياً.

فالخيار الشرعى هو التمكّن من الفسخ بامضاء من الشارع.

ولو عبّر عن هذا التمكّن بجواز الفسخ فليس المراد الجواز التكليفى فإنه لا يحتمل حرمه إنشاء الفسخ، بل المراد جوازه الوضعى، نظير ما يقال فى حليه البيع المستفاد من قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣)، بمعنى: أنه إذا وقع بيع يكون ذلك

ص: ٢٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) سورة المائدة : الآية ١ .

٣- (٣) سورة البقره : الآية ٢٧٥ .

الشرح:

مورداً لامضاء الشارع.

فالجواز الوضعى الثابت لفسخ أحد المتعاملين أو كليهما يكون مطلقاً تاره، أى غير مقيد بعدم الالتزام فى المعامله أو بعدها بترك الفسخ وإبقاء العقد بحاله، فىكون جواز الفسخ حكماً ولا يطلق على التمكن منه الخيار فى الاصطلاح.

وىكون مقيداً أخرى بعدم حصول ذلك الالتزام فىكون الجواز حقياً، ويطلق على التمكن منه فى الاصطلاح بالخيار.

وبتعبير آخر: كما يقال: له بيع ماله ويجوز له بيع ماله فىراد به الجواز الوضعى، كذلك يقال: له فسخ عقده أو التزامه بترك الفسخ وإبقاء عقده.

والفرق فى المقام بين الحق والحكم أن كلاً منهما حكم شرعى وإنما الاختلاف بينهما بالاشتراط والإطلاق، حيث لا يقبل الحكم الإسقاط ويقبله الحق.

ولعل جواز الفسخ وضعياً، جواز حقى يناسب التعبير فى مورده بملك الفسخ وجوازه لعدم التمكن على إسقاط هذا الجواز الوضعى فىناسبه التعبير بالحكم؛ ولذا ذكر المصنف رحمه الله: لعل التعبير بملك الفسخ يوجب خروج موارد ثبوت جواز الفسخ حكماً، حيث إن الملك فى المال يطلق فى موارد تمكن الشخص على قطع سلطنته عن ذلك المال، وقطع أحد المتعاقدين تمكنه على الفسخ ينحصر بمراد كون جواز الفسخ حقياً.

ولكن الأمر كما ذكر السيد اليزدى رحمه الله (1)، من أن ملك الشىء مطلق السلطنه والتمكن عليه، سواء كان جواز ذلك الشىء حقياً أو حكماً.

ص: ٢٧٦

الشرح:

ودخل التمكّن على إزاله التمكّن عن نفسه فى صدقه غير محرز، كما يظهر بأدنى تتبع فى إطلاق الملك على السلطنة والتمكّن فى موارد لا يمكن فيها دفع هذا التمكّن.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنّ اختيار الفسخ، وخياره لا يكون أمراً اعتبارياً وإنما الاعتبار وصف المتعلق، أى الفسخ، حيث يعتبر جائزاً، أى ممضى تارةً ولا يعتبر أخرى. ومع عدم الاعتبار لا يطلق على تمكّن إنشاء الفسخ اختياراً ولا خياراً فى الاصطلاح.

ثم إنه لم يظهر وجه صحيح فى أنّ الخيار على تقدير كونه حق اختيار الفسخ أن يثبت فى حق القاصرين أيضاً ولا يثبت لهم على تقدير كونه بمعنى حق فسخ العقد، فإنه إذا لم يمكن تحقق الفسخ من القاصر فكيف يتحقق منه اختياره.

وعلى تقدير ثبوته لهم بمعنى استيفاء وليهم فيمكن الاستيفاء على تقدير كونه بمعنى حق الفسخ أيضاً.

بقى الكلام فيما ذكره القدماء فى تعريف الخيار من ملك فسخ العقد وإقراره، وما أورد عليه المصنف رحمه الله من أنه إن أُريد من إقراره ترك فسخه فالقيد مستدرك، وإن أُريد به جعل العقد غير قابل للفسخ فمرجه إلى إسقاط الخيار، فلا يصح أخذ إسقاط الخيار فى تعريف الخيار؛ لأن إسقاطه من حكم الخيار.

فقول: قد تقدم أن الخيار الثابت فى المعاملات هو التمكّن من الفسخ الذى يكون جوازه الوضعى حقيقاً، ومعنى كون جوازه حقيقاً التمكّن على إسقاط هذا الجواز، وإسقاطه كما تقدم يكون بالالتزام الإنشائى على ترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها.

فإن كان هذا الالتزام عند المعاملة فلا يتحقق معه التمكّن من الفسخ المحكوم بالجواز، وإذا كان الالتزام المزبور بعد المعاملة يرتفع الخيار من حين الالتزام، فيكون

الشرح:

المراد بإقرار العقد الالتزام الإنشائي بترك الفسخ عند المعامله أو بعدها.

فالتمكن على هذا الالتزام مقوم لعنوان الخيار على ما تقدم من أنه يطلق في الاصطلاح على موارد كون جواز الفسخ فيها حقياً.

وعليه فلا يرد على هذا التعريف النقض بموارد ملك الفسخ بحيث يكون جوازه حكماً، بخلاف تعريف الفخر(1) الذي رضى به المصنف رحمه الله .

وذكر النائيني رحمه الله (2) في توجيه إضافه إقرار العقد على فسخه في تعريف الخيار وجهاً آخر، وأن الخيار بمعنى الملك والسلطنه يكون طرفاً متعلقه وجوديين، بخلاف تعريف الفخر قدس سره حيث يكون أحد طرفي متعلقه وجودياً والآخر عدمياً.

ومهد على بيان ذلك الوجه مقدمه وهى: أن العقود بحسب مقام الثبوت، أى بحسب حكمها الواقعي من حيث لزومها وجوازها، على ثلاثة أقسام:

منها: ما يقتضى اللزوم بنفسه، أى لا يكون لزومه باعتبار التزام خارجي منضم إلى مدلوله المطابقي، بل العقد بمدلوله المطابقي يقتضى لزومه بمعنى أن الشارع قد حكم عليه باللزوم مع قطع النظر عن التزام المتعاقدين بالوفاء به وإبقائه.

وقد ظهر من الأدله أن النكاح وعقد الضمان كذلك، ولا ينافى ذلك ثبوت الخيار في النكاح لبعض العيوب أو ثبوت الخيار للضامن فيما إذا ظهر له فيما بعد إفسار المضمون له، لأن مثل هذا الخيار باعتبار قيام الدليل عليه يكون تخصيصاً بالإضافة إلى خطاب لزومهما.

ص: ٢٧٨

١- (١) إيضاح الفوائد ١ : ٤٨٢ .

٢- (٢) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٣ و ٦ .

الشرح:

ومنها: ما يقتضى جوازه، أى يكون بمدلوله المطابقي موضوعاً للجواز، بمعنى أن الشارع قد حكم عليه بالجواز بمدلوله المطابقي.

وقد علم من الأدله أن الهبه كذلك، ولا ينافى أيضاً حكم الشارع باللزوم فى بعض مواردھا؛ لأن ذلك لقيام الدليل لا للالتزام من المتعاقدين.

فيكون اللزوم فى القسم الأول والجواز فى هذا القسم حكماً، والالتزام من المتعاقدين بإبقاء المدلول وعدم إلغائه يكون فى الأول مؤكداً وفى الثانى مخالفاً لمقتضى العقد.

ومنها: ما لا يقتضى بمدلوله المطابقي اللزوم ولا الجواز، بل يكون لزومه بالالتزام الخارجى من المتعاقدين بإبقاء ذلك المدلول وعدم إلغائه كما فى عقد البيع، حيث إن مدلوله المطابقي هى المعاوضه بين المالىين ويكون التزام من المتبايعين على إبقاء تلك المعاوضه وعدم إلغائها بقرينه العاده وبناء العرف على أن من أوجد المعاوضه فيلتزم بها وإلا لم يكن يقدم أحد بالمعاوضه، خصوصاً فى الأشياء الخطيره. ويعم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) البيع بلحاظ المدلول الالتزامى الثابت له بقرينه العاده وبناء العرف، فيكون لزومه حقياً مالكياً لا حكماً.

فيدخل فى هذا القسم الخيار بالاشتراط كما تدخل عليه الإقاله، حيث إن اشتراط الخيار فيه لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد فيعمه قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

ص: ٢٧٩

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهمور، الحديث ٤ .

الشرح:

ودخول الإقالة باعتبار أن لكل من المتعاملين ردّ التزام طرفه إليه، والمفروض أن حكم الشارع باللزوم تابع لا لتمامهما وان البيع في نفسه لا اقتضاء فيه بالإضافة إلى اللزوم والجواز.

وبذلك يظهر ما ذكره من أن الخيار يدخل في كل معاملة تدخل فيها الإقالة ويترتب على ما ذكر من أن الخيار هو السلطنة على إلغاء المعاملة وإبرامها، حيث إن باشرط الخيار يملك أحد المتعاملين الترامه بالمعامله والتزام طرفه بها ومع عدمه يملك الترام طرفه فقط، وبالإقالة يرد عليه ما خرج عن ملكه ويخرج عنه ما دخل في ملكه بالالتزام بالمعامله.

أقول: إن كان الالتزام من المتبايعين بإبقاء البيع وعدم إلغائه دخيلاً في صدق عنوان العقد يكون الأمر كذلك في غيره أيضاً كالنكاح والضمان.

وعليه فكما يكون اللزوم في البيع باعتبار ذلك الالتزام يكون الأمر في النكاح والضمان أيضاً لذلك، لأن الموضوع لوجوب الوفاء فيها وضعاً وهو العقد كما هو مفاد قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)؛ فلا وجه لأخذ الالتزام في موضوع لزوم البيع ولا يؤخذ في موضوع لزوم النكاح ونحوه.

ومجرد عدم مشروعيه شرط الخيار في النكاح لا يكون دليلاً على ذلك؛ لإمكان أن يقال: إن شرط الخيار في النكاح أيضاً على القاعده والالتزام بعدم المشروعيه لقيام دليل أوجب التخصيص في قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢): وبتعبير آخر: يكون عدم الالتزام بالوفاء بالنكاح كما هو مقتضى اشتراط الخيار ملغى عند الشارع،

ص: ٢٨٠

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) مَرَّ آتِفًا .

.... .

الشرح:

فيعامل معه معامله الالتزام بالوفاء.

ويؤيد أخذ الالتزام فى موضوع لزوم النكاح ما ذكره جماعه أنه يصح اشتراط وصف فى الزوج أو الزوجه فى عقد النكاح، ومع ظهور فقده يثبت الخيار للمشروط له.

وإن قلنا بعدم دخاله الالتزام بالوفاء فى عنوان العقد وأن المعاملات بأنفسها عقود فلا وجه للقول بأخذ الالتزام بالوفاء فى البيع فى موضوع لزومه، بل الموضوع له نفس عنوان البيع والإجاره ونحوهما.

ومشروعيه اشتراط الخيار ودخول الإقاله فيها لا يكشف عن ذلك، فإن الدليل على مشروعيه إشتراط الخيار فيه يكون تخصيصاً فى دليل لزومه كما التزم بذلك التخصيص فى قيام الدليل على ثبوت الخيار ببعض العيوب فى النكاح.

وكذا فى الإقاله التى هى فى حقيقتها الاجتماع على الفسخ، فإن جواز الإقاله على خلاف القاعده حتى على القول بأن الالتزام بالوفاء بالبيع مأخوذ فى لزومه، فإن المأخوذ فى لزومه على تقديره هو الالتزام من المتبايعين عند البيع.

وبتعبير آخر: الالتزام منهما بحدوثه مأخوذ للزوم البيع، وبالإقاله بالمعنى الذى ذكره لا ينتفى ذلك الالتزام منهما كما لا يخفى.

ثم إن ما ذكر رحمه الله عند الاستشهاد على أخذ الالتزام بالوفاء بالبيع فى موضوع لزومه بالمعاطاه، حيث ذكر أن المعاطاه باعتبار عدم الالتزام فيها بالوفاء لعدم العاده، وبناء العرف فيها بالوفاء بيع ولا تكون لازمه فيحكم بجوازها، لا يخفى ما فيه، فإنه إذا كانت المعاطاه بيعاً لا عقداً، وحكم بجوازها، فأين ما ذكره أولاً من أن البيع بنفسه لا يكون مقتضياً للزوم ولا الجواز؟

الثانية: الأصل في البيع اللزوم

وقد يعرف بأنه: ملك إقرار العقد وإزالته. ويمكن الخدشه فيه بأنه: إن أُريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرَكٌ، لأنَّ القدره على الفسخ عين القدره على تركه، إذ القدره لا تتعلّق بأحد الطرفين. وإن أُريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه: أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أنّ ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإنّ لكلّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً. ثمّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق في كلمات المتأخّرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنه الإجازه والردّ لعقد الفضولى وسلطنه الرجوع في الهبه وغيرهما من أفراد السلطنه شائع.

الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه [١]: أنّ الأصل في البيع اللزوم.

الشرح:

ودعوى كون الجواز على خلاف القاعدة ولقيام السيره عليها لا- يمكن المساعدة عليه، فإنه يمكن دعوى كون البيع بنفسه موضوعاً للزوم وخروج المعاطاه، والحكم بجوازاها يكون بالسيره المشار إليها.

مع أننا قد ذكرنا في محلّه أن المعاطاه كسائر البيوع محكوم به بالزوم من الأول، لا تختلف في الحكم أصلاً.

وعلى الجملة، فالخيار هو التمكن من النسخ النافذ بنحو الحق.

المعاني المحتمله في الأصل

[١] ذكر جماعه (١) تبعاً للعلامة في كتبه (٢): أنّ الأصل في البيع اللزوم، وعلل في «التذكرة» أصاله اللزوم بأنه مقتضى استصحاب بقاء ملك الثمن للبائع والمثمن

ص: ٢٨٢

١- (١) منهم الشهيد في القواعد والفوائد ٢ : ٢٤٢ ، القاعدة ٢٤٣ ، والفاضل المقداد في التنقيح ٢ : ٤٤ ، والمحقق السبزواري في الكفاية: ٩٢ ، وصاحب الجواهر ٢٣ : ٣ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٦٤ ، والتذكرة ١ : ٥١٥ .

قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم، لأنّ الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنّما يتمّ باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

أقول: المستفاد من كلمات جماعه أنّ الأصل هنا قابل لإرادته معان:

الأول: الراجح، احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة.

وفيه: أنّه إن أراد غلبه الأفراد، فغالبا ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبه الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه، مع أنّه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنّما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الشرح:

للمشترى بعد إنشاء أحدهما الفسخ، وبأن وضع البيع لنقل العوضين وقد قرّره الشارع، والغرض من الملك الحاصل بالبيع تمكّن كل واحد منهما على التصرف فيما يملكه، ولو كان البيع محكوماً بالجواز لا يتمكن على ذلك؛ لعدم الأمن بالفسخ الموجب لنقض الغرض.

وذكر جماعه أنه يحتمل أن يراد من الأصل أمور:

منها: (١) الراجح، كما يقال: الأصل في الأشياء الصحة وعدم العيب، ولا يخفى أن الرجحان يحصل بالغلبة. وإن أريد أن أكثر أفراد البيع لازم لا يقبل الفسخ فمن الظاهر أن هذا غير صحيح؛ لأن أكثر أفراد غير لازم بخيار المجلس أو الحيوان ونحوهما.

وإن أريد أن كل فرد من أفراد البيع في غالب الأزمان لازم بحيث لا ينافي كون غالب أفراد في زمان قليل جائزاً فهذا صحيح، ولكن لا يفيد فيما إذا شك في فرد من

ص: ٢٨٣

الثانى: القاعده المستفاده من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك فى بعض الأفراد أو بعض الأحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب، ومرجهه إلى أصاله عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما. وهذا حسن.

الشرح:

أفراد البيع أنه يقبل الفسخ ولو فى زمان قليل، أو أنه لا يجوز فيه الفسخ أصلاً، كما إذا شك فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الدين على من هو عليه.

هذا، مع أن إرادته غلبه الأزمان لا يناسب قول العلامة فى «القواعد»^(١) بأنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مفاده أن ثبوت الخيار أو ظهور العيب خلاف الأصل، وأنه إذا لم يعلم ثبوت الخيار والعيب يحكم بلزوم البيع وعدم جواز فسخه أصلاً، كما فى المثال المزبور.

وبتعبير آخر: يكون ثبوت الخيار أو ظهور العيب محققاً للأصل، أى الغلبه، لا أنهما ينافيانها.

ومنها:^(٢) أن يراد بالأصل القاعده المستفاده من العمومات أو المطلقات الواردة فى العقود والمعاملات الظاهره فى لزومها، المعبر عنها بالأصل اللفظى.

ومنها:^(٣) الاستصحاب، أى الأخذ بالملك الحاصل للطرفين بالبيع المزبور بعد إنشاء أحدهما الفسخ، حيث إن مقتضى الاستصحاب عدم زوال ذلك الملك بذلك الفسخ.

ص: ٢٨٤

١- (١) القواعد ٢: ٦٤.

٢- (٢) أشار إليه الشهيد الثانى فى تمهيد القواعد: ٣٢، وصاحب الجواهر ٢٣: ٣.

٣- (٣) التذكرة ١: ٥١٥.

الرابع: المعنى اللغوي، بمعنى أن وضع البيع وبناءه عرفاً وشرعاً على اللزوم وصيروره المالك الأول كالأجنبي، وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط وبغيره. وليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً وبالذات بحيث لا يقبل الإسقاط.

الشرح:

ومنها: (١) أن الحكم المجعول للبيوع ببناء العرف والشرع، مع قطع النظر عن جعل الخيار، هو اللزوم. والخيار حق خارجي يرفع اليد في موارد ثبوته عن الحكم الأول المتقضى لصيروره المالك أجنبياً عن ماله السابق بالبيع، نظير ما يقال: الأصل في الأجسام الاستداره وإنما يخرج عن الاستداره بالقاصر الخارجي.

وقد ظهر مما ذكر في المعنى الرابع، أن ثبوت خيار المجلس في كل بيع لا يوجب خروجه عن كون الأصل فيه اللزوم؛ لأن خيار المجلس كسائر الخيار حق خارجي قد ثبت في كل بيع بالدليل، فما ذكره صاحب «الوافيه» (٢) من كون الأصل في البيوع بعد ثبوت خيار المجلس الجواز غير تام، وإن أراد بالأصل استصحاب الجواز الثابت في كل البيوع بخيار المجلس فيأتي مافيه من عدم جريان الاستصحاب في بقاء الجواز بعد التفرق.

أقول: الأصل بمعنى مقتضى العموم أو الإطلاق فلا بأس به وسيأتي التعرض له، وكذا بمعنى الاستصحاب في وجه؛ وأما بمعنى الراجح يعني الغلبه فلا يفيد شيئاً؛ لأنه لا اعتبار بالغلبه، سواء أريد غلبه الأفراد اللازمه أو غالب الأزمان.

وأما الأصل بالمعنى الرابع، فلا مورد له في المقام؛ لأن البيع أمر اعتباري وحكمه

ص: ٢٨٥

١- (١) قال الشهيد قدس سره حكى هنا الوجه عن السيد الصدر، أنظر هدايه الطالب: ٤٠٦، وراجع شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

٢- (٢) الوافيه: ١٩٨.

ومن هنا ظهر: أنّ ثبوت خيار المجلس في أوّل أزمنه انعقاد البيع لا- ينافي كونه في حد ذاته مبيّناً على اللزوم، لأنّ الخيار حقّ خارجي قابل للانفكاك. نعم، لو كان في أوّل انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لا حقاً مجعولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم: إنّ الأصل في الجسم الاستداره، فإنّه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستداره لأجل القاسر الخارجي. ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافيه، حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أنّ يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

الشرح:

أيضاً اعتباري والبناء العرفي أو الشرعي لا يزيد على الحكم واعتبار اللزوم، فلا يجري فيه أن أصل الشيء بمعنى تأثير العله لولا القاصر الخارجي، أي المزاحم عن كمال تأثيره، كما هو لا يخفى.

ثم إن ما في «التذكرة»^(١) من تعليل الأصل في البيع اللزوم بأمرين: الاستصحاب وكون المراد بالبيع حصول الملك، والغرض من الملك التمكن من التصرف في المال وكون جواز البيع نقضاً لهذا الغرض؛ لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو تم لكان مقتضاه كون الأصل في كل معاملة يحصل بها الملك هو اللزوم ولو كانت تلك المعاملة مثل الهبه.

وأيضاً يمكن أن يقال: الغرض من الملك التصرف في المال مادام ملكاً وبالفسخ ينتهي الملك، ولا ينتقض التصرف الواقع في المال حال ملكه، بل يرجع الفاسخ إلى بدله من المثل أو قيمه على ما يأتي في أحكام الخيار.

ص: ٢٨٤

بقى الكلام فى معنى قول العلامة [١] فى القواعد والتذكرة: إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب، فإنّ ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع أنه من أسباب الخيار. وتوجيهه بعطف الخاص على العام كما فى جامع المقاصد غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، وهو مبين له لا أعمّ. نعم، قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله: وإنما يخرج عن الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين، بل للتروىّ خاصّه. والثانى: ظهور عيب فى أحد العوضين، انتهى.

الشرح:

[١] بقى الكلام فيما ذكر العلامة قدس سره فى «القواعد» (١) بعد قوله: الأصل فى البيع اللزوم، من أنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مقتضاه كون ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع فى مقابل تزلزله بالخيار.

وتوجيهه بأن ذكر ظهور العيب من قبيل عطف الخاص على العام، لا- يمكن المساعدة عليه، فإن ظهور العيب لم يعطف على موجبات الخيار، بل على نفس الخيار المبين لظهور العيب.

نعم، يؤيد التوجيه المزبور عبارته «التذكرة»، حيث عطف فيها ظهور العيب على موجب الخيار والغرض منه، وقال: إنما يخرج عن الأصل بأمرين: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين، بل للتروىّ الخاصه أى التفكير فى الصلاح من فسخ البيع وإبقائه والثانى: ظهور العيب فى أحد العوضين (٢).

ص: ٢٨٧

١- (١) القواعد ٢: ٦٤.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥١٥.

وحاصل التوجيه على هذا: أنّ الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، لا-لاقتضاء نقص فى أحد العوضين، وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين. لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عباره القواعد، مع أنه فى التذكرة ذكر فى الأمر الأول الذى هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، وجعل السابع منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيراً ومقتضى التوجيه: أن يتكلم فى الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

الشرح:

ولكن ذكر(١) بعد ذلك فى ثبوت الخيار للتروى فصلاً سبعة وجعل سابعها خيار العيب، ومقتضى عطف ظهور العيب على سائر الموجب، أى التروى، أن يتكلم فى خيار العيب فى الأمر الثانى لا فى الأمر الأول.

ووجه المصنف رحمه الله عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار بوجه آخر، وحاصله: أنّ ظهور العيب يوجب فى البيع الجارى على المعيب نحوين من التزلزل:

أحدهما: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه المعيب، وهذا التزلزل داخل فى الأمر الأول؛ ولذا جعل الفصل السابع فيه خيار العيب.

الثانى: التزلزل فى البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن يسترد المشتري من البائع بعض الثمن، وهذا التزلزل يخالف الخيار فى السنخ المعبر عنه بحق الأرش.

ولكن قد ضعف رحمه الله هذا التوجيه بما حاصله: أنّ الأرش على ما هو المعروف عندهم يجب دفعه إلى المشتري بمطالبتة ولا يكون جزءاً من الثمن؛ ولذا يجوز لمالك المبيع عدم دفعه من الثمن، بل من مال آخر. ولو كان ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع

ص: ٢٨٨

١- (١) أنظر التذكرة ١: ٥١٥ و ٥٢٤.

ويمكن توجيه ذلك: بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب وإن لم يثبت خيار الفسخ، موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكفى في تزلزل العقد ملكك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. وإن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملكك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

لكنه مبني على كون الأرش جزءاً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. وقد صرح العلامة في كتبه: بأنه لا- يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله، لأن الأرش غرامه وحينئذ ثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد.

الشرح:

بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن كان للمشتري التنقيص من ذلك المجموع، كان له إلزام البائع بدفعه من الثمن لا من مال آخر. ووجه النائبي رحمه الله (1) عطف ظهور العيب على الخيار بعين ما ذكره المصنف رحمه الله ولكن تخلص عن الإشكال الوارد على توجيه المصنف رحمه الله بتفسير التزلزل بكونه في ناحية المبيع لا- في ناحية الثمن، وبأن للمشتري حق المطالبة من البائع بضم مقدار من جنس الثمن إلى المبيع المعيب ليساوى معه مجموع الثمن.

أقول: حق مطالبه الأرش لا يوجب التزلزل في البيع، ولذا يثبت بعد لزومه، ولا في المبيع، ولذا يجوز دفع الأرش من عين الثمن.

ص: ٢٨٩

ثم إنَّ الأصل بالمعنى الرابع [١] إنّما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأنَّ الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أمّا لو شكَّ في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه، لأنَّ مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأمّا الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه. وأمّا بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع وغيره إذا شكَّ في لزومه وجوازه. وأمّا بمعنى القاعده فيجوز في البيع وغيره، لأنَّ أكثر العمومات الدالّة على هذا المطلب يعمّ غير البيع، وقد أشرنا في مسأله المعاطاه إليها، ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.

الشّرح: [١] وحاصله: أن الأصل بالمعنى الرابع يفيد فيما لو شك في ثبوت خيار في بيع، فإن الخيار حق خارجي يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ومع عدمه يؤخذ بالمقتضى العرفي والشرعي للبيع.

وأما لو شك في عقد آخر أنه لازم لا يفسخ أو جائز حكماً فلا يمكن الأخذ بالأصل بذلك المعنى؛ لأنه مع الشك المزبور لا يحرز مقتضاه ليؤخذ به.

أقول: الأصل بذلك المعنى لا ينفع حتى فيما إذا شك في بيع أنه يثبت فيه خيار أم لا، وذلك فإنه لو فرض تصريح الشارع في خطاب بأن البيع عنده أيضاً لازم ولولا الخيار لا يفسخ وشك بعد ذلك في بيع أن فيه خياراً أم لا، فلا يفيد التصريح المزبور ما لم يكن في البين عموم أو إطلاق أو أصل عملي ينفي الخيار، ومع وجوده يدخل الأصل في المعنى الثاني أو الثالث.

وبتعبير آخر: الأصل بالمعنى الرابع مبني على اعتبار قاعده المقتضى والمانع التي قد ذكرنا في محله أنه لا اعتبار بها.

وأما الأصل بالمعنى الأول، أي الأخذ بالراجع، فقد تقدم الكلام فيه، وأمّا بمعنى

التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك في لزوم العقد

فمنها: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد. والمراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المرويّه في تفسير علي بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغه وعرفاً. والمراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالته اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه والتصرّف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام. فإذا حرم بإطلاق الآيه جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى اللزوم.

الشرح:

الاستصحاب فهو مبني على اعتباره في الشبهات الحكمية، وقد منعنا عن ذلك في بحث الاستصحاب وذكرنا أن الموجب لعدم اعتباره ابتلاؤه بالمعارض فيها دائماً.

الاستدلال بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

والعمده في المقام العمومات والإطلاقات المستفاد منها قاعده اللزوم المشار إليها، منها: قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المفسر بالعهود في صحيحه عبدالله بن سنان التي رواها علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، قال: بالعهود^(١). وذكر رحمه الله في وجه دلالته على اللزوم أنّ المستفاد منها ابتداءً الحكم التكليفي وهو وجوب ترتيب ما هو عمل بمقتضى المعامله. وإذا كان مفادها تملك المال بعوض فيلزم العمل على مقتضى

ص: ٢٩١

١- (١) تفسير القمّي: ذيل الآيه ١ من سوره المائده .

ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

الشرح:

كون المال ملكاً للغير من لزوم دفعه إليه، وعدم جواز الإمساك به أو أخذه والتصرف فيه بلا رضاه حتى فيما إذا كان ذلك الأخذ والتصرف بعد إنشائه الفسخ، وإذا وجب العمل على طبق مدلول المعاملة كذلك ينتزع منه لزوم البيع وضعاً، فإن الحكم الوضعي في المقام كسائر الأحكام الوضعيه منتزعه عن التكليف.

ومما ذكر يظهر فساد ما قيل: (1) من أنه لا يستفاد من الآية لزوم المعاملة، فإنّ الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى ذلك العقد من لزوم أو جواز، ووجه الظهور أن اللزوم كالجواز حكم شرعي يترتب على المعاملة وليس داخلياً في مدلولها، ومدلول البيع مثلاً جعل ملكيه المال للغير بإزاء الثمن، وما يترتب على ملكيه المال يجب ترتيبه وفاءً بالعقد حتى بعد إنشاء الفسخ الملازم للغويه الفسخ، فينتزع من هذا الوجوب لزومه وضعاً على ما تقدم.

وقد يقال: إنه لا يمكن التمسك بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على لزوم المعاملة وعدم نفوذ فسخها، وذلك فإنه إذا فرض أن البائع باع المال بشرط أن يكون له خيار يوم الثامن وأقبض المبيع من المشتري وأخذ الثمن، ثم فسخها يوم الثامن وأخذ المبيع من يد المشتري واستردّ الثمن لا يكون ذلك خلاف الوفاء بالعقد، بخلاف ما إذا أخذ المبيع من يد المشتري قبل يوم الثامن أو امتنع عن الإقباض.

والفرق بين يوم الثامن وقبله هو أن العقد يوم الثامن مفسوخ لا بقاء له ليلزم الوفاء به، بخلاف قبل ذلك اليوم.

ص: ٢٩٢

١- (١) قاله العلامة قدس سره في المختلف ٦: ٢٥٥.

الشرح:

وعليه فلو شك في بيع أن فيه خياراً لأحد المتبايعين أم لا، فبعد إنشائه الفسخ لا يمكن الحكم بعدم جواز أخذه المال من صاحبه أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود، حيث إن بقاء العقد بعد الفسخ المزبور غير محرز والتمسك في بقاءه باستصحابه وعدم انفساخه، خروج عن التمسك بالآية.

وأجاب عن الإشكال المحقق النائيني رحمه الله (١): بأن هذا لو كان المراد بالعقد معناه الاسم المصدرى، فإنه على هذا التقدير لا يحرز بقاء الاسم المصدرى مع إنشاء الفسخ من أحدهما مع احتمال الخيار، بخلاف ما إذا كان المراد بالعقد معناه المصدرى فإن العهد بمعنى المصدرى يتحقق حال الإنشاء فالالتزام العقدي بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به إلى الأبد. ولا يكون التمسك بلزوم الوفاء به في الحكم ببطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه، ولذا يكون مورد ثبوت الخيار تخصيصاً في العموم المزبور.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين إرادته المعنى المصدرى والاسم المصدرى في أن التمسك بالآية عند الشك في لزوم عقد أو جوازه لا- يكون من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه، فإن الاختلاف بين المعنيين بالاعتبار، فالعهد بملاحظته صدوره عن الفاعل معنى مصدرى وبملاحظته في نفسه معنى اسم مصدرى.

وعلى كلا التقديرين فالعهد بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به وانهاؤه أو بوجوب ترتيب الآثار والعمل بمدلوله، نظير ما يقال من أن الشيء بحدوثه موضوع للحكم، أي لحدوثه وبقائه، كما في قوله سبحانه: «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (٢). وقد يكون موضوعاً

ص: ٢٩٣

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٨.

٢- (٢) سورة البقرة: الآية ١٢٤.

الشرح:

للحكم بمعنى أنّ حدوثه موضوع لحدوث الحكم وبقائه موضوع لبقائه، كما فى قوله: «لا تصلّ خلف الفاسق».

وبما أن مناسبة الحكم والموضوع فى المقام يقتضى كون وجوب الوفاء بالعهد من قبيل الأول فلا يكون التمسك بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فى موارد الشك فى كون بيع أو غيره خيارياً أو جائزاً، من التمسك بالعام فى شبهته المصداقيه، هذا أولاً.

وثانياً: قد تقدم أن المراد بالعقود: العهود، سواء كان العهد لله سبحانه كالعهد والنذر، أو للغير كما فى المعاملات الماليه كالبيع والإجاره، أو غير الماليه كالنكاح كما يشهد لذلك.

مضافاً إلى عموم العهد إطلاق العقد على كل منها فى مثل قوله سبحانه: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ» (١) وقوله سبحانه: «وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَتَهُمْ» (٢) «وَلَا تَغْرُمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ . . .» (٣) إلى غير ذلك. ثم إن متعلق العهد يختلف، فتاره يكون فعلاً للغير فالوفاء به عباره عن الإتيان بذلك الفعل، وأخرى يكون الأمر الوضعى، أى الاعتبارى كالملكيه مجاناً أو مع العوض، فالوفاء بالعهد فيه إنهاؤه وعدم إلغائه، أو ترتيب الأثر العملى على ذلك الأمر الاعتبارى.

ووجوب الوفاء بالعهد فى القسم الأول تكليفى، كما هو ظاهر الأمر بالفعل الخارجى، فالوفاء فى ذلك القسم عباره عن الإتيان بمتعلق العهد كما تقدم.

ص: ٢٩٤

١- (١) سورة المائدة: الآية ٨٩ .

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٣٣ .

٣- (٣) سورة البقره: الآية ٢٣٥ .

الشرح:

والأمر بالوفاء فى القسم الثانى إما بمعنى عدم إلغاء العهد؛ لكونه من قبيل الأمر بالمعاملة، فىكون ظاهراً فى الإرشاد إلى لزوم المراد ترتيب الأثر على متعلق العهد والعمل بمدلوله فى مقابل نقض العهد عملاً.

فالأمر بالوفاء باعتبار كونه أمراً بالأفعال الخارجيه يكون ظاهراً فى التكليف. ولكن لا أظن أن يلتزم المصنف رحمه الله أو غيره بأن إمساك البائع مثلاً للمبيع ابتداءً أو بعد إقباضه يوجب عقابين؛ أحدهما بعنوان ترك الوفاء بالمعاملة، والثانى أنه تصرف وإمساك بمال الغير بلا رضاه، كما هو مقتضى قوله: «لا يحل مال امرئ مسلم»^(١)، بل لا بد من الالتزام بأن الأمر بالوفاء ولو بمعنى ترتيب الآثار إرشاد إلى لزوم المعاملة، فلا يصح دعوى أن مدلول الأمر بالوفاء حكم تكليفى بحيث ينتزع منها الحكم الوضعى.

لا يقال: على ذلك يلزم استعمال الأمر بالوفاء فى الإرشاد والتكليف، فالإرشاد بالإضافة إلى العهد فى المعاملات والتكليف بالإضافة إلى العهد بالفعل الخارجى، كموارد النذر والحلف.

فإنه يقال: الأمر بالوفاء انحلالى فالأمر بالإضافة إلى بعض العهود يكون إرشاداً وبالإضافة إلى البعض الآخر تكليفاً، وقد تقدم سابقاً أنه ليس إرادته الإرشاد والتكليف معاً من قبيل استعمال اللفظ فى أكثر من معنى؛ لأن المستعمل فيه لصيغته الأمر أو مادته فى موردى الإرشاد والتكليف واحد. ويختلف الإرشاد عن التكليف بالغرض من البعث إلى الفعل، وتفصيل ذلك فى بحث الأصول.

ص: ٢٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.

الشرح:

ثم إن المصنف رحمه الله قد أجرى ما ذكره في آيه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) في قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) و«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٣) بدعوى أن المراد بحلِّه البيع جواز ترتيب الآثار بمدلول البيع، وإذا جاز ترتيب الأثر على مدلوله حتى فيما إذا فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه ينتزع عن الجواز المزبور اللزوم الوضعي، وكذلك الأمر في جواز ترتيب الآثار على مدلول التجاره عن تراضٍ، فإنه ينتزع من جواز الترتيب حتى بعد فسخ أحدهما اللزوم الوضعي للتجاره.

ولكن لا يخفى أن قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» مدلوله المطابق كما هو مقتضى إضافه الحليه إلى المعامله، ومنها البيع جوازها الوضعي أي إمضاؤها؛ ولذا لو كان بيع البائع بشرط الخيار له أو لصاحبه إلى مده يحكم بصحة البيع المزبور وكونه خيارياً أخذاً بإطلاق الإمضاء المستفاد من الآيه.

وبتعبير آخر: إمضاء البيع على طبق ما قرره المتبايعين في إنشائه، فإن كان بشرط الخيار فيحكم بإمضائه كذلك، وإن كان بدون شرطه يكون إمضاؤه مطلقاً.

وعلى ذلك فيمكن نفى احتمال الخيار الشرعي التأسيسي بناءً على ظهور الآيه في إمضاء المعامله بما له الحكم عند العقلاء، كما هو ظاهر الآيه.

وأما إذا ادعى بأن مدلولها هو نفس إمضاء البيع بمدلوله من غير نظر إلى إمضاء حكمه عند العقلاء فلا يمكن التمسك به في مورد احتمال الخيار الشرعي التأسيسي

ص: ٢٩٦

١- (١) سورة المائدة: الآيه ١.

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٣- (٣) سورة النساء: الآيه ٢٩.

توضيح الضعف: أنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعيّة للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى أعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلاله الآيه حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم وأضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآيه على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعه المشهور وهو: أنّ المفهوم من الآيه عرفاً حكمان: تكليفي ووضعي. وقد عرفت أنّ ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً. ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلاله قوله تعالى: «أَحِلَّ لَكُمُ الْبَيْعُ» على اللزوم، فإنّ حليّه البيع التي لا يراد منها إلا حليّه جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثر.

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليّه أكل المال بالتجاره عن تراض فإنه يدلّ على أنّ التجاره سبب لحليّه التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر. فدلاله الآيات الثلاث على أصاله اللزوم على نهج واحد، لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان [١] المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الشرح:

أيضاً، كما لا يبعد ذلك في قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) فإن مدلوله جواز تملك مال الغير بالتجاره.

وأما أن الأحكام المترتبة على التجاره ما هي وأن أحكامها العقلانيه كلها ممضاه أم لا، كل ذلك خارج عن مدلول الاستثناء، فتدبر جيداً.

[١] مراده أن حليّه التصرفات المترتبة على البيع بعد فسخه من أحدهما من غير

ص: ٢٩٧

الأثار الثابتة باطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق.

ومنها: قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» [١] دلّ على حرمة الأكل بكلّ وجه يسمّى باطلاً عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإنّ أكل المارّه من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم الشرح:

رضا صاحبه لم تذكر في الآيه بخصوصها وكذا حليه التصرفات المترتبة على تجاره، بل المدعى شمول الحليه لتلك التصرفات بالإطلاق في الآيتين.

وعليه فيمكن دعوى أن حليه التصرفات المترتبة على البيع والتجاره دائره مدار بقاء البيع والتجاره، حيث إن ظاهر كل خطاب كون الحكم المذكور فيه حدوداً وبقاءً دائراً مدار حدوث الموضوع وبقائه، كما في خطاب: «لا تصل خلف الفاسق» (١). وإنما خرجنا عن ذلك في آيه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وقلنا: إنّ تحقق عقد أى عهد في زمان موضوع لوجوب الوفاء حدوداً وبقاءً بمناسبه الحكم والموضوع المفقوده في الآيتين الأخيرتين.

[١] قد تقدم سابقاً أن المراد بالأكل في الآيه، الاعتبارى أى التملك ووضع اليد على مال الغير، كما هو مقتضى إضافه الأكل إلى المال، والمراد بالباطل: الباطل في اعتبار العرف وبنائهم، فيكون النهى عن أكل المال بالباطل من قبيل النهى عن المعامله ظاهراً في الإرشاد إلى فساد ذلك الأكل.

ومن الواضح أن تملك أحد المتبايعين مال الآخر بالفسخ من غير رضا صاحبه تملك بالباطل.

ص: ٢٩٨

بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار، فإنَّ رخصه الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنَّ أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً.

نعم، لو دل الشارع على جوازه كما في العقود الجائزه بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.

الشرح:

نعم، إذا ثبت الخيار في البيع من الشارع ولو تأسيساً يخرج التملك المزبور عن الباطل شرعاً، وكذلك الأمر في الأكل الخارجي، فلو أذن الشارع في أكل المار من ثمره طريقه فلا يكون ذلك من الأكل بالباطل.

وأما مع عدم ثبوت الخيار أو الإذن فيكون عموم النهي متبعاً ونتيجته ذلك لزوم المفروض.

ولا يخفى أنه إذا كان المراد بالأكل ما ذكر فيكفي في التمسك به اتصاف المال بكونه مالاً لشخص، فإنه مع كونه مالاً له يكون تملكه ووضع اليد عليه بالوجه الباطل العرفي، ومنه الفسخ في المعامله باحتمال الخيار الشرعي محكوماً بالبطلان شرعاً.

والحاصل: أنه لا يتوقف التمسك به على إحراز أن المال بعد الفسخ المحتمل جوازه ملك أيضاً لمالكه الأول؛ ليكون التمسك به من قبيل التمسك بالعام في شبهته المصداقيه، اللهم إلا أن يقال: إن الفسخ لا يكون تملكاً للمال، بل هو حل العقد وبعد حله يكون التملك بالسبب الذي كان قبل العقد، ولكن لا يخفى أن التملك بالسبب السابق أيضاً بعد الفسخ المزبور تملك بالباطل، فلا بأس بالأخذ بالآيه في الحكم بفساد الفسخ.

ص: ٢٩٩

ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل مال امرئ مسلم» [١] إلا عن طيب نفسه».

ومنها قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» [٢] فإن مقتضى السلطنة التي

الشرح:

[١] ولعل مراده أن المستفاد من الحديث (١) ابتداءً الحكم التكليفي، أي حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة بمال الغير، حتى التصرفات الواقعة بعد فسخ أحد المتعاملين، وينتزع من حرمتها عدم نفوذ ذلك الفسخ.

وفيه: أن الموضوع لعدم جوازها مال الغير بلا-رضاه وكون المال بعد فسخ أحد المتعاملين ولو بلا رضا صاحبه مال الغير غير محرز، فيكون التمسك بعموم عدم الجواز في الفرض من التمسك بالعام في شبهته المصادقيه.

ولو قيل: بأن عدم الحل يعم التصرفات الخارجية والتصرفات الاعتبارية فيكون عدم الحل بالإضافة إلى التصرفات الاعتبارية حكماً وضعياً بمعنى الفساد، فيشكل التمسك به في الحكم بفساد الفسخ أيضاً؛ لأن الفسخ كما ذكرنا ليس تصرفاً في مال الغير، بل هو تصرف في العقد، حيث إنه حلّه، ومدلول الروايه عدم جواز التصرف في مال الغير، لا عدم جواز التصرف في المعامله التي صار بها المال للغير.

والحاصل: أن استفادة الحكم الوضعي، أي فساد الفسخ من حرمة التصرفات في المال تكليفاً أو وضعاً أيضاً تمسك بالعام في شبهته المصادقيه، وأن فسخ العقد باعتبار عدم كونه تصرفاً في المال غير داخل في مدلول الروايه.

[٢] لو كان مراده قدس سره أن تصرف البائع مثلاً في المبيع بعد فسخه غير جائز، بل التصرف الحلال ينحصر بالمالك، لكان التمسك بالروايه (٢) بعد فسخ أحد المتعاقدين

ص: ٣٠٠

١- (١) وهو الحديث الذي في المتن، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

٢- (٢) وهي الروايه التي في المتن، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، A الحديث ٤٩.

أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه، ولذا استدلَّ المحقّق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه، بأنّ فائده الملك التسلّط ونحوه العلامه في بعض كتبه.

والحاصل: أنّ جواز العقد الراجع إلى تسلّط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالاً لغيره وأخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم.

ومنها: قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وقد استدلّ به على لزوم غير واحد منهم المحقّق الأردبيلي قدس سره بناءً على أنّ الشرط مطلق الإلزام والالتزام، ولو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فإنّ العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه، فيدل على لزوم بالتقريب المتقدّم في «أوفوا بالعقود» لكن لا- يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء الشرح:

من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه؛ لأن مع احتمال نفوذ الفسخ لا يحرز أن التصرف في المال المزبور تصرف من غير المالك.

وأما بناءً على ما تقدم منا سابقاً من أن مفادها ولايه المالك على التصرفات المشروعه في المال وليس راجعاً إلى تعيين التصرف المشروع، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن الشك في كون الفسخ تصرفاً مشروعاً أم لا. هذا أولاً.

وثانياً: قد ذكرنا أن الفسخ لا يكون تصرفاً في المال، بل هو تصرف في العقد بحله والتصرف في المال بعد الفسخ المحتمل لم يحرز كونه تصرفاً من غير المالك؛ ليحكم بعدم جوازه كما لا يخفى.

التمسك على لزوم العقد بما دل على لزوم الشرط

التوبه: «ولك يا رب شرطي [١] أن لا اعود في مكروهك، وعهدى أن أهجر جميع معاصيك»، وقوله عليه السلام فى أوّل دعاء الندبه: «بعد أن شرطت عليهم الزهد فى درجات هذه الدنيا» كما لا يخفى على من تأملها مع أنّ كلام بعض أهل اللغه يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص. ففى القاموس: الشرط إلزام الشئ والتزامه فى البيع ونحوه.

الشرح:

[١] كأن مراده قدس سره أن الالتزام بعدم العود إلى المعصيه التزام فى ضمن التوبه التى هى فى حقيقتها الندم على ما فعل، وأن شرط الزهد على الأئمه عليهم السلام قد وقع فى ضمن اختياره سبحانه إياهم للعنايه الخاصه بجعلهم أولياء المجد والعزّ ومهبط الوحي وموارد الكرامه.

ولكن لا يخفى أن ملاحظه ما ذكر قبل كل منهما يشهد بأن المراد منه الإلزام أو الالتزام الابتدائى، فإنه سلام الله عليه ذكر على ما فى الدعاء: «وقد قلت يا إلهى فى محكم كتابك: إنك تقبل التوبه عن عبادك وتعفو عن السيئات وتحب التوابين» (١)، فإن هذا بيان لالتزامه سبحانه بقبول التوبه من التائبين وحبهم، فىكون قول التائب: وأوجب لى محبتك كما شرطت استدعاءً للوفاء بالالتزام، كما أن توبه النادم من معصيه قابله للتكرار يلازم الالتزام بعدم العود إلى مثلها. ويكون هذا دخيلاً فى تحقق التوبه وإلا فلا يكون ندمه إلا لفظياً لا أنه التزام زائد على التوبه، فىكون قوله: «يا رب شرطي أن لا أعود» (٢) بياناً للالتزام المحقق للتوبه.

ومن العجب عن بعض الأجله (٣)، حيث فرّق بين الشرط فى قوله: أوجب لى

ص: ٣٠٢

١- (١) الصحيفه السجديه: ١٦.

٢- (٢) بحار الأنوار ٩٩: ١٠٤ فى ضمن دعاء الندبه.

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب للإيروانى قدس سره ٣: ٢٣.

الشرح:

محبتك كما شرطت، وجعل الشرط فيه بمعنى المعلق عليه لإيجاب المحبه، وبين الشرط في قوله: «لك يا ربّ شرطى»، حيث ذكر أنه بمعنى الالتزام مع وضوح أنه في كلا الموردین بمعنى الالتزام .

وأما دعاء الندبه، فإن إعطاء الله سبحانه العز والمجد واختياره الأولياء ليس من قبيل المعامله؛ ليكون شرط الزهد من قبيل الإلزام فى المعامله، بل الإلزام فيه بمعنى التكليف.

وبما أنه سبحانه قد علم بطاعتهم والوفاء بالتزامهم بالزهد وقد شملتهم العنايه من الأول فأعطاهم ما اقتضى علمه وقضاه جل وعلا، ومثل ذلك من استعمال لفظ الشرط فى الإلزام أو الالتزام الابتدائيين.

ولكن واستعماله فيه أو فى مطلق الحكم تكليفاً كان أو وضعياً، كما فى قوله: «شرط الله قبل شرطكم»^(١)، و«الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام»^(٢) وفى غيره «حتى يفترقا»^(٣)، لا- يوجب ظهوره فى مطلق الالتزام أو الإلزام ليحمل قوله عليه السلام فى صحيحه عبدالله بن سنان أو غيرها: «المسلمون عند شروطهم»^(٤) عليه ويتمسك به فى موارد الشك فى لزوم المعامله وجوازها بالتقريب المتقدم فى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٥) بأن يقال: أصل المعامله شرط فيجب الوفاء بها، فينتزع من وجوبه لزومها.

ص: ٣٠٣

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٧ و ٢٩٦، الباب ٢٠ و ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٦ و ١ .
 - ٢- (٢) أنظر وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .
 - ٣- (٣) أنظر وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار .
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٦ و ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .
 - ٥- (٥) سوره المائده: الآيه ١ .

ومنها الأخبار المستفضه فى أنّ «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» وأنه «إذا افترقا وجب البيع»، وأنه «لا خيار لهما بعد الرضا». فهذه جملة من العمومات الداله على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً. وقد عرفت أنّ ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً.

وربما يقال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك [١] فإنّ الشرح:

وقد يقال: إن الشرط بمعنى مجرد ربط الشيء بالشيء، وقد يكون الربط أمراً واقعياً خارجياً كالشرط الأصولى والنحوى، وقد يكون جعلياً كما فى التزام الشخص بفعل، حيث يربط الشخص الفعل لنفسه وعهدته، أو معاملياً بأن يربط المعامله بذلك، أى على الالتزام به لا على الملتزم به.

ولكن لا يخفى أن ذلك مع عدم تمامه فى نفسه كما يأتى، لا- يوجب ظهور اللفظ فى الروايه فى مطلق الربط الذى يجعله المسلم، سواء كان من قبيل الالتزام الابتدائى أو الالتزام فى المعامله، بل المتيقن منه هو الشرط فى المعامله لو لم نقل بظهوره فيه بخصوصه.

[١] وحاصل ما ذكر قدس سره فى الجواب عن استصحاب عدم انقطاع علاقه المالك الأول، هو أنه إن كان المراد بعلاقه المالك الأول الملك، فمن الظاهر أنه قد زال بالبيع، وكذا إن كان المراد بها متفرعات الملك، فإنه مع زوال الملك لا تبقى متفرعاته.

وإن أريد السلطنه على إعاده العين إلى ملكه فهذه السلطنه لم تكن فى زمان الملك، ولا يمكن اجتماعها معه؛ إذ إعاده الملك فرض عدم الملك فعلاً.

والحاصل: أن هذه السلطنه تحدث بعد زوال الملك بثبوت الخيار فى المعامله.

وإن أريد استصحاب هذه السلطنه بعد انقضاء خيار المجلس فلا مجال لهذا الاستصحاب، فإنه لا يجرى فى موارد عدم ثبوت خيار المجلس، بل مطلقاً؛ لأن خيار المجلس كما هو ظاهر الأخبار ينتهى بالتفرق.

الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقه المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم. ورُدَّ بأنه: إن أُريد بقاء علاقه المالك أو علاقه تتفرّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك. وإن أُريد بها سلطنه إعادته العين في ملكه، فهذه علاقه يستحيل اجتماعها مع الملك، وإتّما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها. وإن أُريد بها العلاقه التي كانت في مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل في الهبه بقاء جوازها بعد التصرف، في مقابل من جعلها لازمه بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما الشرح:

ومع الشك في لزوم المعامله وجوازها يكون المورد من موارد الأخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) ويكون استصحاب بقاء الملك بعد إنشاء الفسخ من أحدهما جارياً بلا معارض.

أقول: لا يخفى ما في كلامه قدس سره من الضعف، فإنه إذا كان خيار المجلس مؤقتاً بالافتراق فلا مجال لاستصحاب هذا الخيار بعد هذا الخيار، ولو كان البيع بعد الافتراق خيارياً كما في شراء الحيوان، فالخيار الثابت خيار آخر، ومع عدم قيام الدليل عليه لا يصح استصحاب طبعي الخيار، فإنه من استصحاب القسم الثالث من الكلي. ولو قيل بأن المرجع في العام المخصّص في غير زمان التخصيص هو عموم العام، سواء كان عمومه من جهة الزمان أيضاً استغراقياً أو استمرارياً كان المرجع في مفروض الكلام عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وإن لم نقل بالتمسك بالعام فيما إذا كان عمومه استمرارياً، فيتعين الأخذ باستصحاب بقاء الأثر الحاصل بالعقد.

ص: ٣٠٥

لا- خيار فيه في المجلس، بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم: «أوفوا» لا الاستصحاب : أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم، ثم إنه الشرح:

فالجمع بين التمسك بعموم العام والأخذ بهذا الاستصحاب كما هو ظاهر كلامه غير ممكن.

وأما ما ذكر من استصحاب عدم انقطاع سلطنه المالك عن المال وكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الأثر، ففيه ما تقدم من أن الخيار لا يكون حقاً متعلقاً بالمال، بل هو كما تقدم ملك فسخ العقد، وهذا الملك غير ثابت قبل البيع لا للبائع ولا المشتري حتى يستصحب.

ودعوى «أن الخيار مرتبه ضعيفه من ملك المال»، ولذا يقال: إن الحق مرتبه ضعيفه من الملك، وبتعبير آخر: السلطنه المتعلقة بالمال بمرتبتها القويه تسمى ملكاً وإن تنزلت إلى مرتبتها الضعيفه تكون حقاً، وعلى ذلك فيكون استصحاب طبيعي السلطنه على المال من قبيل استصحاب طبيعي السواد للجسم بعد العلم بزواله بمرتبه الشديده واحتمال بقاءه بمرتبه الضعيفه» موهومه؛ لأن كلاً من ملك المال وخيار الفسخ في المعامله أمر اعتبارى يؤخذ من العرف. والخيار في المعامله عندهم كما مر حق يتعلق بفسخ العقد ولا يكون حقاً في المال؛ ولذا يجوز لمن انتقل إليه المال في المعامله التصرف فيه بما شاء ولو مع الخيار لصاحبه، إلا إذا اشترط صاحبه عليه إبقائه، كما في بيع الخيار ولا يكون الملك والخيار عندهم شيئاً واحداً يختلفان بالشده والضعف.

وأما ثبوت حق آخر متعلق بالعين غير الخيار في العقد وغير الجواز الحكمى، فلا يحتمل في العقود.

ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه

يظهر من المختلف في مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه : أن الأصل عدم اللزوم، ولم يردّه من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، ولم يعلم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل، نعم هو حسن في خصوص عقد المسابقه [١] وشبهه ممّا لا يتضمّن تملكياً أو تسليطاً ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين.

الشرح:

[١] وحاصله: (١) أنه إذا تضمّن العقد التمليك كالبيع والإجاره أو التسليط، كما في الوكالة، حيث إن المالك يسلّط الغير على التصرف في ماله ولم يتم دليل على جوازه أو لزومه، فيمكن الحكم بلزومه باستصحاب ذلك الملك أو التسليط بعد فسخ أحد المتعاقدين.

وأما إذا لم يتضمّن العقد التمليك أو التسليط، أي التمليك أو التسليط الفعليين وإن تضمّن ملكاً أو تسليطاً تعليقاً ومشروطاً كما في عقدي المسابقه والوصيه، فمع عدم قيام الدليل على لزومه أو جوازه يكون مقتضى الأصل جوازه. حيث يستصحب فيه عدم الأثر، فيقال: إنه قبل أن تحقق فوز السابق لم يكن العوض المقرر ملكاً له، وبعد فوزه مع فسخ أحد المتعاقدين قبله يشك في استحقاقه وتملكه إياه فالأصل عدم انتقال ذلك العوض إليه، وكذا الحال في الوصيه.

أقول: لو وصلت النوبه إلى الأصل العملي في مثل عقدي المسابقه والوصيه لكان مقتضى استصحاب بقاء العقد بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه لزومه؛ لأن عقد المسابقه ولو قيل بعدم تضمّنه الالتزام والتعهد بالسبق والنضال، بل مدلوله مجرد جعل ملك العوض لمن فاز في سبق بمفاد القضيّه الشرطيه على ما قيل بأن مفادها

ص: ٣٠٧

١- (١) أي حاصل ما ناقش قدس سره ظاهر المختلف (وهو: أن الأصل عدم اللزوم) ٦: ٢٥٥، والذي لم يردّه صاحب جامع المقاصد ٨: ٣٢٦، ولا صاحب الجواهر ٢٨: ٢٢٣.

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم [١] إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، ويجرى أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المرّد بين عنواني العام والمخصّص إلى العموم. وأمّا بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسخ أحد

الشرح:

مفاد الجعالة، إلا أن هذا الجعل بعنوان القضييه الشرطيه بقاؤه مشكوك بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه فيستصحب.

ويجري هذا في الوصيه أيضاً، فإن جعل ملكيه مال لشخص على تقدير وفاه الجاعل، كما هو مفاد الوصيه التملكيه يستصحب، ويكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب عدم الأثر قبل تحقق الشرط كالفوز في المسابقه وحياه الموصى، فإن الجعل بمفاد القضييه الشرطيه مفاده فعليه الجزاء بفعليه الشرط، على ما هو المقرر في بحث عدم نسخ الأحكام.

ومما ذكر يظهر أنه لا تصل النوبه في الشك في العقود التي مفادها الملك أو التسليط الفعلي إلى استصحاب ذلك الملك أو التسليط، بل الاستصحاب في ناحيه بقاء نفس العقد من البيع والإجاره أو الوكاله أو غيرها. بمعنى عدم إمضاء الشارع إلغائها بعد فسخ أحدهما يكون جارياً ويترتب عليه بقاء الملك أو التسليط وغيرها.

هذا كله مع القول باعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكميه، كما هو المفروض في المقام.

[١] وحاصله: أنه إذا شك في لزوم عقد وجوازه بالشبهه الموضوعيه بأن لم يعلم أن العقد الواقع خارجاً ما هو، وهل هو داخل في عنوان العقد الجائز أو اللازم، فإن قيل بجواز التمسك بالعام فيما إذا تردّد أمر الفرد بين بقائه تحت العام أو دخوله في عنوان

المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبه أو صدقه، فإن الأصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزة. لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفذ في إثبات صفة اللزوم وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك الشرح:

الخاص الخارج، فيحكم بلزوم ذلك الفرد أخذاً بعموم مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وإن منعنا عن ذلك تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الأثر المتيقن الحاصل بالعقد على كل تقدير، ويكون نتيجة هذا الاستصحاب لزوم العقد.

والأخذ باستصحاب الأثر ينحصر بما إذا لم يكن في البين أصل موضوعي يعين أن الواقع خارجاً فرد جائز، كما إذا تردد تملك العين مجاناً بين كونها هبه أو صدقة فإنهما يشتركان في كونهما تملك المال مجاناً وافتراق الصدقة عن الهبة بكون التملك في الصدقة بقصد التقرب، واستصحاب عدم قصد التقرب في التملك مقتضاه كونها هبه يجوز لصاحب العين أن يرجع فيها ما دامت باقية.

ثم إن ما ذكر من الأخذ باستصحاب بقاء الأثر مع عدم الأصل الموضوعي المحرز لعنوان العقد الجائز، فيحكم باللزوم ليس معناه أنه باستصحاب بقاء الأثر يثبت عنوان العقد اللازم ويرتب سائر آثاره، كما إذا شك في أن تملك العين كان بعنوان الهبة؛ يجوز لصاحبها الرجوع فيها مادامت باقية، أو كان بيعاً فلا يجوز الرجوع فيها، فباستصحاب بقاء ملك العين لمن انتقلت إليه يحكم بلزوم التملك. وأما ثبوت عنوان البيع فلا- لأن إثبات عنوان الموضوع باستصحاب حكمه أصل مثبت، بخلاف إثبات الحكم باستصحاب عنوان الموضوع بل يرجع بالإضافة إلى سائر آثار عنوان العقد

فى اشتغال الذمه بالعوض حكم بالبراءه التى هى من آثار الهبه، وإذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم «على اليد» إن كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسده، وإن كان المستند دخوله فى «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءه أيضاً.

الشرح:

اللازم بالأصل الجارى فيها، ولو شك فى ثبوت العوض بدمه من انتقل إليه العين فالأصل عدم اشتغال ذمته بالعوض.

هذا فيما إذا تردد الأمر بين الهبه الصحيحه والبيع الصحيح، وأما إذا تردد بين الهبه الفاسده والبيع الفاسد وكانت العين تالفه فى يد من انتقل إليه بالعقد الفاسد، فيحكم بضمانه تلك العين أخذاً بعموم «على اليد»^(١).

ولو قيل: بأن خروج المأخوذ بالهبه من عموم حديث «على اليد» مانع عن الأخذ به فى الفرد المشكوك فى الضمان أيضاً إلى أصاله البراءه.

أقول: إن كان تملك المال مجاناً مطلقاً أو من فقير بداع قريبي يطلق عليه الصدقه، وإن كان بداع آخر يطلق عليه الهبه، والهبه يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقيه إلا- فى موارد خاصه كالهبه للأرحام أو مع التعويض، وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبدالله وعبدالله بن سليمان جميعاً قالوا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبه، أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبه لذوى القرباه، والذى يثاب عن هبته ويرجع فى غير ذلك إن شاء»^(٢)، والمراد بالجواز النفوذ واللزوم، وهذا بخلاف الصدقه فإنه لا يرجع فى تملك يقصد به وجه الله. وفى صحيحه زراره: «...».

ص: ٣١٠

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٧، الباب ٦ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

الشرح:

إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط لله وفي الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه. . . .» (١)، والمراد ب«لا ينبغي» عدم نفوذ الرجوع ولو بقريته سائر الروايات.

وعلى ذلك، فإذا شك في كون العقد الواقع خارجاً هبه ليجوز الرجوع فيها أو أنها صدقة ليلزم، فأصالة عدم قصد التقرب فيه كما هو مفاد استصحاب السالبيه بانتفاء الموضوع المعبر عنه باستصحاب العدم الأزلي محرز لهجازه، فإنها تحرز دخول التملك المفروض في قوله: «وما لم يعط لله وفي الله». ولا نحتاج في إثبات الجواز إلى إثبات عنوان الهبه ليقال: إن عنوان الهبه لا يثبت بالأصل المزبور، ويجاب: بأن الهبه هي التملك مجاناً، غايه الأمر حكم على بعض أفرادها المعبر عنه بالصدقة بالزوم، كما هو ظاهر الصحيحه.

ثم إن القبض معتبر في الهبه على المشهور، ويدل على ذلك الروايات منها الداله على أن العين الموهوبه مع عدم القبض ترجع ميراثاً للوهاب (٢)، وكذا الصدقه لا تكون لازمه إلا بالقبض، فإنه وإن ورد في بعض الروايات ما ظاهره عدم اعتبار القبض في الصدقه كروايه أبي بصير، ولا يبعد اعتبارها سنداً «عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الهبه لا تكون أبداً هبه حتى يقبضها والصدقه جائزه عليه» (٣)، إلا أنها تحمل على استحباب القبض بقريته بعض الروايات الداله على اعتبار القبض في الصدقه كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: «إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فإنها

ص: ٣١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣١، الباب ٣ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٢ و ٢٣٣، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ١ و ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٤، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ٧ .

الشرح:

جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإن كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض»^(١).

وأيضاً ما فى بعض الروايات من إطلاق نفوذ الهبه على الأرحام يقيد بما بعد القبض بشهادة موثقه جميل بن دراج عن أبى عبدالله عليه السلام: فى رجل وهب لابنه شيئاً، هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً»^(٢). وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: «الهبه والنحله يرجع فيها صاحبها، إن شاء حيزت أو لم تُحز، إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيها»^(٣)، فإنه بناءً على ما تقدم يقيد عدم جواز الرجوع فى الهبه لذى رحم بما إذا كان بعد القبض، أى الحيازه، بقريته موثقه جميل ونحوها.

وأما مسأله الاختلاف فى كون العقد الواقع هبه أو بيعاً، فإن كان الاختلاف فى مجرد اشتغال ذمه من انتقل إليه العين بالعوض وعدمه كما إذا كان الاختلاف بعد تلف العين أو مع كون المنتقل إليه من الأرحام، فيجرى استصحاب عدم البيع بلا معارض، فالقول قول منكر البيع فعليه الحلف على عدم البيع.

وإن كان الاختلاف فى جواز الرجوع فى العين وعدمه خاصة، كما إذا ادعى من انتقل إليه العين أنه اشتراها ودفع إلى صاحبها ثمنها، وقال المالك: قد وهبتها فله الرجوع فيها، فالقول قول مدعى البيع أخذاً بأصالة بقاء الملك لمن انتقلت إليه، فعليه الحلف على عدم وقوع الهبه.

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر: ٢٣٥، الحديث ١.

٣- (٣) المصدر: ٢٣٧، الباب ٦، الحديث ٢.

الشرح:

وإن كان الاختلاف فى كل من اشتغال الذمه بالعوض وجواز الرجوع، كما إذا ادعى المالك أنه قد باعها بكذا وادعى من انتقل إليه أنه وهبها، فربما يقال: إن المورد من موارد التحالف؛ لأن لكل من الهبه التى يدعيها من انتقل إليه العين والبيع الذى يدعى صاحبها أثراً خاصاً فيكون أصله عدم وقوع البيع معارضه بأصله عدم وقوع الهبه، وبالتحالف يحكم بانفساخ معامله ورجوع العين إلى صاحبها.

ولكن الصحيح أن المورد ليس من موارد التحالف، فإن التحالف ينحصر بموارد دعوى كل من المتخاصمين على الآخر شيئاً، وفى الفرض لا يدعى من انتقل إليه العين على الآخر شيئاً؛ ولذا يحلف على نفي البيع أو على عدم اشتغال ذمته بالعوض. ولكن يجوز لصاحب العين الرجوع فيها لاتفاقهما على ذلك، فإنه يعترف من انتقل إليه بذلك بمقتضى الهبه كما يدعيه صاحبها، باعتبار أنه مقتضى تخلف الآخر عن أداء الثمن، فإن التخلف المزبور أحد موجبات الخيار كما يأتى.

فما ذكره المصنف رحمه الله من الحكم فى الفرض بلزوم الملك وعدم اشتغال ذمه من انتقل إليه بالعوض لا يمكن المساعده عليه.

هذا كله مع دوران العقد بين الهبه والبيع فى مقام المرافعه، وأما دورانه بينهما فى غير مقام المرافعه كما إذا علم بأن العين قد تملكها من الآخر وشك فى كونه بالهبه أو بالبيع وأن عهده مشغوله بالعوض، فإن كانت العين تالفه أو كان هو ذا رحم فيأخذ بأصله براءه عهده عن الاشتغال بالعوض، وكذا إذا كانت العين موجوده مادام لم يرجع فى الهبه المالك الأول. وأما رجوعه فيها فعلمه إجمالاً- بوجوب دفع العين إليه كما لو كانت هبه أو بدله كما إذا كانت بيعاً، يكون موجباً لوقوع التعارض بين أصله عدم الهبه ولزوم الملك وبين أصله عدم البيع وعدم اشتغال عهده بالبدل، فيلزم عليه

الشرح:

التصالح كما لا يخفى.

وأما مسألة ضمان المال فيما إذا تردد أمر العقد الفاسد بين كونه هبه فاسده أو بيعاً فاسداً، فيحكم فيه بالضمان، سواء كان ذلك فى مورد الترافع أو غيره، وذلك فإن الإقدام على الضمان لا يكون موضوعاً لضمان المال ولذا لو وضع أحد يده على مال الغير اعتقاداً بأنه ماله وتلف ذلك المال فى يده يكون ضامناً مع عدم حصول الإقدام على الضمان. ولا فرق فى الحكم به القول باعتبار حديث «على اليد»^(١) وأن الخارج منه موارد إلغاء المالك احترام ماله بدفعه إلى الغير مجاناً أو بالإيدن له بالإتلاف والإيتمان المالكى أو أخذ المال إحساناً إلى مالكه، أم قلنا بعدم اعتباره لضعف سنده، فإنه إذا قيل باعتبار الحديث وخروج الموارد المشار إليها بالتخصيص فالأمر ظاهر؛ لأن مع وضع اليد على المال وأصاله عدم إسقاط المالك حرمة ذلك المال بدفعه إليه مجاناً يحرز بقاء ذلك المال تحت عموم «على اليد». وأما إذا قلنا بعدم اعتباره، فلا ينبغي الريب فى أن وضع اليد على مال الغير فيما إذا لم يكن مع إلغاء المالك احترامه أو الإيتمان أو الإحسان إليه، موضوع للضمان فى بناء العقلاء الممضى من الشارع، كما يكشف عنه عدم وصول الردع، بل وصول الإمضاء فى بعض الموارد.

وعليه فإذا أحرز وضع اليد على مال الغير، كما هو الفرض فى المقام، وجرى أصاله عدم إلغاء المالك احترام ماله بالهبة، يحكم بالضمان لتمام موضوعه بضم الوجدان إلى الأصل.

ص: ٣١٤

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة، والمجتمع منها في كل كتاب سبعة، وقد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعاً أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نقتفى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق والعلامة لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول وبالله التوفيق:

الأول: في خيار المجلس

والمراد بـ«المجلس» مطلق مكان المتبايعين^[١] حين البيع وإنما عبّر بفرد الغالب وإضافه الخيار إليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الإفتراق. ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار والنصوص به مستفيضه، والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» مطروح أو مؤول. ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع. نعم، سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعتق على المشتري. وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل:

الشرح:

[١] يعني ليس المراد بالمجلس في خيار المجلس خصوص المجلس لثلا يثبت الخيار فيما إذا تبايعا حال المشي، بل المراد ثبوت الخيار للمتبايعين حال العقد، وإن لم يكن مكانهما من قبيل المجلس فإنه في الفرض أيضاً يثبت الخيار لهما إلى افتراقهما، ولا خلاف في ثبوت خيار المجلس عندنا وإن خالف فيه بعض مخالفينا^(١).

الأول: في خيار المجلس

المراد بـ«المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار

وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»^(٢).

ص: ٣١٥

١- (١) اللباب ١: ٢٢٢، والمجموع ٩: ١٨٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٧، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

مسأله: لا إشكال في ثبوتة للمتبايعين إذا كانا أصليين [١] ولا في ثبوتة للوكيلين في الجملة. وهل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين مع حضورهما في المجلس، وإلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلّق بالموكل، والآخر: أنه يتعلّق بالوكيل، انتهى.

الشرح:

وقيل: (١) إنها تحمل على ثبوت البيع وعدم اشتراط أمر آخر في تمامه، كما في بيع الصرف والسلم؛ لأن الوجوب في اللغة هو الثبوت.

ولكن لا يخفى أنه لا يعد ذلك جمعاً عرفياً بين الموثقه وبين مثل صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (٢)، حيث إن حمل الوجوب في الأول على ثبوت البيع وفي الثاني على لزومه جمع تبرّعى.

وعليه فيتعين طرحها، لكونها معرضاً عنها عند الأصحاب وموافقه لبعض العامة، حيث أنكروا (٣) خيار المجلس كما مرّ.

[١] وحاصله: أنه إذا كان المباشر للبيع والشراء أصليين يثبت لهما خيار المجلس، وكذا فيما إذا كانا وكيلين فإن ثبوتة لهما في الجملة أيضاً مقطوع، وإنما الكلام في ثبوتة للوكيلين مطلقاً حتى فيما لو كانا وكيلين في مجرد إجراء صيغته عقد البيع.

وذكر العلامة في «التذكرة» ثبوتة للوكيلين ولموكليهما أيضاً مع كونهما في

ص: ٣١٦

١- (١) القائل هو الإيرواني قدس سره في حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣- (٣) مرّ آنفاً.

أقول: والأولى أن يقال: إنَّ الوكيل إن كان وكيلاً- في مجرّد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفقاً لجماعه منهم المحقّق والشهيد الثانيان لأنّ المتبادر من النصّ غيرهما وإن عممناه لبعض أفراد الوكيل ولم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبه إلى خصوص العاقد المالك، مضافاً إلى أنّ مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ وسلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً الشّرح:

مجلس العقد لا- مع عدم حضورهما، نعم إذا مات أحد الوكيلين قبل الانتقال ينتقل خياره إلى موكله الغائب؛ لأنه أحقّ بالخيار من وارث الوكيل (١).

ثم ذكر أن للشافعيه القائلين بخيار المجلس قولين: أحدهما ثبوت الخيار للموكل ابتداءً، والثاني أنه يثبت للوكيل.

وذكر المصنف رحمه الله أن الوكيل فيما كان وكيلاً- في مجرد إجراء لصيغه العقد فلا- يثبت له الخيار أصلاً، وذكر لذلك وجوهاً:

الأول: أن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢) المتفاهم منه غير هذا الوكيل ولو بناءً على عموم المتبايعين وشموله للوكيلين أيضاً والإغماض عمّا ذكره في «جامع المقاصد» (٣) من انصرافهما بملاحظه الغلبه إلى البائع والمشتري المالكين.

والثاني: أن مقتضى أدله الخيار، ومنها خيار المجلس، تعلق حق لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن كونه سلطاناً لما انتقل إليه، فلم يحرز في المقام سلطنته الوكيل العاقد لما انتقل إلى المالك الموكل، فيكون ما نحن فيه نظير ما اذا

ص: ٣١٧

١- (١) التذكرة ١: ٥١٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٢٨٦.

عنه في الخارج، ألا- ترى: أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقه أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع وعدم وجوب عتقه. هذا مضافاً إلى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه وبين خيار الحيوان، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه، فإنّ المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد، إلا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من لفظ المتبايعين، مع أنّ ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور، مضافاً إلى أدله سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه.

الشرح:

شك في ثبوت خيار المجلس في مورد كون ما انتقل إليه ممن يعتق عليه، أو احتمال أن يكون ما انتقل إليه مما يجب صرفه في الإنفاق الواجب عليه أو وجوب إعتاقه بالنذر، فإنه لا يمكن الحكم بثبوت الخيار في هذه الموارد أخذاً بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) وإثبات أن المبيع ليس ممن يعتق عليه أو لا يجب عليه إعتاقه بالنذر أو لا يجب صرفه في إنفاقه.

الثالث: أنه لا ينبغي الريب في أن خيار الحيوان لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغه شراء الحيوان، وقد ذكر مقارناً مع خيار المجلس في الأخبار كما في قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفترقا»^(٢)، وخيار الحيوان مع خيار المجلس وإن كانا حكمين يمكن أن يكون الموضوع لأحدهما العاقد المالك وللآخر مطلق العاقد، إلا أن وحده السياق يشهد بأن من ثبت له الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام هو الذي يثبت له خيار في غيره حتى يفترقا.

ص: ٣١٨

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) راجع وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ١٠، الباب ١ و ٣ من أبواب الخيار .

... .

الشرح:

الرابع: أن الحكمه في جعل الخيار ملاحظه المتبايعين صلاحهما في البيع الواقع، وهذا لا يجرى في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغه البيع.

والخامس: أن سائر الخيارات كالغبن والغيب وغيرهما لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغه ويكون خيار المجلس أيضاً كذلك.

ولا- يبعد أن يكون مراد «التذكرة»^(١) من الوكيل غير هذا الوكيل، فالقول بثبوت الخيار لهذا الوكيل كما عن صاحب «الحدائق»^(٢) ضعيف.

وأضعف منه ثبوته في حقه حتى مع منع موكله عن فسخ البيع بدعوى أن الخيار حق للعاقد فله أن يستوفيه بفسخ العقد، وليس منع المالك مبطلاً للحق المزبور.

أقول: ما ذكره رحمه الله من انصراف أدله الخيار عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغه له وجه، فإن البيع وإن كان منتسباً إلى كل من الوكيل والموكل فيصح للوكيل أن يقول: «بعت دار فلان من فلان»، كما إذا احتاج إليه في مقام الشهاده ونحوها، كما يصح للموكل أن يقول: «بعت دارى من فلان»، لكن مناسبه الحكم والموضوع وملاحظه حكمه الخيار وهو التروى في صلاح البيع مقتضاه ثبوت الخيار للموكل. كما قد يقتضى ملاحظه المناسبه بين الحكم وموضوعه ثبوت الحكم لمن ينتسب إليه الفعل بالتسيب، كقوله عليه السلام: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له في الجنة»^(٣)، أو ثبوت الجزاء لمن ينتسب إليه الحلق كذلك في قوله: من حلق أو قصر قبل السعى فعليه كذا... إلى غير ذلك.

ص: ٣١٩

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) الحدائق ١٩: ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣ ، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١ .

الشرح:

وأما الوجه الثاني، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار كما تقدم ملك فسخ العقد فلا يكون لدى الخيار سلطته على ما انتقل عنه وكذا كون الخيار فرع سلطته إلى ما انتقل إليه، وإنما يرجع ما انتقل عنه إلى ملكه بالسبب السابق على البيع على تقدير الفسخ؛ ولذا لا يكون قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) نافياً للخيار في البيع.

ودعوى: أن الخيار فرع الإقالة بمعنى أن الخيار يثبت في حق من شرع في حقه الإقالة وأن الإقالة لا تثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغته البيع، بل تثبت في حق المكلف بالقبض والإقباض والوفاء بالبيع، لا يمكن المساعدة عليها أيضاً، فإن عدم ثبوت الإقالة في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغته إنما هو بالوجه الأول، أي دعوى الانصراف الجارى في خيار المجلس وغيره. ومع قطع النظر عنه يمكن دعوى صحه الإقالة من الوكيل المزبور أيضاً، حيث إن الإقالة هو الاجتماع مع الطرف الآخر على فسخ البيع أو غيره كما لا يخفى.

وأما وحده السياق فلا شهاده فيها، فإن ذكر خيار الحيوان مع خيار المجلس في خطاب والعلم بعدم ثبوته خيار الحيوان للوكيل غايته أن لا يكون ذلك الخطاب ظاهراً في ثبوت خيار المجلس للوكيل، وهذا لا ينافى الأخذ بخطاب آخر لم يذكر فيه خيار الحيوان، بل ذكر فيه خيار المجلس لعنوان عام يعم الوكيل أيضاً. وأيضاً بما أن الحكمه في الحكم ومنه حكمه الخيار غير العله فلا يمكن الاستشهاد لعموم الحكم أو اختصاصه بعموم الحكمه وخصوصها.

وغايه ما يمكن أن يقال استظهار العله من الروايات الوارده في خيارى المجلس

ص: ٣٢٠

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

الشرح:

والحيوان وأنها بحسب المتفاهم العرفى هو التأمل فى صلاح البيع وفساده، وهذا شأن المالك دون الوكيل فى مجرد إجراء صيغته البيع أو غيره.

وقد يستدلّ على عدم ثبوت الخيار للوكيل بوجه آخر: وهو أن أدله الخيارات تخصيص فى عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، وبما أن وجوب الوفاء فى الآيه متوجه إلى المالكين لما تقدم من أن المراد بالوفاء بالعقد ترتيب الآثار عليه حتى بعد فسخ أحدهما، فيكون وجوبه وظيفه على المالكين وينتزع منه الحكم الوضعى، أى لزوم العقد، فيكون أدله الخيار تخصيصاً فى التكليف بالوفاء بالعقد ويكون الخيار حكماً للمالكين لا محاله.

والجواب: أن توجه وجوب الوفاء إلى المالكين لا يلازم ثبوت الخيار لهما دون الوكيلين، حيث إن وجوب الوفاء إما إرشاد إلى لزوم العقد باعتبار أنه ليس فى البين ملاك الحكم التكليفى فى الوفاء بعقد البيع ونحوه من المعاوضات، فيكون ما دلّ على ثبوت الخيار موجباً لارتفاع ذلك الحكم الإرشادى مطلقاً فيما إذا كان الخيار ثابتاً للمالكين، وفى فرض فسخ ذى الخيار فيما إذا كان الخيار ثابتاً للوكيل أو الأجنبى. وإما تكليف نفسى على ما يظهر من المصنف رحمه الله وغيره، فيكون ثبوت الخيار موجباً لورود التخصيص عليه أيضاً كما ذكر. وعلى كل تقدير، فتوجه الوجوب الإرشادى أو التكليفى بالوفاء بالمعاملة لا تكون قرينه على انصراف أدله الخيار إلى ثبوته لمن هو مكلف بالوفاء بالعقد، فإنه إذا جاز اشتراط الخيار للأجنبى والوكيل أمكن ثبوت الخيار التأسيسى لهما أيضاً، فلا بد فى كونه حقاً للمالك أو غيره من الوكيل أو الأجنبى من

ص: ٣٢١

والظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمه عن التذكرة، فإنّ الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرّف الوكيل بالبيع والشراء، لا مجرد إيقاع الصيغه. ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين، كما هو ظاهر الحدائق. وأضعف منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل من الفسخ بزعم أنّ الخيار حقّ ثبت للعاقده بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

وعلى المختار فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال [١]:

الشرح:

ملاحظه أدله الخيارات وسائر القرائن.

[١] قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الخيار في الفرض للموكلين لاستناد البيع إليهما وإلى الوكيلين أيضاً، إلا أن ملاحظه مناسبه الموضوع والحكم ولو بملاحظه حكمه الخيار الظاهره من الروايات تقتضى كون الخيار في الفرض حكماً لمن ينتسب إليه البيع بالتسيب بالمعنى المتقدم، ولكن ثبوت الخيار للموكلين مختص بصوره حضورهما مكان العقد من حين العقد لاستفاده ذلك من الافتراق الوارد غايه للخيار المزبور، فإن الافتراق فرع فرض الاجتماع الحاصل حال العقد، فيكون العبره بافتراق الموكلين ولا اعتبار بافتراق الوكيلين هذا.

ولكن قد ذكر بعض الأعلام دامت أيامه أن الخيار كما لا يثبت في الفرض في حق الوكيل كذلك لا يثبت في حق الموكل؛ أما عدم ثبوتة في حق الوكيل فلانصراف خطاب الخيار عن الوكيل المزبور، فإن الوكالة في مجرد إجراء صيغه البيع أمر نادر ينصرف خطاب الخيار عنه. وأما عدم ثبوتة في حق الموكل في الفرض، بل في الفرضين الآتين أيضاً لعدم قيام مبدأ البيع به وعدم صدوره عنه، بل قيامه وصدوره عن الوكيل.

ودعوى: أن الوكيل كآله ولسان الموكل كل ذلك غير صحيح؛ لأن الفاعل

الشرح:

المختار لا يكون من آله الفعل لينتسب الفعل إلى من يستعمل الآله.

والحاصل: أن قيام المبدأ بالوكيل وانتسابه إليه حقيقى وقيامه بالموكل وانتسابه إليه مجازى، والجمع بينهما بإرادته كل منهما يكون من قبيل استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، والاستعمال المزبور على تقدير إمكانه يحتاج إلى قرينه.

واستعمال البائع أو البيع فى الجامع بحيث يعمها غير موجود، لعدم الجامع بين الربطين اللذين كل منهما معنى حرفى غير موجود، وعلى تقدير إمكان الجامع يحتاج هذا النحو من الاستعمال أيضاً إلى القرينه.

أقول: لو فرض شخصان، أحدهما بنى مسجداً بالمشاهره وصرف مؤنته من ماله، والآخر بنى مسجداً آخر لا- بالمشاهره، أو شخصان؛ أحدهما حلق رأسه بالمشاهره فى إحرام عمرته المفردة قبل سعيه، والآخر حلق رأسه كذلك بالتسيب، فهل يعمهما قوله عليه السلام: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له فى الجنة»^(١) وقوله: «من حلق أو قصر قبل سعيه فعليه كذا»، أو يختص بالمشاهره للبناء أو الحلق فقط؟

لا- أظن الالتزام منه طال بقاه أو من غيره بالاختصاص، وإن قال بالعموم كما هو ظهورهما فى ذلك عرفاً، فيقال نظيره فى المقام بالإضافه إلى قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) وأنه يعم الموكل فى الفرض والوكيل فى الفرض الآتى، بل الوكيل والموكل فى بعض الفروض على ما يأتى.

وكون هذا الاستعمال بنحو الحقيقه أو المجاز لا يهمننا بعد التسالم على الظهور، فإن العبره به لا بكون الاستعمال بنحو الحقيقه أو المجاز كما لا يخفى.

ص: ٣٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

من أنّ الظاهر من البيّعين في النصّ المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين وذكروا أنّه لو حلف على عدم البيع لم يحدث بيع وكيله. ومن أنّ الوكيلين فيما نحن فيه كالآله للمالكين، ونسبه الفعل إليهما شائعه، ولذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغه، وعدم الحثّ بمجرّد التوكيل في إجراء الصيغه ممنوع. فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد، والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فأطلعا على عقد الوكيلين، فمجرّد ذلك لا- يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لساني الموكلين، والعبره بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين. هذا كلّ إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

وإن كان وكيلاً- في التصرف المالي كأكثر الوكلاء[١] فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحقّقها نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له، لعموم النصّ. الشرح:

[١] وحاصله: أن الوكيل في التصرف المالي في مقابل الوكيل في إجراء صيغه البيع فيما كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل، نظير العامل في مال المضاربه بحيث يكون وكيلاً في التصرف في المال المزبور بما يراه مصلحه من بيعه، وإقاله ذلك البيع أو فسخه باشتراط الخيار لنفسه وشراء مال آخر ببدله ونحو ذلك، فلا يبعد ثبوت خيار المجلس لهذا الوكيل. بخلاف ما إذا كان وكيلاً- في التصرف الخاص في ذلك المال، كبيعه أو شراء ثوب له ونحو ذلك، فإن هذا الوكيل لا يثبت في حقه خيار المجلس.

وليس الوجه في ثبوت الخيار في الفرض الأول دون الثاني انصراف أخبار الباب

الشرح:

عن الثاني دون الأول؛ ليقال: إن إطلاق البائع والبيع على الوكيل في الفرضين لتعارفهما شائع، بل الوجه أن الخيار سلطنه على إعادته ما انتقل عنه بعد تمكنه على ردّ ما انتقل إليه، ويكون للوكيل هذه السلطنة في الفرض الأول دون الثاني؛ لأن المفروض في الفرض الأول أنه وكيل في التصرف في المال بما يراه من بيعه وإقاله ذلك البيع وفسخه بشرط الخيار وشراء شيء آخر بثمنه أو غير ذلك. بخلاف الفرض الثاني، فإنه ليس وكيلاً إلا في بيع المال، ولا سلطان له على إعادته الثمن وردّه على مالكة الأصل بالإنقاله أو غيرها؛ لأنه تنتهي وكالته بتمام البيع.

أقول: قد تقدم أن الخيار هي السلطنة على فسخ العقد لا- على إعادته المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن السلطنة عن ردّ المال المنتقل إليه.

وما ذكره المصنف رحمه الله في الاستشهاد لذلك من قوله: ألا- ترى أنه لا- يجوز الأخذ بعموم «البيعان بالخيار» (1) والحكم بكون ما انتقل إليه ليس مما ينعق عليه أو مما يجب صرفه في التفقه الواجبه عليه أو في الوفاء بالندر، لا يخفى ما فيه، فإن مسأله ثبوت الخيار في مورد كون المبيع ممن ينعق عليه يأتي الكلام فيها. وعلى تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فيها، يكون ذلك تخصيصاً في دليل خيار المجلس ويؤخذ بالعموم المزبور في مورد الشك في كون المبيع منه، فيحكم بثبوت الخيار بعد جريان الاستصحاب في عدم كونه ممن ينعق عليه.

وأما في مورد الشك في كون المبيع ممن يجب صرفه للمؤنه أو في الوفاء بالندر، يحكم بثبوت الخيار حتى مع العلم بوجود صرفه فيهما؛ لعدم التنافي بين الخيار

ص: ٣٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣١.

الشرح:

وجواز الفسخ وضعاً وثبوت التكليف بالصراف فى المؤنه أو الوفاء بالنذر، ولو فسخ البيع فلا تكون مبغوضيته موجباً لبطلانه؛ لعدم كون النهى عن معامله ومنها الفسخ موجباً لفسادها.

وعلى تقدير كون المراد فرعيه خيار ملك الفسخ على جواز الإقاله، فقد تقدم أن الخيار والإقاله فى مرتبه واحده وليس أحدهما فرعاً للآخر، وعلى ذلك فلا بأس بالالتزام بثبوت خيار المجلس للوكيل فى الصوره الثانيه أيضاً كالأولى، مع عدم جواز الإقاله منه لانتهاه وكالته بالبيع؛ لأن الفسخ بخيار المجلس حكم وضعى للبائع الصادق على الوكيل، ولو مع انتهاء سلطنته على التصرف فيما انتقل إلى موكله.

أضف إلى ذلك أن الوكيل لا يقل عن نفس المالك فيما إذا باع المال وأخذ الثمن وتلف الثمن بيده قبل حصول الافتراق، فإن مع تلف الثمن لا يكون له سلطنه على ما انتقل إليه التالف، مع بقاء خياره حتى يفترقا كما لا يخفى.

وأما ثبوت الخيار للموكلين فثبوته فى الصوره الأولى مشكل جداً، من حيث إن المالك فيها وإن كان صاحب المبيع أو الثمن إلا أن الخيار فى الأدله لم يترتب على مالكهما، بل على المتبايعين؛ ولذا لا يصدق عنوان البائع أو المشتري إلا على الولي أو العامل فى المضاربه. ويصح سلبهما عن المولى عليه أو مالك رأس المال، مع كونهما مالكين؛ لأن البائع ما يصدر عنه البيع بالمباشره أو بالاستنابه، وشيء من ذلك لم يتحقق بالإضافه إلى المالك فى هذه الصوره، لأن مع تفويض أمر التصرف فى المال إلى الآخر بحيث كان له التصرف فيه بالبيع أو المصالحه أو الإجاره أو الهبه المعوضه و غير ذلك، يكون البيع باختيار الوكيل، فلا يستند إلى المالك، بل لو استند لكان الاستناد ضعيفاً؛ ولذا لا يصدق على مالك رأس المال فى المضاربه أنه تاجر يبيع ويشترى بقصد الربح.

ما هو المراد من التصرف في حالة ثبوت الخيار للموكلين

ودعوى تبادر المالكين ممنوعه، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبه، فإنَّ معامله الوكلاء والأولياء لا تحصى. وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة؟ إشكال، من تبادر المتعاقدين من النص، وقد تقدّم عدم حث الحالف على ترك البيع بيع وكيله، ومن أنّ المستفاد من أدلّه سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص، كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرّح إرفاقاً له، وأنّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوه. وحينئذ فقد يتحقّق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى أعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة [١] فيه بتفرّقهما عن مجلسهما

الشرح:

لا يقال: على ذلك يلزم أن لا يكون حث لو حلف المالك على ترك بيع المال وباعه وكيله المزبور.

فإنه يقال: الحث تابع القصد، فإن أراد عدم إخراج المال عن ملكه ولو ببيع وكيله حصل الحث، وإلا فلا.

وأما ثبوته للموكل في الصورة الثانية التي يعين فيها المالك على الوكيل خصوص البيع والشراء لاستناد البيع إليه، كاستناده إليه في صورة التوكيل في مجرد إجراء الصيغه، فيثبت له الخيار مع اجتماعه مع الطرف الآخر في مجلس العقد.

[١] وعن النائيني قدس سره (١) ثبوت الخيار للوكيل في صورته كونه مستقلاً في التصرف

ص: ٣٢٧

الشرح:

فى المال، دون ما إذا كان وكيلاً فى مجرد إجراء الصيغه أو التصرف الخاص.

وثبوتة للوكيل فى الأول لكونه هو البائع حقيقه، كما إذا كان الأمر عليه فيما كان المالك هو العاقد، وعدم ثبوتة للوكيل فى مجرد إجراء الصيغه أو التصرف الخاص فلعدم تمكنه على الإقاله باعتبار انتهاء وكالته بالبيع، فلا يثبت فى حقه الخيار.

أما الموكل فيثبت له الخيار مع حضوره مجلس العقد، إلا فى صوره التوكيل المستقل، فإنه يثبت فيه الخيار للموكل ولو مع عدم حضوره مجلس العقد؛ لأن حضور الوكيل مجلس العقد واجتماعه مع الطرف الآخر يحسب حضوراً واجتماعاً للموكل أيضاً.

وعن بعض تلامذته أنه لا يثبت الخيار للوكيل فى شىء من الصور، بل يثبت الخيار للمالك ويكون للوكيل الفسخ عنه فيما إذا كان وكيلاً فى جميع شؤون المعامله كما فى الوكيل المستقل، ولكن لا يعتبر فى ثبوت الخيار للمالك حضور مجلس العقد، بل العبره فى ثبوت الخيار اجتماع المباشر للعقد وافتراقه فى جميع الصور.

أقول: إذا لم يكن المالك حاضراً مكان العقد فكيف يثبت فى حقه الخيار، خصوصاً مع انتهاء وكاله الوكيل بإجراء صيغه البيع وتمام الشراء، سواء كانا وكيلين فى مجرد إجراء الصيغه أو فى البيع والشراء، فلا يكون بقاؤهما فى مجلس العقد محسوباً لوجود الموكلين فى ذلك المجلس ببدنهما التنزيهين، بل يجرى ذلك فيما إذا كان الوكيل مستقلاً بحيث يكون له الوكاله فى المال المنتقل إلى موكله؛ لأن الاجتماع والافتراق من الوكيلين كالقيام والقعود منهما لا ينتسب إلى موكلهما.

وليست دعوى كون جلوسهما فيه جلوساً للموكل إلا كدعوى أن أكلهما فيه طعاماً أكلاً من موكلهما.

الشرح:

والحاصل: أن ظاهر أخبار خيار المجلس فرض الاجتماع في مكان العقد في البيعين المحكوم لكل منهما بالخيار إلى افتراقهما، وإذا لم يكن الموكل حاضراً مكان العقد حينه فلا يدخل في الموضوع للخيار، بلا فرق بين الصور الثلاث المتقدمة.

وعلى تقدير حضوره وثبوت الخيار له ولو كيّله، فهل الثابت لهما خيار واحد بنحو سبق إلى أعماله كل منهما بالإسقاط أو الفسخ نفذ أو بنحو لا ينفذ إلا مع اجتماعهما على الفسخ، وأن لكل منهما خياراً مستقلاً؟ الظاهر من الروايات أن الثابت لكل من البائع والمشتري في معاملة واحده خيار واحد، وحيث إن ثبوته لأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح؛ لاشتراكهما في الدخول في الموضوع للخيار فيكون مشتركاً بينهما. نظير ما يأتي من ثبوت خيار واحد للورثة فلا ينفذ الفسخ منهم إلا مع اجتماعهم عليه ولو افترق واحد من الوكيل أو الموكل مجلس العقد سقط ذلك الخيار لحصول الافتراق بين البيعين اللذين كان لهما الخيار.

والقول بكفايه بقاء واحد من الوكيل أو الموكل مع واحد من الطرف الآخر بدعوى أن الخيار ثابت لعنوان البائع الصادق مع بقاء واحد من الوكيل أو الموكل، لا- يمكن المساعدة عليه؛ لأن مدلول قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(١) ثبوت الخيار للأشخاص لا لعنوان البائع، نظير ما ذكر بعض الفحول في الواجب الكفائي من توجه التكليف بالفعل إلى طبيعي المكلف لا إلى أشخاصه، فإن هذا خلاف ظاهر الروايات. اللهم إلا أن يقال: هذا لا ينافي استقلال كل منهما في استعمال الخيار، بمعنى أن كلاً منها سبق إلى استعماله نفذ، كما هو ظاهر إسناد جواز الأمر الواحد إلى كل من

ص: ٣٢٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرّق المتعاقدين، أو بتفرّق الكلّ، فيكفى بقاء أصيل مع وكيل الآخر في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير. وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له: اشتر لي عبداً فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأوّل: من أنّ إطلاق أدلّه الخيار مسوق لإفاده سلطنه كلّ من العقادين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دلّ على سلطنه الموكل على ما انتقل إليه المستلزمه لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصل. وفي ثبوته للموكلين ما تقدّم، والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه. ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خياريّ؟ [١] الأقوى العدم، لأنّ الشرح:

الوكيل والموكل.

لا يقال: لم لا يكون لكلّ من الوكيل أو موكله خيار مستقل كما هو مقتضى انحلال خطاب: البيعان بالخيار ما لم يفترقا؟

فإنه يقال: الخطاب المزبور انحلالاً بالإضافة إلى أفراد البيع المنشأ ابتداءً، ولكن لا انحلال فيه بالإضافة إلى كل من صدق عليه عنوان البائع أو المشتري في بيع واحد.

ولذا لا يثبت لكل من الوزار خيار مستقل بالإضافة إلى حصّته. وكذا لو اشترى حيوانين بصفقه واحده وأراد فسخ البيع بالإضافة إلى أحدهما دون الآخر، فلا ينفذ ذلك؛ لأن البيع المنشأ التام واحد، وظاهر الأدله ثبوت الخيار فيه لا في البيوع التي ينحل إليها ذلك البيع الواحد.

[١] ظاهر الأدله ثبوت الخيار للبائع والمشتري ويستفاد مما دل على جواز

الشرح:

إسقاط الخيار أنه من الحقوق، أى قابل للإسقاط، وأما جواز نقله إلى الغير فلم يدل عليه دليل، كما أنه لم يقدّم دليل على أن كل حق يقبل النقل إلى الغير ليؤخذ به فى المقام.

وعلى ذلك فليس للموكل فيما ثبت له الخيار تفويضه إلى وكيله أو الأجنبى.

نعم، حيث إن للموكل الفسخ والإمضاء وكل منهما من الأفعال القابلة للنيابة فيمكن أن يوكل الغير فى الفسخ أو الإمضاء، بحيث يكون فسخه أو إمضاءه إعمالاً لخيار الموكل، وهذا ليس من التفويض، فإن معنى التفويض نقل الخيار من نفسه إلى الغير بحيث لا يكون للموكل خيار بعد النقل، والتوكيل فى الفسخ أو الإمضاء ليس من هذا القبيل، بل للموكل بعده إعمال خياره بنفسه بالإمضاء أو الفسخ ويكون ذلك فسخاً عملياً لوكاله.

لا يقال: بناءً على إرث الخيار كما عليه المشهور، يكون ذلك دليلاً على جواز النقل أيضاً، فإنه إذا لم يقبل النقل فكيف يرث؟ أضف إلى ذلك عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فإن تفويض الخيار إلى الغير بالعوض أو مجاناً عقد يجب الوفاء به.

فإنه يقال: عموم وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى العقود المتعارفه بين الناس ولو فى كل عصر، لا خصوص العقود المتعارفه فى زمان صدور الآيه وتفويض الخيار الشرعى بمعنى نقله إلى الغير مجاناً أو بالعوض غير متعارف، والمتعارف هو التوكيل فى الفسخ والإمضاء كما تقدم.

وأما إرث الخيار فهو على تقدير الالتزام به كما يأتى لا يقتضى جواز كل نقل، ولذا لا أظن الالتزام بجواز تفويض مثل حق القصاص إلى الغير مجاناً أو مع العوض

ص: ٣٣١

المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده في صورته القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً. ومما ذكرنا أتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين [١] وإن جعلنا الإجازة كاشفه، لا لعدم صدق «المتبايعين»، لأن البيع النقل، ولا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفي، وهو موجود هنا. نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة. ويندفع أيضاً: بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصحّ على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار.

الشرح:

لا بمعنى توكيل الغير في استيفائه، مع أن الحق المزبور موروث بلا شبهة.

وعلى الجملة ثبوت النقل القهري لا يقتضى جواز النقل الاختياري.

[١] الأظهر عدم ثبوت خيار المجلس للفضوليين، باعتبار أن البيع مع عدم إجازة المالكين وإن استند إلى الفضوليين إلا أن عدم ثبوت الخيار لهما باعتبار أن خيار المجلس كسائر الخيارات الشرعية التأسيسية حكم شرعي للبيع التام المترتب عليه الانتقال الشرعي كما هو ظاهر الروايات، فمع إجازة المالكين يستند إليهما البيع. وعلى تقدير اجتماعهما في مجلس الإجازة يثبت لهما خيار المجلس.

واحتمال اعتبار مجلس العقد لا مجال له إلا بناءً على الكشف الحقيقي، حيث إنّ الإجازة بناءً عليه تكشف عن تمام البيع وترتب الحكم عليه من حين صدوره، ولكن المبنى المزبور كما تقدم في محله ضعيف.

والحاصل: أن المعبر الاجتماع في مجلس الإجازة، سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحكمي.

ومما ذكرنا يظهر أن ثبوت خيار المجلس في بيع الصرف والسلم بعد حصول

ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين. نعم، في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه. واعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجه. خصوصاً على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدّم توضيحه في مسأله عقد الفضولي، ويكفي حينئذ الإنشاء أصاله من أحدهما والإجازة من الآخر [١] إذا جمعهما مجلس عرفاً. نعم، يحتمل في أصل المسأله أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ الترت، فتأمل.

الشرح:

التقابض والقبض، وليس في ذلك محذور أصلاً.

واحتمال أن يكون إجازة المالكين إسقاطاً لخيار المجلس كما عن المصنف رحمه الله، لا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار حكم شرعى يترتب على العقد بعد الإجازة إلا مع اشتراط سقوطه، وإجازة العقد بمجرد ظهورها لا ظهور لها في اشتراط السقوط.

ولا فرق في عدم ثبوت الخيار للفضوليين بين كونهما غاصبين أم لا، وحيث إنه ليس لهما خيار المجلس، فلو تفاسخا قبل الإجازة لغى الفسخ ويبقى البيع بحاله.

نعم، لو ألغى أحد الغاصبين إيجابه قبل قبول الآخر لا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة لاختلال صورته العقد بالإلغاء المزبور بناءً على ما تقدم عن المصنف رحمه الله من أن الردّ المزبور تسقط الموالاه المعتره بين إيجاب العقد وقبوله على كلام تقدم في محلّه، في أنّ الموالاه بين العقد وإجازته غير معتبره.

[١] يعنى يكفى في ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان أحد المتعاقدين أصيلاً والآخر فضولياً فرض مكان قد جمع ذلك المكان الأصيل والمجيز، بأن حصل الإنشاء من الأصيل والإجازة من المجيز في ذلك المكان.

هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟

ولا فرق في الفضولتين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابليته لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورته المعاقده، والله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحداً [١] لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولايةً أو وكالةً على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بأن كان ولياً أو وكيلاً مستقلاً في التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى والمحقق والعلامة والشهيد الشرح:

[١] وحاصله: أنه لو كان العاقد في البيع واحداً كما إذا باع ماله من غيره فيما كان وكيلاً أو ولياً على ذلك الغير في الشراء له، أو باع مال الغير من نفسه فيما كان ولياً على ذلك الغير أو وكيلاً عنه في البيع يثبت له خيار البائع والمشتري؛ لأن مقتضى قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» (١) ثبوت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البائع ومن صدق عليه المشتري، والمفروض أن العاقد المزبور يصدق عليه كل من العنوانين.

وبتعبير آخر: صيغته التثنية هنا لا- باعتبار تعدد الوجود من طبيعته كما في مثل الرجلين والمرأتين ونظائرهما، بل باعتبار الطبيعتين وتعدد العنوانين، أى البائع والمشتري، نظير قوله: (القتيلان في النار)، حيث يعم ما إذا كان شخص قاتلاً ومقتولاً في واقعه.

ودعوى ظهور التثنية في المقام فيما إذا كان كل من عنوان البائع والمشتري منطبقاً على من انفرد بالإنشاء فلا يتحقق الخيار فيما إذا لم يكن في البين انفراد بإنشاء البيع والشراء، كما إذا كان العاقد واحداً، لا- يمكن مساعدته عليها. فإنه لا وجه للدعوى المزبورة بعد ظهور الخطاب في كون الخيار حكماً لمن ينطبق عليه عنوان البائع أو المشتري.

ص: ٣٣٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

والمحقق الثاني والمحقق الميسى والصيمرى وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين. واحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، وجعل الغايه التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب.

الشرح:

ويكفى فى الجزم ببطلانها ملاحظه سائر الأحكام الثابتة لعنوان البائع أو المشتري كثبوت خيار الحيوان، فإنه لا ينبغى الشبهه فى ثبوته للولى فيما إذا باع الحيوان المملوك له من المولى عليه.

نعم، المذكور فى الروايات غايه لخيار المجلس افتراق المتبايعين، والافتراق لا يتحقق إلا مع تعددهما، فيكون ذكر الغايه قرينه على اختصاص خيار المجلس بصوره تعدد البائع والمشتري خارجاً.

وقد يقال فى الجواب عن ذلك: بأن «حتى» من أداه الغايه وتدخّل على الممكن والممتنع، كقوله سبحانه: «حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ»^(١) فيكون مقتضى دخول حتى فى الروايات على الافتراق ثبوت خيار المجلس أمكن الافتراق أم لا.

ولكن لا يخفى أن دخوله فى بعض الموارد على الممتنع لا ينافى ظهور مدخوله فيما إذا كان قيداً للحكم فى فرض الاجتماع لموضوع ذلك الحكم، فلا يكون للخيار موضوع فيما لم يكن اجتماع لبيعين، سواء كان عدم الاجتماع بالافتراق حال العقد كعدم حضور الموكل مجلس العقد، أو بعدم تعددهما فى مفروض الكلام.

وذكر المصنف رحمه الله فى الجواب عن ذلك، بأن الافتراق المزبور وإن كان ظاهراً فى

ص: ٣٣٥

١- (١) سورة الأعراف: الآية ٤٠.

خلافاً للمحكى فى التحرير من القول بالعدم، واستقره فخر الدين قدس سره ، ومال إليه المحقق الأردبيلى والفاضل الخراسانى والمحدث البحرانى، واستظهره بعض الأفاضل ممن عاصروناهم. ولا يخلو عن قوه بالنظر إلى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورته التعدد، والغايه فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها لأمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع والمشتري كسائر أحكامهما، إذ لا يفرق العرف بين قوله: «المتبايعان كذا» وقوله: «لكل من البائع والمشتري»، إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر فى اختصاص الحكم بصوره إمكان فرض الغايه، ولا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد.

ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمه «حتى» تدخل على الممكن والمستحيل، إلا أن يدعى أن التفرق غايه مختصه بصوره التعدد، لا مختصه للحكم بها. وبالجملة، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم، لا يبعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه. والأولى التوقف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد.

ثم لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاؤه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسأله: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:

الشرح:

فرض الاجتماع المختص بصوره تعدد العاقد، إلا أن جعله غايه مبنى على الغالب من تعدد العاقد وكون البائع غير المشتري خارجاً، فلا يوجب ذلك اختصاص خيار المجلس بصوره التعدد.

أقول: لا يخفى أن الحمل فى قيد على الغالبى إنما ينفع فيما إذا كان فى البين خطاب يثبت الخيار للبائع والمشتري من غير ذكر الغايه فيه؛ ليتمكن الأخذ بالإطلاق ولا يرفع اليد عنه بالقيد الغالبى، ولكن ليس فى المقام مثل ذلك الخطاب المطلق.

منها: من ينعق على أحد المتبايعين، والمشهور كما قيل : عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق. واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع . والكلام فيه مبنى على قول المشهور: من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار. والظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لأن مقتضى الأدلّة الانعتاق بمجرد الملك، والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرّيه بعد تحقّقها إلا على احتمال ضَعْفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيماً مبنى على تزلزل العتق. وأمّا الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمه، فقد يقال: إنه مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقيه، فيفرض المنعق كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع القيمه ويسترد الثمن. وما في التذكرة: من أنه وطن نفسه على الغبن المالى، والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع، لأنّ التوطين على شرائه عالمياً بانعتاقه عليه ليس توطيئاً على الغبن من حيث المعامله، وكذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن ويأخذ القيمه. وما في التذكرة: من تغليب جانب العتق إنّما يجدى مانعاً عن دفع العين.

لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لأنّ شراءه إتلاف له في الحقيقه وإخراج له عن المالىه، وسيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرّف، فعدم ثبوته به أولى. ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لأنّ بيعه ممن ينعق عليه، إقدام على إتلافه وإخراجه عن المالىه.

والحاصل: أنا إذا قلنا: إنّ الملك فى من ينعق عليه تقديرى لا تحقيقى، فالمعامله عليه من المتبايعين مواطاه على إخراجه عن المالىه، وسلّكه فى سلّك ما لا يتموّل. لكنّه حسن مع علمهما، فتأمّل.

وقد يقال: «إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار والانعتاق هل

يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأما، أو الأوّل بالأوّل والثانى بالثانى، أو العكس؟ فعلى الأوّلين والأخير يقوى القول بالعدم، لأنصية أخبار العتق وكون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، ولسبق تعلّقه على الأخير. ويحتمل قريباً الثبوت، جمعاً بين الحقيين ودفعاً للمنافاه من البين، وعملاً بالنصين وبالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، وتزيلاً للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب فى أحدهما، وللعنق منزله تلف العين، ولأنهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري، أو تعيب بما يوجب ذلك. والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام.

وعلى الثالث يتجه الثانى، لما مرّ، ولسبق تعلّق حق الخيار وعروض العتق». ثم قال: «وحيث كان المختار فى الخيار: أنه بمجرد العقد، وفى العتق: أنه بعد الملك، ودلّ ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب على أنّ أحكام العقود والإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرحوا بأنّ الخيار يثبت بعد العقد وأنه عله، والمعلول لا يتخلف عن علته، كما أنّ الانعتاق لا يتخلف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف والتحرير ومال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه، ويؤيده إطلاق الأكثر ودعوى ابن زهره الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب البيع من غير استثناء». انتهى كلامه، رفع مقامه.

أقول: إن قلنا: إنه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعتاق عقيب الملك آنأما، إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديراً، إذ

ملكه المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الاعتناق، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الاعتناق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم اعتناقه مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.

والحاصل: أنّ الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه. وإن قلنا: إنّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين إن كان موجوداً وبدله إن كان تالفاً أو كالتالف، ولا- يعتبر في صورته التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه وتملكه منه، بل يكفي أن تكون العين المضمونه قبل الفسخ بثمنها مضمونه بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ والرجوع إلى قيمه فيما تقدّم من مسأله البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعقاً على المشتري، وحكمهم برجوع الفاسخ إلى قيمه لو وجد العين منتقله بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزله التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا والرجوع إلى قيمه، إلّا مع إقدام المتبايعين على معامله مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، فالأقوى العدم، لأنهما قد توطأ على إخراجه عن المائنه الذي هو بمنزله إتلافه.

وبالجملة، فإنّ الخيار حق في العين، وإنما يتعلّق بالبدل بعد تعذّره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لمائته وتفويتاً لمحلّ الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه، فلم يحدث حق في العين حتّى يتعلّق وبدله.

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع، ونقله إلى من ينعق عليه كالاتلاف له من حيث المائنه، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل.

ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم

هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟

اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أمّا بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه، وأمّا بالنسبة إلى القيمة فلما تقدّم: من أنّ الفسخ يتوقّف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي ولو تقديراً لتكون مضمونه له بقيمته على من انتقل إليه، ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال: إنّه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط. ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين قدس سره فى الإيضاح: من أنّ البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاًً، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع، بناءً منه على عدم تملك السيّد الكافر له، لأنّ الملك سبيل، وإنّما له حقّ استيفاء ثمنه منه.

لكن الإنصاف: أنّه على هذا التقدير لا- دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأنّ الظاهر من قوله: «البيع بالخيار» اختصاص الخيار بصوره تحقّق البيع من الطرفين، مع أنّه لا معنى لتحقّق العقد البيعى من طرف واحد، فإنّ شروط البيع إن كانت موجوده تحقّق من الطرفين وإلا- لم يتحقّق أصلاً، كما اعترف به بعضهم فى مسأله بيع الكافر الحربى من ينعق عليه. والأقوى فى المسأله وفقاً لظاهر الأ- كثر وصريح كثير ثبوت الخيار فى المقام، وإن تردّد فى القواعد بين استرداد العين والقيمه، وما ذكرنا من أنّ الرجوع بالقيمه مبنى على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدّم فى المسأله السابقه غير قادح هنا، لأنّ تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، ولذا جوّزنا له شراء من ينعق عليه. وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين.

ومنها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه ولو

بالنسبة إلى قيمه، لعدم شمول أدله الخيار له، واختاره في التذكرة. وفيها أيضاً: أنه لو اشترى جَمَدًا [١] في شدة الحرّ ففي الخيار إشكال، ولعله من جهة احتمال اعتبار قابليته العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

الشرح:

[١] وهل يثبت خيار المجلس فيما إذا لم يكن العين قابلاً للبقاء بعد العقد لحصول التلف كلاً أو بعضاً قبل الافتراق، كالجمد في الصيف.

ذكر في «التذكرة» (١) أن في ثبوت الخيار إشكالاً، ووجهه على ما ذكر المصنف رحمه الله اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد والجمد في الفرض لا- يكون كذلك. وفي «جامع المقاصد» (٢) أن خيار المجلس لا- يسقط بالتلف فكيف يكون عدم قابليه الجمد موجباً لانتفاء الخيار؟

وأجاب المصنف رحمه الله ، بأنّ التلف لا يكون مسقطاً فيما إذا ثبت خيار المجلس قبله بالعقد، وفي المقام أصل ثبوت الخيار بالعقد غير معلوم.

أقول: إطلاق أدله الخيار فيما إذا لم يكن سقوطه شرطاً في البيع ولو بنحو الشرط الارتكازي يقتضى عدم الفرق بين المقام وسائر المقامات.

وهل يثبت فيما إذا كان المبيع ديناً لبائعه على المشتري؟ فقد يقال بعدم الثبوت باعتبار أن الدين يبيعه من المديون يسقط واشتغال الذمه بإعادة الدين إليها غير معهود.

وعن السيد اليزدي رحمه الله أنه يمكن القول بثبوت خيار المجلس مع كون سقوط الدين عن العهده من قبيل تلف المبيع، وبفسخ ذى الخيار يرجع إلى بدله.

ص: ٣٤١

١- (١) التذكرة ١: ٥١٦.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود [١] سوى البيع عند علمائنا، كما في التذكرة، وعن تعليق الإرشاد وغيرهما. وعن الغنية: الإجماع عليه. وصرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله في الوكالة والعارية والقراض والحواله والوديعة. إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها قال: وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى.

الشرح:

أقول: وتظهر الثمرة فيما إذا كان الدين من القيميات كما إذا باع حيواناً موصوفاً بنحو السلم، ثم باع المشتري الحيوان المزبور من بائعه، فإن قيل بثبوت خيار المجلس في البيع الثاني وكون سقوط الدين عن العهده من التلف فيرجع بعد الفسخ إلى قيمه ذلك الحيوان على ما هو المستفاد من العرف والأدلة أن الحيوان وغيره من القيميات يضمن بالقيمه، وإن لم نقل بأن سقوط الدين عن العهده من التلف، وأن عود العهده مع قيام الدليل عليه ممكن كما هو الصحيح، فيلتزم بالعود في المقام كما هو مقتضى الخيار الثابت بإطلاق مثل قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار... الخ» (١).

[١] قد ذكر قدس سره اختصاص خيار المجلس بالبيع، فلا يثبت في سائر العقود اللازمه، سواء كانت ماله كالأجاره أم غيرها كالنكاح، فإن هذا الخيار تأسيس من الشرع وما ورد فيه لا يعم غير البيع.

وقد نقل الإجماع على اختصاصه بالبيع في كلمات الأصحاب كالشيخ في «الخلاف» (٢)، فإنه ذكر الإجماع على عدم دخوله في الوكالة والوديعة والعارية

ص: ٣٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٢) الخلاف ٣: ١٣ ١٤، المسألة ١٢ من البيوع، وفيه بدل «الحواله»: الجعالة.

ومراده خيار المجلس والشرط. وحكى نحوه عن القاضى. ولم يُعلم معنى الخيار فى هذه العقود، بل جزم فى التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها، لأنَّ الخيار فيها أبداً. واحتمل فى الدروس: أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار. ولعلَّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فى هذه العقود، لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار، ولأنَّ أثر هذه العقود تمكّن غير المالك من التصرف، فهو الذى يمكن توقّفه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفاً عليه.

الشرح:

والمضاربه والحواله. وفى غير موضع من «المبسوط» (١) أنّه صرح باختصاص خيار المجلس بالبيع، ولكن مع ذلك ذكر أيضاً فى «المبسوط» (٢) لا مانع من ثبوت خيار المجلس والشرط فى الوكاله والوديعه والعاريه والمضاربه والجعاله.

وقد حمل فى «الدروس» (٣) هذا الكلام على أنه لا يجوز التصرف فى العقود المزبوره إلا بعد انقضاء المجلس والشرط.

وحيث إن تصرف المالك فى ماله لا يصح أن يتوقف على مضيّ زمان. ذكر المصنف رحمه الله: أن مراد الشهيد عدم جواز تصرف الطرف الآخر، أى غير المالك إلا بعد ذلك الزمان المزبور؛ لأن ثمره هذه العقود تصرف غير المالك فى المال، وهذا كالتزامه قدس سره فى البيع بأنه لا يجوز للمشتري التصرف فى المبيع والبائع فى الثمن إلا بعد مضيّ زمان الخيار.

ولم يقبل المصنف رحمه الله هذا الحمل لتصريح الشيخ قدس سره فى غير موضع من

ص: ٣٤٣

١- (١) المبسوط ٢: ٨٢٨٠.

٢- (٢) المبسوط ٢: ٨٢.

٣- (٣) الدروس ٣: ٢٦٨.

لكن الإنصاف: أن تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع.

والذى يخطر بالبال: أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتفسخ بفسخه في المجلس، وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه، إلا أن ملاحظه كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان.

الشرح:

«المبسوط»(١) باختصاص خيار المجلس بالبيع، فكيف يلتزم مع ذلك بجريانه وجريان خيار الشرط في تلك العقود الجائزه.

وقال: الأولى حمل كلامه على ما إذا كانت تلك العقود الجائزه منشأه في ضمن البيع بنحو شرط النتيجة فإنها مع الشرط كذلك تكون خياريه بخياريه البيع ولازمه بلزوم البيع.

وذكر في «السرائر»(٢) دخول خيار المجلس والشرط في العقود، وعلل دخولهما فيها بحصول المقصود من الخيارين وهو جواز فسخها.

واحتمل المصنف رحمه الله أن يكون مراد الشيخ قدس سره أيضاً من دخولهما ثبوت نتيجهما في تلك العقود بجواز فسخها.

لا يقال: كيف يكون مثل الوكاله شرطاً في ضمن العقود اللازمه فتكون لازمه بلزومها مع أن العقود الإذنيه تكون قوامها بالإذن، وإذا رجع الموكل عن إذنه للغير في الفعل فلا يبقى الإذن المقوم لها ولو مع اشتراطها في ضمن العقد اللازم.

ص: ٣٤٤

١- (١) المبسوط ٢: ٨٢٨٠.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٤٦.

وكيف كان، فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١] لأنّ ظاهر النصّ كون البيع علّه تامّه، ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفاً، الشرح: فإنّه يقال: حدوث تلك العقود يكون بالإذن بنحو خاص وينتزع منه أمر يعبر عنه بالاسم المصدرى، فيكون المعنى الاسم المصدرى باقياً مع عدم قيام الدليل على جواز العقد بالرجوع في الإذن ونحوه.

ويكشف عن ذلك ما ورد في ثبوت الوكالة وعدم بطلانها بعزل الموكل فيما إذا لم يوصل عزله إلى الوكيل. وإذا أمكن ثبوت الوكالة مع رجوع الموكل عن إذنه السابق فيؤخذ به فيما إذا كانت شرطاً في ضمن العقد اللازم بنحو شرط النتيجة، حيث إنّ مقتضى لزوم البيع مثلاً نفوذ تلك الوكالة وعدم انفساخها ولو برجع الموكل وإظهاره عدم مأذونه الطرف في مورد الوكالة كما لا يخفى.

[١] تعرض قدس سره لمبدأ خيار المجلس وأنه من حين تحقق العقد أو من حين ترتب الأثر، أي انتقال المالكين، وحيث إنّ الانتقال الشرعي يتوقف في بيع السلم والصرف على القبض والتقابض، يقع الكلام في أن الخيار فيهما من حين تحقق العقد أو من حين القبض أو التقابض.

وحاصل ما ذكر أنه إن قلنا بوجود القبض أو التقابض يثبت فيهما الخيار كسائر البيوع من حين تحقق العقد، ويكون فائده الخيار فيها فسخ العقد وإلغاؤه لئلا يحصل بترك القبض أو التقابض عصيان.

ولو لم نقل بوجود القبض والإقباض ففي ثبوت الفائده للخيار قبلهما تأمل، إلا أن يدعى أنّ فائدته إخراج العقد عن قابليه الصحة بلحوق القبض والإقباض.

إمّا للزوم الربا كما صرّح به فى صرف التذكّره وإمّا لوجوب الوفاء بالعقد وإن لم يكن بنفسه مملّكاً، لأنّ ثمره الخيار حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض. أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرّق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاء، لأنّ المفروض بقاء سلطنه كلّ من المتعاقدين على ملكه وعدم حقّ لأحدهما فى مال الآخر. ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحوق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابليه التأثير.

الشرح:

والوجه فى وجوب القبض أو التقابض بتحقيق العقد أحد الأمرين: إمّا ثبوت الربا، كما إذا كان العوضان فى الصرف من جنس واحد فإنّه على تقدير تحقيق القبض من أحدهما دون الآخر يلزم أن يكون فى أحد العوضين زياده حكميه؛ لأنّ للأجل قسطاً من الثمن. وإمّا أن مقتضى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) وجوب العمل على مقتضى العقد والوفاء به قبل القبض أو الإقباض، يتحقق بالقبض والإقباض.

ونقل فى المقام كلام العلامة فى «التذكّره»^(٢)، حيث يظهر منه ثبوت خيار المجلس فى الصرف من حين تحقق العقد، حيث ذكر أنه إذا حصل التقابض فى بيع الصرف وأجاز المتبايعان البيع أى أسقطا خيارهما لزم العقد، وكذا إذا أجازا العقد قبل التقابض فإنه يلزم معها التقابض.

ولو تركا التقابض بعد ذلك إلى افتراقهما بطل البيع لعدم حصول الشرط، ولكن لو كان تفرقهما بدون التقابض برضاها فلا عريان؛ لأنّ رضاها إقاله للبيع، وإن كان تفرقهما بمفارقة الواحد منهما عصى ذلك المنفرد.

ص: ٣٤٦

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) التذكّره ١: ٥١٨ ٥١٩ .

قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف ثمّ أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرّقا قبله انفسخ العقد، ثمّ إن تفرّقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصي، انتهى.

الشرح:

وكذا كلام «الدروس»^(١)، حيث صرح بثبوت خيار المجلس في الصرف تقابضا أم لا، فإن أسقطا خيارهما وجب التقابض، فلو هرب أحدهما بعد الإسقاط عصي، ولكن يفسخ البيع، ولو هرب أحدهما قبل إسقاط خياره فلا عصيان.

ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقاً لعدم لزوم العقد مادام لم يحصل التقابض، كما عن الشيخ قدس سره في «المبسوط»^(٢)، حيث صرح بعدم وجوب التقابض في الصرف، ولم يقيد بصوره التزامهما به بإسقاط خيارهما.

أقول: إن أراد العلامة رحمه الله استفادة اشتراط القبض والتقابض في السلم والصرف من دليل حرمة الربا وبطلان المعاوضة الربويه فلا يمكن مساعدته عليه.

أولاً، لأنّ الدليل المزبور لا يجرى في بيع السلم مطلقاً، وفي بيع الصرف فيما إذا كان العوضان من غير جنس واحد، كبيع الدراهم بالدنانير.

وثانياً، لأنّ حرمة الربا وبطلان المعاوضة الربويه تكون مع اشتراط التأخير في ناحيه أحد العوضين المتجانسين المتساويين وزناً، لا بمجرد تأخير أحد العوضين بعد انقضاء مجلس العقد مع عدم ثبوت حق التأخير، وعلى ذلك فإثبات اشتراط وجوب التقابض في المجلس بلزوم الربا غير ممكن.

وإن أراد إثبات وجوب التقابض تكليفاً، فمن الظاهر أن مع عدم وجوبه لا يلزم الربا، حيث إنه بدون حصول التقابض لا نقل لتكون المعاوضة ربويه، ومع التقابض

ص: ٣٤٧

١- (١) الدروس ٣: ٢٦٧ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٧٩، وفيه: «وأما الصرف فيدخله خيار المجلس» .

وفى الدروس: يثبت معنى خيار المجلس فى الصرف، تقابضاً أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصيه. ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً، لأنّ للقبض مدخلاً فى اللزوم فله تركه، انتهى.

وصرح الشيخ أيضاً فى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض.

الشرح:

يصحّ، ولا موضوع للربا.

وأما قضيته وجوب التقابض أخذاً بعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فهو أيضاً غير ممكن؛ لما تقدم من أن وجوب الوفاء بالعقود بالإضافه إلى المعاوضات الماليه ومنها البيع، حكم إرشادى إلى التخلص من محذور التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه أو عدم انحلاله بعد حدوثه، وإذا قام الدليل على عدم حصول النقل فى بيع السلم والصرف قبل القبض والإقباض فينتفى ذلك الحكم الإرشادى؛ لأن المال قبل القبض ليس من مال الغير، ولم تتم المعامله ليحكم بلزومها وعدم انحلالها.

وأيضاً ما دل على اشتراط السلم أو الصرف بالقبض والتقابض، كما يكون مقيداً لقوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) وأن إمضاء البيع فى الصرف والسلم بعد القبض والتقابض، كذلك يكون حاكماً على قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٣)؛ لأن ظاهر الخطاب ثبوت الخيار للبائع والمشتري فى البيع الممضى شرعاً. وظاهر دليل الاشتراط عدم إمضاء البيع قبل القبض والتقابض، وهذا هو المراد من حكومته على قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٤).

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

٤- (٤) المصدر: الحديث ٣ .

ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد.

الشرح:

ولكن عن بعض الأجله (دامت أيامه) أن الموضوع لخيار المجلس في الروايات البائع والمشتري، ومقتضى ذلك ثبوت الخيار لكل منهما من حين تلبسه بالمبدأ. فعلى تقدير تحقق البيع من البائع بتمام الإيجاب يثبت الخيار له من ذلك الحين، وعلى تقدير القول بأن تلبس كل منهما يكون بتمام القبول يثبت لكل منهما الخيار من ذلك الحين، فإن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار إلى أن يفترقا» بمنزله القول بأن لكل من البائع والمشتري خياراً من حين التلبس بالمبدأ إلى حصول الافتراق، من غير فرق في ذلك بين بيع الصرف والسلم وغيرهما؛ لأن ثبوت الخيار في بيع قبل حصول النقل الشرعي أمر ممكن، وإنما لا يمكن ثبوت الخيار في بيع لا يلحقه الصحة لا في بيع يمكن عروضها له.

ثم على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار في بيع الصرف والسلم قبل القبض، يشكل إثبات حدوثه لكل من البائع والمشتري بعد القبض؛ لأن الدليل قد دل على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري من حين التلبس بالمبدأ وبقائه إلى حصول الافتراق، وإذا خرج بيع الصرف والسلم عن الحكم بعدم حدوث الخيار بالتلبس فيشكل إثباته حدوثه لكل منهما بالقبض إلى حين الافتراق.

ولكن الإشكال يمكن دفعه بأن المقام من صغريات ما إذا خرج فرد عن العام أو المطلق في زمان ثم بعد ذلك الزمان يتمسك بالعام أو المطلق لإثبات حكمهما للفرد المزبور، فإن ما دل على اشتراط القبض أو التقابض في السلم أو الصرف تخصيص أو تقييد في الحكم المستفاد من قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (1) ولو كان هذا

ص: ٣٤٩

المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد

في مسقطات الخيار

وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، وإسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف. فيقع الكلام في مسائل:

مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه [١] في ضمن العقد، وعن الغني: الإجماع عليه. ويدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض:

الشرح:

التخصيص أو التقييد بلسان الحكومه، أي بنفى البيع قبل القبض؛ لأن القبض ليس شرطاً عرفياً فيهما ليكون خروج بيع الصرف أو السلم قبل القبض لا بنحو التخصيص أو التقييد. انتهى.

أقول: قد تقدم أن الموضوع لخيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعية ليس مجرد البيع العرفي، بل البيع الممضى لظهور أدلتها عرفاً في أن الخيار حكم للبيع الممضى، نظير ما دل على مشروعيه الإقاله في كل بيع.

ولسنا ندعى ظهور البيع في الممضى في كل خطاب حتى في مثل قوله سبحانه: «أَحِيلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، بل المدعى في المقام الظهور الناشئ عن مناسبة الحكم والموضوع.

وعلى ذلك فما دل على اعتبار القبض في السلم أو التقابض في الصرف يوجب دخول البيع فيهما في خطاب الخيار من حين القبض والتقابض، من غير أن يكون تخصيص أو تقييد في البين.

[١] مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في البيع وإسقاطه بعد البيع والتفرق والتصرف.

ص: ٣٥٠

«المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم». وقد يتخيل معارضته بعموم أدلّه الخيار، ويرجّح على تلك الأدلّه بالمرجحات وهو ضعيف، لأنّ الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود، وموافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجّحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلّه الشروط، كما يظهر من كتبهم. ونحوه في الضعف، التمسّك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على صيروره شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به، إذ فيه: أنّ أدلّه الخيار أخصّ، فيخصّص بها العموم. الشرح:

والكلام في المقام في سقوطه بالاشتراط في البيع، وكأنّ سقوطه بالاشتراط في البيع متسالم عليه بينهم، ويقتضيه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، حيث إن الشرط يعمّ سقوط خيار المجلس.

وقد يقال: إن العموم المزبور معارض بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢)، حيث إن مقتضاه ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري اشترطاً سقوطه في البيع أم لا، ولكن يقدم خطاب لزوم الوفاء بالشرط باعتبار المرجح وهو التسالم على سقوط الخيار بالشرط.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأن تقديم خطاب لزوم الوفاء بالشرط بالترجيح في مقام المعارضه غير صحيح، لفقد المرجح والتسالم المزبور مدركي، حيث يظهر أن وجه التسالم الأخذ بخطاب لزوم الوفاء بالشرط، وإذا فرض معارضته يلزم الإغماض عن التسالم المزبور، كما في سائر الإجماعات المدركيه.

وأيضاً قد يقال: إن لزوم البيع بشرط سقوط الخيار مقتضى لزوم الوفاء بالعقد

ص: ٣٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

بل الوجه مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط عدم نهوض أدله الخيار للمعارضه، لأنها مسوقه لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع، فلا ينافى سقوطه بالمسقط الخارجى وهو الشرط، لوجوب العمل به شرعاً. بل التأمل فى دليل الشرط يقضى بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات الشرح:

المستفاد من قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١). بملاحظه أن شرط سقوط الخيار يحسب من العقد الذى يجب الوفاء به.

وفيه: أن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٢) أخصّ مطلقاً بالإضافة إلى العموم المزبور، فيرفع اليد عن ذلك العموم، بل الوجه فى عدم الخيار مع اشتراط سقوطه فى البيع أن خطاب الخيار متضمن لبيان الحكم، أى الخيار للبيع بعنوانه الأولى، وخطاب وجوب الوفاء بالشرط حكم للبيع بعنوان ثانٍ، فيجرى فيهما ما يجرى فى سائر الخطابات الداله على ثبوت حكم ترخيصى لفعل بعنوانه الأولى، وخطاب آخر دال على حكم آخر له بعنوانه الثانوى فى أن المتفاهم العرفى مع ملاحظه الخطابين هو أن الحكم الأول ثابت للفعل لولا العنوان الثانوى.

فلاحظ ما ورد فى استحباب غسل الجمعه أو الوضوء بعد الحدث مع ما دل على وجوب الوفاء بالنذر أو العهد، وأن الجمع العرفى فيهما إذا تعلق النذر بالغسل أو الوضوء هو أن الغسل أو الوضوء يجب مع النذر.

ويكشف عن هذا الجمع، أى تقديم خطاب الوفاء بالشرط على خطاب حكم البيع أو غيره، صحيحه مالك بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها،

ص: ٣٥٢

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخمار، الحديث ١ و ٢ .

قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلّه تلك الأحكام، فحال حال أدلّه وجوب الوفاء بالنذر والعهد في عدم مزاحمتها بأدلّه أحكام الأفعال المنذوره لولا النذر. ويشهد لما ذكرنا من حكومه أدلّه الشرط وعدم معارضتها للأحكام الأصليه حتى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفه كثير من الأحكام الأصليه.

الشرح:

فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»^(١)، وحيث إن الشرط الابتدائي غير نافذ فاللازم حملها على اشتراط سقوط الخيار في ضمن عقد أو حملها على المصالحة في السقوط.

والحاصل: أنّ ما دل على خيار زوجه العبد بعد صيرورتها حره في فسخ نكاحها نظير ما دل على ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري في أن مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على نفوذ الشرط حمل ثبوت الخيار على الحكم الاقتضائي، بمعنى ثبوته لولا شرط سقوطه في ضمن عقد لازم.

أقول: يأتي عن المصنف رحمه الله إبطال هذا الوجه، فإن الخيار الثابت لو كان من قبيل الحكم للبيع بعنوانه الأولى لكان شرط عدم ذلك الحكم، بل ثبوت خلافه محكوماً بالبطلان؛ لأنه يعتبر في صحه الشرط في المعامله أن لا يكون على خلاف الحكم المستفاد من الكتاب أو السنه. كما إذا تزوج المرأه على أن لا يكون لزوجهها اختيار طلاقها، فإنه يحكم ببطلان الشرط المزبور؛ لكون المشروط خلاف السنه الداله على أن الطلاق بيد الزوج، وكذا إذا باع المال بشرط أن لا يكون للمشتري اختيار الرجوع في

ص: ٣٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣: ١٥٥، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث ١ .

منها: صحيحه مالك بن عطيّه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جاربه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم». والرواية محموله بقرينه الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورته وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحه على إسقاط الخيار المتحقّق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

الشرح:

هبته السابقه، فإن شرط عدم الاختيار في الرجوع خلاف السنه الداله على أن للواهب الرجوع في الهبه مادامت العين باقيه.

والحاصل: أنه لا يكون تقديم خطاب لزوم الشرط على قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(١) لمجرد أن الخيار حكم للبيع بعنوانه الأولي، وسقوط الخيار حكم له بعنوان الشرط فيه، بل الصحيح في الجواب ما يأتي من أن الخيار من الحقوق لا من قبيل الحكم، ومقتضى كونه حقاً سقوطه بكل مسقط من فعل أو قول، فيكون شرط سقوطه في البيع مسقطاً أخذاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) ولا ينافيه قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»^(٣)، فإن مقتضى كون الخيار حقاً ثبوته في البيع لولا إسقاطه ولو من حين ثبوته كما لا يخفى.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا موجب لحمل صحيحه سليمان بن خالد على اشتراط

ص: ٣٥٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .
- ٣- (٣) مرّ آنفاً .

وكيف كان، فالاستدلال فيها بقاعده الشروط على نفى الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها، لا- معارضتها المحوجه إلى التماس المرجح.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه: [١]

الشرح:

سقوط خيار الأمه فى ضمن عقد لازم، فإن الهبه إذا كانت مشروطه بشرط من قبيل النتيجة، كما إذا وهب المال بشرط أن يكون وكيلًا فى بيع داره فبمجرد قبول الهبه يصير لازمه لحصول التعويض، أى الوكاله فى بيع الدار، فلا يجوز للواهب الرجوع فى هبته كما لا يجوز للمتهب الرجوع فى شرط الوكاله أخذاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

ومن هذا القبيل هبه المال للجاريه بشرط أن لا يكون لها خيار فى فسخ نكاح الأب، فتدبر جيداً.

[١] قد أورد على اشتراط سقوط الخيار فى البيع بأمر عمدتها ما أشرنا إليه، من كون هذا الشرط مخالفاً للسنه الداله على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري قبل الافتراق.

وأجبنا عن ذلك، بأنه إنما يتحقق المخالفه للسنه لو كان الخيار قبل الافتراق من قبيل الحكم؛ ليكون نظير شرط عدم جواز الطلاق للزوج فى عقد النكاح. وأما إذا كان من قبيل الحقوق، أى القابله للإسقاط، فلا يكون فى شرط سقوطه مخالفه لها.

وأما الأمور الثلاثه التى ذكرها المصنف رحمه الله، من لزوم الدور من شرط سقوط الخيار أو كون شرط سقوطه مخالفاً لمقتضى العقد أو كون شرط سقوطه فى البيع إسقاطاً لما لا يجب، فلا مورد لشيء منها.

ص: ٣٥٥

الأول: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

الثاني: أنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار» فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد.

الثالث: ما استدللّ به بعض الشافعيّين على عدم جواز اشتراط السقوط: من أنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب، لأنّ الخيار لا يحدث إلاّ بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله. هذا، ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

الشرح:

أما لزوم الدور فقد يقال في تقريبه: إنّه يتوقف نفوذ الشرط ولزومه على لزوم العقد، فإنّ الشرط في ضمن عقد جائز لا يزيد على أصل العقد في الجواز وإذا فرض توقف لزوم العقد أيضاً على لزوم الشرط كما في فرض شرط سقوط الخيار، لزم الدور.

والجواب: أنّ الشرط ينفذ فيما إذا كان العقد محكوماً باللزوم ولو بواسطة ذلك الشرط ولا يتوقف على لزومه مع قطع النظر عن الشرط، فإنّ الموجب لاشتراط لزوم العقد عدم إمكان لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد وبقائه على جوازه، وإذا فرض خروج العقد عن الجواز بالاشتراط المزبور صحّ الشرط ولزم بلزوم العقد.

أضف إلى ذلك ما يأتي من عدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد، وصحة الشرط في العقود الجائزه.

وأما كون شرط سقوط الخيار منافياً لمقتضى البيع، فيأتي أن المراد من كون الشرط منافياً لمقتضى العقد عدم إمكان اجتماع ذلك الشرط مع تحقق العقد كما في قوله: «بعثك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً لك»، ونحو ذلك.

أما الأول: فلأنَّ الخارج من عموم الشرط: الشروط الابتدائية، لأنها كالوعد، والواقعه فى ضمن العقود الجائزه بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لأنَّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممَّا لا يجتمعان، لأنَّ الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به. أمَّا إذا كان نفس مؤدَى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاماً آخر مغايراً للالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع فى اللزوم والجواز.

الشرح:

وأما الشرط الذى يمكن اجتماعه مع تحقق العقد بمدلوله فلا بأس به، فيما إذا لم يخالف الكتاب والسنة.

والوجه فى عدم البأس، أن ما يقتضيه العقد اذا كان لا بشرط لا يكون منافياً لمقتضاه اذا كان بشرط، بمعنى أن ما يترتب على العقد إذا كان من قبيل الحقوق يكون العقد موضوعاً لثبوته بشرط عدم اشتراط سقوطه، بأن يكون العقد مطلقاً كما لا يخفى.

وأما الثالث: وهو أنَّ إسقاط الخيار بشرط سقوطه فى العقد كإسقاطه قبل العقد إسقاط لما لا يجب، فالجواب أن إسقاط الشيء فيما كان أمراً اعتبارياً قبل تحقق موضوعه لا بأس به؛ لأن موضوعه مقيد بعدم الإسقاط، كما هو مقتضى كونه حقاً. وقد استفيد من صحيحه سليمان بن خالد جواز إسقاط الخيار فى فسخ النكاح قبل تحقق موضوعه، وهو صيروره الأمه المزوجه حره.

والحاصل: أنَّ مقتضى كون الخيار حقاً تقيّد موضوعه بعدم إسقاط ذلك الخيار.

نعم، الإسقاط قبل تحقق موضوعه كما هو ظاهر صحيحه سليمان بن خالد، يحتاج إلى دليل، ومع عدمه فالبطالان لعدم الدليل لا لعدم الإمكان.

وأما إسقاطه بشرط فى البيع كإسقاطه فيما بعد، فجوازه مقتضى كون الخيار حقاً

وأما الثاني، فلأنَّ الخيار حقٌّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خُلِّي ونفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط.

وبعبارة أخرى: المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعه العقد من حيث هي حتّى لا يوجد بدونه. وقوله: «البيعان بالخيار» وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أنَّ المتبادر من إطلاقه صورته الخلوّ عن شرط السقوط، مع أنَّ مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً، لا تمام العله ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً. نعم، يبقى الكلام في دفع توهم: أنه لو بُنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبقَ شرط مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد. ومحلّ ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أنَّ مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أننا حيث علمنا بالنصّ والإجماع أنَّ الخيار حقٌّ مالى قابل للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وعن الثالث بما عرفت: من أنَّ المتبادر من النصّ المثبت للخيار صورته الخلوّ عن الاشتراط وإقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائده الشرط إبطال المقتضى لا إثبات المانع. ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه بصحيحه مالك بن عطية المتقدمه.

الشرح:

وموضوعه البيع، فيعمّه: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، لتمام البيع والشرط معاً كما لا يخفى.

ص: ٣٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره في هذا الاشتراط أنه على وجوه:

الأول: أن يشترط عدم الخيار في البيع، بأن يكون شرط عدمه بنحو شرط النتيجة مسقطاً، على ما تقدم من أن عدم الخيار يحصل بكل مسقط، وشرط عدمه أيضاً من مسقطاته كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، وأن ذلك لا ينافي السنه الداله على أن: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٢)؛ لأن كون الخيار حقاً قرينه على أن الموضوع له البيعان مع عدم شرط السقوط.

الثاني: ان يشترط ترك الفسخ، ولا شبهه في جواز هذا الشرط وكونه من شرط الفعل، ولو خالف المشروط عليه فهل ينفذ فسخه وإن فعل محرماً بمخالفته الشرط أو لا ينفذ فسخه أيضاً؟.

اختار قدس سره عدم نفوذه؛ لأن شرط ترك الفسخ يوجب أن يكون تركه حقاً للمشروط له، ولذا يجبر عليه المشروط عليه ولو كان في تركه مجرد التكليف لما يجبر عليه إلا بنحو الأمر بالمعروف من كل أحد.

وعلى ذلك، فلا يكون المشروط عليه مستقلاً في اختياره الفسخ، بأن يكون سلطاناً على الفعل والترك لينفذ فسخه، نظير ما إذا نذر التصديق بمال ثم باع ذلك المال، فإنه قد ذكر غير واحد من الأصحاب بطلان البيع المزبور.

أقول: اشتراط ترك الفسخ لا يوجب حقاً للمشروط له إلا في الترك، بأن يطالبه من المشروط عليه ويجبره عليه، وأما الفسخ فلا حق له فيه، بل الفسخ مجرد تفويت لحق المشروط عليه فيكون محرماً، ولكن النهي عن معامله ومنها الفسخ لا يوجب فسادها.

ص: ٣٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

الشرح:

وبتعبير آخر: اشتراط ترك الفسخ على ذى الخيار لا ينافى بقاء الخيار؛ لأن الخيار التمكن على الفسخ الممضى شرعاً، وإذا لم يكن بينهما تناف فاللازم نفوذ الفسخ ولو مع كونه محرماً، بل لو لم يكن فسخه نافذاً فلا يتصور أن يطالبه المشروط له بترك الفسخ، وكيف يعقل إجباره عليه.

وذكر رحمه الله فى ذيل كلامه وجهاً آخر لبطلان الفسخ، وهو أن وجوب الوفاء بالشرط نظير وجوب الوفاء بالعقد أمر بترتيب الآثار على الشرط، وإن كان الشرط عدم الفسخ فاللازم ترتيب آثاره حتى بعد إنشاء المشروط عليه الفسخ، ولو جاز للمشتري الإمساك بالمبيع مثلاً ولو بعد فسخ البائع المشروط عليه فينتزع منه بطلان الفسخ.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإن الشرط بمعنى المشروط إذا كان فعلاً- أو تركاً فالوفاء به كالوفاء بالنذر عبارته عن الإتيان بذلك المشروط، أى الفعل أو الترك لا ترتيب الآثار، والمفروض فى المقام كون الشرط ترك الفسخ لا عدم الانفساخ وبقاء العقد.

وذكر النائينى رحمه الله (١) أن النهى عن الفسخ فى المقام يوجب فساد، فإن النهى عن معامله بمعناها المسببى موجب لفسادها، بخلاف النهى عنها بمعناها السببى أو التسببى، وذلك لأن مع مبعوضيه المسبب بأى سبب حصل، كما فى حصول ملكيه السلاح لأعداء الدين فى قتالهم المسلمين، كان حصوله بالبيع أو غيره، لا يمكن إمضاء ذلك المسبب. بخلاف ما إذا كان النهى عن معامله باعتبار مبعوضيه السبب أو التسبب فإنها لا تنافى إمضاء المسبب.

وفى المقام مبعوضيه الفسخ باعتبار المسبب، حيث إنها فى رجوع ما انتقل عن

الشرح:

ملكه إلى ملكه ثانياً.

وفيه: أن النهى والمبغوضيه فى المقام فى المعامله بمعناها السببى لا المسببى، فإن عود الملك إلى مالكة الأصلى بغير الفسخ أمر جائز تكليفاً ووضعاً، كما إذا اشترى البائع المبيع من المشتري ثانياً.

والحاصل: لا أرى وجهاً صحيحاً لبطلان الفسخ وعدم نفوذه.

نعم قد يقال كما عن المحقق الإيروانى قدس سره (1): بأن بيع المال بشرط أن لا يفسخ فى المجلس بناءً على نفوذ الفسخ لا يخلو عن الإشكال، فإن الشرط إنما يلزم الوفاء به إذا كان العقد ولو بالشرط المزبور لازماً، والمفروض أن البيع المزبور لا يكون لازماً حتى بالشرط المزبور، حيث إن الفسخ ولو يكون محرماً إلا أنه نافذ على الفرض.

والجواب: أن المراد بعدم لزوم الشرط مع جواز العقد أن يثبت وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً ولا يثبت وجوب الوفاء كذلك بالعقد ولو بعد ذلك الشرط.

وأما إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد أيضاً كما فى المقام، حيث إن وجوب ترك الفسخ مساوق لوجوب الوفاء بالعقد تكليفاً فلا بأس بالاشتراط المزبور، وكذا لا يكون صحه الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً وضعياً منحصرًا بصورة لزوم العقد، بل يصح مع جوازه أيضاً، كما إذا أعار المال بشرط ضمان ذلك المال، فإن العاربه مع الضمان المزبور جائزه تكليفاً وصححتان وضعاً.

وأما دعوى أنه مع اشتراط ترك الفسخ يكون خطاب وجوب الوفاء بالشرط وارداً على دليل خيار المجلس؛ لأن الخيار هو التمكن على الفسخ الممضى ومع تحريم

ص: ٣٦١

الشرح:

الفسخ لا يكون تمكن على الفسخ، فلا يمكن المساعدة عليها، فإنه إن أريد من التمكن جواز الفسخ وتركه تكليفاً زائداً على نفوذه فليس في البين ما يدل على اعتباره في الخيار، وإن أريد مجرد النفوذ فهو حاصل في المقام كما هو الفرض.

وأما مسألة بيع المال فيما إذا نذر التصدق به، فالأظهر فيها أن تعلق النذر لا يخرج المال عن الملك ولا يوجب تعلق حق به، وذلك فإن قول الناذر: لله على أن أتصدق بهذا المال، ليس إلا التعهد لله بالتصدق بالمال المزبور، نظير التعهد للغير في مورد شرط الفعل في بيع ونحوه، كما إذا باع المال من زيد على أن يخط له ثوباً.

ومن الظاهر أنه لا يكون في مورد شرط الخياطة تمليك للخياطة من زيد؛ ولذا لا يكون لزيد المطالبة بعوض تلك الخياطة، بل له على تقدير تخلف الشرط فسخ البيع.

ويشهد على عدم ظهور صيغه النذر في تمليك التصدق بالمال من الله سبحانه، نظير مورد تمليك الفعل من الغير في مورد الإجاره أنه لا يكون قوله: «جعلت خياطة ثوب زيد ملكاً لله سبحانه»، مرادفاً لقوله: «لله على أن أخط ثوب زيد»، بخلاف قوله: «تعهدت لله أن أخط ثوب زيد»، فإنه مرادف لصيغه النذر.

وعلى ذلك فلو خالف وترك الخياطة تحقق الحث، وكذا فيما إذا خالف في نذر التصدق وباع المال، ولكن يحكم بصحة البيع؛ لأن البيع ضد خاص للمأمور به والأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص، وعلى تقديره النهى عن معاملة لا يقتضى فسادها.

ثم لو سلم صيروره التصدق بالمال ملكاً لله سبحانه بالنذر فهذا لا يوجب بطلان البيع، فإنه بعد كون المال ملكاً للناذر يكون بيعه إتلافاً لملك الله سبحانه فيكون محرماً.

وقد تقدم أن ما يذكر في شرائط البيع من كون المبيع ملكاً طلقاً ليس شرطاً

أحدها: أن يشترط عدم الخيار وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول: «بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس» كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنيه والتذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذه في حقه. ويحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أن يبيع منذور التصديق حث موجب للكفاره، لا فاسد. وحينئذ فلا فائده في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب على مخالفته الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا. والاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار [١] ومقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد الشرح:

مستقلاً، بل هو أمر انتزاعي عن الموارد التي تعلق فيها النهي الظاهر في الفساد بالبيع، وليس في المقام نظير النهي المزبور.

[١] لو كان المراد اشتراط إسقاط الخيار من الابتداء فيكون الشرط المزبور بنفسه إسقاطاً له لا أمراً آخر في مقابل شرط سقوطه، وإن كان المراد اشتراط إسقاط الخيار بعد

الشرح:

البيع يكون هذا من شرط الفعل.

وعليه فإن لم يسقط المشروط عليه خياره بل فسخ البيع يجرى في الفسخ المزبور ما تقدم من أن شرط إسقاط الخيار كما قيل
يوجب تعلق حق للمشروط له بخيار ذى الخيار، فلا ينفذ فسخه. وأن وجوب العمل بالشرط ولو بعد الفسخ يوجب بطلان فسخ
ذى الخيار، أو أن النهى عن خلاف العمل بالشرط وهو الفسخ يوجب بطلانه.

ولكن ذكرنا عدم تمام شيء من ذلك، وأن الفسخ وإن كان محرماً ولكنه نافذ؛ لأن النهى عن معاملة لا يوجب فسادها.

ولا يخفى أنه مع اشتراط عدم الفسخ أو إسقاط الخيار وتخلف المشروط عليه بالفسخ لا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط؛
لعدم بقاء البيع مع نفوذ الفسخ ليكون للمشروط له خيار فيه.

نعم مع تخلف المشروط عليه في الفرض الثالث بعدم إسقاط خياره بعد البيع يقع الكلام في ثبوت الخيار للمشروط له.

وذكر المصنف رحمه الله أنه: إن قيل بعدم نفوذ فسخ المشروط عليه على تقدير فسخه، فلا يثبت للمشروط له خيار؛ لأن مع عدم
نفوذ فسخ المشروط عليه لا يكون في البين تخلف الشرط، حيث إن عدم نفوذ فسخه مساوق لسقوط خياره. وإن قيل بنفوذ
يثبت للمشروط الخيار؛ لأنه قد يكون للمشروط له غرض في إسقاط المشروط عليه خياره غير بقاء العقد وعدم فسخه كعدم
انتقال خياره إلى وارثه على تقدير اتفاق موته، بأن يخرج عن حال التردد فعلاً.

وذكر بعض الأجله (دامت أيامه) أن شرط ترك الفسخ أو إسقاط الخيار لا يوجب

تعلق الوجوب بترك الفسخ أو إسقاط الخيار ليقضى وجوبهما النهى عن ضدهما العام أو الخاص، أى الفسخ.

وذلك فإن تعلق الوجوب بالوفاء بالشرط لا يسرى إلى عنوان آخر مما يتحد مع عنوان الوفاء بالشرط خارجاً، وترك الفسخ أو ترك الخيار متحد مع عنوان الوفاء بالشرط بحسب الخارج. وكذا وجوب الوفاء بالنذر، فإنه إذا نذر الإتيان بصلاه الظهر فى وقتها صح، ووجب الوفاء بالنذر، ولا يوجب ذلك تعلق الوجوب بنفس صلاه الظهر، فإن تعلق وجوب الوفاء بالنذر سرايته إلى عنوان آخر غير معقول. ولو كان ذلك العنوان متحداً مع العنوان الأول فى الخارج فإن الخارج ظرف لسقوط التكليف لا ظرف لثبوته.

ثم ذكر (طال بقاه) أن أوفوا بالشرط أو النذور لا يكون مشيراً إلى وجوب العناوين التى يتعلق بالإتيان بها الشرط أو النذر، فإن العنوان لا يكون مشيراً إلى عنوان آخر، بل ما ذكر من قبيل الجمع الإجمالى فى الخطاب فى مقام تعلق الحكم بذلك الجمع الإجمالى.

والحاصل: أن صلاه الظهر مثلاً لا يتعلق بها وجوب الوفاء بالنذر، بل الوجوب يتعلق بالوفاء بالنذر أو الشرط.

وكيف يتعلق الوجوب بصلاه الظهر مع أنه يوجب تعلق تكليفين وإرادتين بتلك الصلاه، والالتزام بالتأكد بالوجوبين أمر غير معقول، فإن التأكد فيما إذا كان الأمر الثانى بالفعل وبملاك الأمر الأول به.

مع أنه لو سلم كون وجوب الوفاء بالشرط إيجاباً لترك الفسخ، فلا نسلم أن إيجاب شىء نهى عن ضده العام أو الخاص؛ لأن النهى عن الشىء يتوقف على المفسده

الشرح:

فى متعلّقه، ولىس فى الضد العام أو الخاص مفسده وإلا لكان فى البىن تكلىفان، فىستحق المكلف عقابىن؛ أحدهما على مخالفة الأمر، والثانى على مخالفة النهى. والنهى عن الشىء باعتبار المصلحه الموجوده فى الآخر إرشاد إلى موافقه ذلك الأمر المتعلّق بذلك الآخر، أو تأكيد لأمره، فلا يكون فى البىن نهى تكلىفى عن فعل الفسخ لىقال: إن النهى عن معامله لا يوجب فسادها.

أقول: ما ذكر من أن الأمر بشىء لا- يقتضى النهى عن ضده العام أو الخاص صحىح، كما بىناه فى بحث الأصول، وأن تعلق الوجوب بعنوان لا يسرى إلى عنوان آخر فهو أيضاً صحىح، ولكن هذا فىما إذا كان كل من العنواىن تقييداً، كما إذا كان أحد العنواىن منطبقاً على تحقق وينطبق العنوان الآخر على تحقق آخر، ويكون المجمع فى هذه الموارد من قبىل الانضمامىن، على ما تقرر فى بحث جواز الاجتماع من بحث الأصول. وكذا فىما إذا كان أحد العنواىن تقييداً والآخر انتزاعياً، ويكون منشأ انتزاعه غير ما انطبق عليه العنوان التقييدى، أو كان كل منهما عنواناً انتزاعياً، ولكن منشأ انتزاع أحدهما غير الفعل الذى ينتزع عنه العنوان الآخر، فإن العنواىن فى جمىع ذلك يكون تقييدىن. بخلاف ما إذا كان كل منهما انتزاعياً ويكون منشأ انتزاعهما فعل واحد خارجاً أو كان أحدهما تقييداً وينتزع العنوان الآخر عن ذلك الفعل، فإن العنواىن فى ذلك وإن يكونان فى عالم المفهوم متعدداً إلا أنهما بحسب الخارج متحدان؛ ولذا يكون التركىب بينهما فى الخارج اتحادياً ويمتنع فىهما اجتماع الأمر والنهى، حىث إن الطلب يتعلق بما فىه الملاك والصلاح والفساد وهو الخارج لا المفهوم.

لا- يقال: التحقق الخارجى، أى ما هو بالحمل الشائع، فعل مسقط للطلب وكىف يتعلّق به الطلب، سواء كان الطلب من قبىل الأمر أو النهى.

اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد

العقد، فلو أُخِلَّ به وفسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان والأقوى عدم التأثير. وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشروط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط ومن أن المقصود منه إبقاء العقد فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ، والأولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد ويكون بقاء المشروط على سلطته الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له. وقد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أن المشهور: أن تأثير الشرط [١] إنما هو مع ذكره في متن الشرح:

فإنه يقال: الحكم طلباً كان أو غيره، لا يكون بالإضافة إلى متعلقه عرضاً له ليلزم في تحقق الطلب فعلية ذلك المتعلق، بل الحكم من فعل الحاكم وعرض له ويكون الوجود الخارجي بعنوانه طرفاً، لإضافته، حيث إن المولى يضيف طلبه إلى ذلك المتأخر بصورته فيكون تلك الصورة مرآة إلى ذلك المتأخر، على ما أوضحنا في بحث اجتماع الأمر والنهي من بحث الأصول، وعليه فيحصل التأكد بطرو العنوان الثاني على الفعل لا محاله.

[١] وحاصله: أن نفوذ شرط سقوط الخيار بأحد أبعائه الثلاثة كسائر الشروط فيما إذا ذكر في متن العقد، ولو ذكر سقوطه قبل العقد مع خلو إيجاب العقد وقبوله عن ذكره فلا يكون للمذكور قبل البيع حكم، بل يثبت خيار المجلس، فإن ذكره قبل العقد لا يكون شرطاً ليعمه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، فإن الشرط كما عن القاموس هو: الإلزام أو الالتزام في بيع ونحوه^(٢).

ص: ٣٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) القاموس: ماده «الشرط».

العقد، فلو ذكره قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به. وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لأن المتبادر عرفاً هو الإلزام والالتزام المرتبط بمطلب آخر، وقد تقدّم عن القاموس: أنه الإلزام والالتزام في البيع ونحوه. وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدّم. قال في محكي الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول. ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي، ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع، انتهى. ونحوه المحكي عن جواهر القاضي. وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك: وعندى في ذلك نظر، فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه، انتهى.

الشرح:

ولكن عن الشيخ (١) والقاضي (٢) ترتّب الأثر على شرط سقوط الخيار فيما إذا ذكر قبل العقد؛ لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»، خلافاً لبعض الشافعية، حيث إنهم لا يرون لشرط سقوطه قبل البيع حكم.

وأورد في «المختلف» (٣) أنه إنما يعتبر الشرط فيما إذا ذكر في متن العقد. نعم إذا ذكره قبل العقد ثم تبايعاً عليه فيثبت له حكم الشرط أيضاً.

وذكر المصنف رحمه الله في المناقشه في الإيراد المزبور، أنه إن كان المراد من ذكر الشرط قبل العقد ثم البيع مع البناء على ذلك المذكور الإشارة في البيع إلى المذكور قبله، فيدخل هذا في ذكر الشرط في متن العقد.

ص: ٣٤٨

١- (١) الخلاف ٣: ٢١، المسألة ٢٨ من كتاب البيوع .

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٥ .

٣- (٣) المختلف ٥: ٦٣ .

أقول: التبایع علی ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه فی العقد بأن یقول مثلاً: «بعت علی ما ذکر» فهو من المذكور فی متن العقد، وإن كان بالقصد إليه والبناء علیه عند الإنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم، یحتمل أن یرید الصورة الأولى، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط. ویؤیده أيضاً، بل یعینه: أن بعض أصحاب الشافعی إنما یخالف فی صحه هذا الاشتراط فی متن العقد، وقد صرح فی التذکره بذكر خلاف بعض الشافعیه فی اشتراط عدم الخيار فی متن العقد، واستدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا یصح إسقاطه قبل تمامه.

والحاصل: أن ملاحظه عنوان المسأله فی الخلاف والتذکره واستدلال الشيخ علی الجواز واستدلال بعض الشافعیه علی المنع یکاد یوجب القطع بعدم إرادته الشيخ صورته ترك الشرط فی متن العقد.

الشرح:

وإن كان مجرد قصد ذلك المذكور قبل العقد من غیر ذكر شیء فی البیع. فهذا مراد الشيخ والقاضی أيضاً فلا یكون ما ذكره فی «المختلف» مغایراً لما ذكره الشيخ والقاضی.

ثم قال: والصحیح أنه لا یفید فی سقوط الخيار ذكره قبل البیع، ثم البیع مع قصده؛ لأن المذكور قبل العقد لا یردق علیه الشرط؛ لما تقدم من أنه إلزام أو التزام فی البیع، بل هو إما وعد بالالتزام أو الالتزام تبرعی، أي ابتدائی.

لا یقال: کیف لا یكفی القصد مع ذكره قبل البیع، وقد تقدم سابقاً أنه لو عین كل من المثلن والثلن خارجاً ثم قال البائع: «بعت» والمشرى: «قبلت» لتّم ولا یحتاج إلى إعادته ذكر العوضین.

فإنه یقال: القصد والتهه یكفی فی متعلقات البیع، حیث إنه لا یكون بیع بدون

وكيف كان، فالأقوى أنّ الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر، لأنّه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لأنّ المتحقّق فى السابق إمّا وعد بالتزام، أو التزام تبرّعى لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وإن وقع مبتئاً عليه لا يلزمه، لأنّ الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم، وإلاّ فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقدى مثل العوضين وقبوضيهما حتّى يقدر منويّاً، فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينه، فإنّ من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار ولم يُقَيّد إنشاءه بشىء. بخلاف قوله: «بعتك على أن لا خيار لى» الذى مؤداه بعتك ملتزماً على نفسى وبانياً على أن لا خيار لى، فإنّ إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار.

الشرح:

المثمن والتمن، وأما غير متعلّقات البيع مما هو خارج عن حقيقته كالشرط، فلا يكون له حكم إلاّ بذكره فى البيع ونحوه؛ ليعمّه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»^(١). ولعل الشيخ والقاضى لا يخالفان ذلك، فإنه يحتمل أن يكون ما ذكره فى مقابل بعض الشافعية^(٢)، حيث منعوا عن شرط سقوط الخيار فى ضمن عقد البيع بدعوى أن الخيار يثبت بعد تمام البيع فلا يجوز شرطه قبل تمام إيجاب البيع وقبوله، فمرادهم من ذكره قبل العقد ذكره قبل تمام العقد بأن يذكر فى الإيجاب والقبول.

ثم إنه ربما يذكر فى المقام أنّه كيف يصحّ اشتراط أوصاف المبيع كالسلامه، وكذا اشتراط القبض والإقباض ويثبت بتخلّفهما خيار الفسخ، مع أن شيئاً منهما لم يذكر فى عقد البيع؟

ص: ٣٧٠

١- (١) مرّ آنفاً.

٢- (٢) المجموع ٩: ١٧٨ ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٩.

فحاصل الشرط: إلزامٌ في التزامٍ مع اعتبار تقييد الثاني بالأول، وتمام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وأجاب النائني رحمه الله عن ذلك، بأن الشروط الارتكازية العرفية لا تقاس بغيرها، فإن إنشاء البيع في مورد الشرط الارتكازي دالٌّ على ذلك الاشتراط بالدلالة الالتزامية وكأنه مذكور في البيع، بخلاف الشرط الذي لا يكون من هذا القبيل، فإن إنشاء البيع لا يكون دالاً على ذلك الالتزام.

والحاصل: إنما يحتاج إلى ذكر الشرط ولو بنحو الإشارة فيما إذا لم يكن البيع دالاً عليه بالدلالة الالتزامية؛ لأن مع عدم دلالة عليه لا يكون المذكور قبله إلا التزاماً تبرعياً أو وعداً به.

أقول: قد ذكرنا في مباحث البيع عدم صدق البيع أو غيره من عناوين المعاملات على مجرد الالتزام بكون الشيء ملكاً للغير بعوض من دون إنشاء، ولكن تعلق الالتزام الإنشائي بكل من العين والعوض لا يحتاج إلا إلى العلم بالعوضين حال البيع، ذكرنا في عقد البيع أم لا؛ لأن تعلق التمليك بالعوضين ليس أمراً إنشائياً والأمر الإنشائي هو نفس التمليك.

وأما الشرط في المعاملات فيما إذا كان ارتكازياً فلا يحتاج إلى الذكر، حيث إن إنشاء تلك المعاملة وإطلاقها كافيه في الدلالة على كونها مشروطة بالشرط المزبور، بخلاف ما إذا لم يكن ارتكازياً فإنه يحتاج إلى الذكر ليفهم أن المعاملة مبيته عليه. ولكن لا- يعتبر ذكر ذلك في متن عقد البيع، بل لو ذكرنا هذا الالتزام قبل البيع وبينوا على أن البيع المنشأ بعد ذلك مبني على الالتزام المزبور كفي، كما لو قال: «لو بعثك المال فعليكم خياطه ثوبي هذا»، ورضى بذلك الطرف الآخر، ثم قال البائع: «بعث المال متصلاً أو منفصلاً»، وقال الآخر: «قبلت».

ص: ٣٧١

فرع: ذكر العلامة في التذكرة مورداً [١] لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال: «لله عليّ أن أعتقك إذا بعته» قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصحّ البيع لصحّحه النذر، فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار. وعلى قول بعض علمائنا من صحّحه البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصحّ البيع ويعتق، انتهى.

الشرح:

وأما إذا لم يذكر هذا الارتباط قبل البيع بل اعتقد صاحب المبيع أن الطرف الآخر بعد المعاملة على ما كان يلتزم به قبل البيع، فهذا لا يكون شرطاً، بل يكون ذلك من تخلف الداعي.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١) أنه لا يجوز شرط سقوط خيار المجلس ولا سائر الخيارات في البيع فيما إذا نذر المولى عتق عبده إذا باعه فإن شرط سقوط الخيار منافي للوفاء بالنذر حيث لا يتم الوفاء به برفع الخيار أى باشتراط سقوطه، وإذا خالف واشترط سقوطه فيحكم ببطلان البيع المزبور وعلى قول آخر من عدم سرايه بطلان الشرط إلى نفس المعاملة يحكم بصحّحه البيع وكونه خيارياً.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ تعلق النذر بعق العبد كاشتراط عدم فسخ البيع يوجب بطلان التصرف المنافي للنذر أو الشرط.

أقول: لا وجه لتقييد النذر بما إذا تعلق بعق العبد إذا باعه بل لو نذر عتقه يكون الأمر كما ذكر فإن التصرف المنافي للنذر هو اشتراط سقوط الخيار لا نفس بيع العبد، وقد تقدّم ان النذر أو الشرط لا يوجب بطلان التصرف المنافي حيث إنّ النهي عن المعاملة لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا لم يتعلّق به النهي وإتّما يكون منافياً للإتيان بالواجب فتدبّر.

ص: ٣٧٢

أقول: هذا مبنيٌّ على أنّ النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلُّط الناذر على التصرفات المنافية له. وقد مرَّ أنّ الأقوى في الشرط أيضاً كونه كذلك.

مسألة: ومن المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي [١]. ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجيء من النصِّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنه رضاً بالبيع، مضافاً إلى القاعده المسلّمه، من أنّ لكلّ ذي حقّ إسقاط حقه، ولعله لفحوى تسلُّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلُّط على حقوقهم المتعلقة بالأموال،

الشرح:

[١] والوجه في ذلك أنّه مع شرط سقوط الخيار أو الافتراق ينتفى الخيار بانتفاء موضوعه، ويشهد لسقوط الخيار بالإسقاط فحوى ما دلّ على سقوطه بالتصرف الدال على التزام المتصرف ببقاء البيع فإنه إذا كان الفعل الدال على الإسقاط مسقطاً فإنشاء إسقاطه باللفظ أولى بالإسقاط.

مع أنّ الإسقاط مقتضى القاعده المسلّمه عندهم بأن لكلّ ذي حقّ إسقاط حقه، واستفيدت هذه القاعده من فحوى ما دل على سلطنه الناس على أموالهم (١) فإنه إذا كان الإنسان سلطاناً على التصرف في ماله، يكون سلطاناً على التصرف في حقه الذي دون المال، وسلطنه التصرف في الحق فيما إذا لم يكن قابلاً للنقل، يعمّ الإسقاط بل يمكن الاستدلال على جواز الإسقاط بما دل على نفوذ الشرط لو قيل بان الشرط يعمّ الالتزام الابتدائي حيث إن الإسقاط التزام بعدم الخيار ابتداءً أي من غير أن يكون في ضمن المعامله.

ص: ٣٧٣

١- (١) والحديث هو: «الناس مسلّطون على أموالهم»، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، والحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

ولا- معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابله للنقل، إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط. ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفيه، للفحوى المتقدمه، وفحوى ما دل على كفايه بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولى، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق، وعلى هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

مسأله: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» [١] فإن اختار المأمور الفسخ، الشرح:

أقول: لعلّ تقييد الحق بما إذا لم يقبل النقل، للاحتراز عن مثل حَقِّي التحجير والسبق، حيث يمكن القول بعدم سقوطهما بمجرد الإسقاط، حيث يكون بقاء التحجير والسبق بعد الإسقاط موجباً للحق وأنّ الحق في مثل ذلك نحو أولويه، بالإضافة إلى العين لا يسقط إلا- بالنقل أو رفع التحجير وترك السبق، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً للنقل، فإن الفرق بين ذلك الحق والحكم، جواز اسقاط الأول دون الثانى.

وعلى ذلك فالعمده إثبات كون الخيار حقاً لا حكماً كما يدل عليه ما ورد في كون التصرف مسقطاً معللاً بانه التزام ببقاء البيع.

وأما كون الحق قابلاً للإسقاط كما يستظهر من فحوى حديث (١) سلطنه الناس على أموالهم، أو دلالة ما ورد في وجوب الوفاء بالشرط فغير مهم.

[١] لو كان لكل من المتبايعين خياراً لما في مورد خيار المجلس وقال أحدهما للآخر: «إختر»، فإن اختار الآخر الفسخ يفسخ فإن ذلك مقتضى ثبوت الخيار لذلك الآخر.

فلا- إشكال في انفساخ العقد. وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر، بل عن الخلاف الإجماع عليه أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر التذكرة أو مع قيد إرادته الاستكشاف دون التفويض، ويكون حكم التفويض كالتملك، أقوال. ولو سكت، فخيار الساكت باق إجماعاً، ووجهه واضح. وأمّا خيار الأمر، ففي بقائه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته تملك الخيار كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ أقوال. والأولى أن يقال: إنّ كلمة «اختر» بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره: من تملك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أنّ دأبه استكشاف حال المخاطب، وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تملك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق، فإن تمّ دلالة حينئذٍ على إسقاط الأمر خياره بذلك، وإلا- فلا- مزيل لخياره. وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». ثمّ إنه لا إشكال في أنّ إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. ومنه يظهر: أنّه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد، الشرح:

وأما إذا اختار إمضاء العقد وإقراره فهل يسقط خيار الأمر أيضاً، بحيث يكون البيع لازماً من الطرفين أو أنّه لا يسقط خيار الأمر إلا مع إرادته بقوله: «اختر» نقل خياره إلى صاحبه المُعَبَّر عن ذلك بتمليك الخيار ومع عدم إرادته التملك يبقى خياره مطلقاً أو فيما كان الغرض من قوله: «اختر» استكشاف حال صاحبه من أنه يريد فسخ البيع أو إبقاءه.

وأما إذا كان الغرض تفويض أمر البيع إليه فيسقط خياره بالأمر بالاختيار.

لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازته أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. وهذا ليس تعارضاً بين الإجازة والفسخ وترجيحاً له عليها. نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدّد (كالأصيل والوكيل) فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعه واحده، أو تصرّف ذو الخيار فى العوضين دفعه واحده (كما لو باع عبداً بجاريه، ثم أعتقهما جميعاً، حيث إنّ إعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجاربه إجازة) أو اختلف الورثه فى الفسخ والإجازة تحقّق التعارض. وظاهر العلامه فى جميع هذه الصور تقديم الفسخ ولم يظهر له وجه تام، وسيجىء الإشاره إلى ذلك فى موضعه.

الشرح:

أقول: أما مسأله تملك خياره للآخر فلا دليل على نفوذ التملك فانه لم يثبت أن الخيار يقبل النقل الاختيارى.

وما عن النائنيه رحمه الله (1) من أن الخيار إنما لا يقبل النقل إلى الأجنبى، وأما نقله إلى صاحبه فى البيع فلا بأس به ضعيف، فإنّ عدم النقل باعتبار عدم الدليل على نفوذ النقل، وهذا مشترك بين الطرف الآخر والأجنبى.

وأما التفويض فإن كان المراد توكيل الآخر فى الاقرار والفسخ، فلا ينبغى الريب فى أن مع اختيار صاحبه الفسخ أو الإمضاء لا يبقى خيار للآخر حيث إنه استعمل خياره بوكيله فى الفسخ أو الإمضاء.

وإن كان المراد بالتفويض أمرٌ آخر غير التوكيل وغير إسقاط الخيار ليكون الآخر مستقلاً فى فسخ البيع وإمضائه فلم يتّضح لنا ذلك الأمر.

ص: ٣٧٤

الشرح:

والإنصاف أنه لا دلالة لقوله «إختر» على التوكيل أو الاستكشاف، فلا بد في تعيين أحدهما من قرينه.

ويستفاد مما ورد(١) في قول الزوج لزوجته: «اختارى» أن قول الزوج فيما إذا اختارت نفسها بأن يفترق عن زوجها يكون طلاقاً، وقد أنكر ذلك في بعض الأخبار الأخر(٢)، وأنه لا يتم الفراق إلا بالطلاق ولو بالتوكيل.

وورد في المقام أيضاً سقوط خيار المجلس بقوله لصاحبه: «إختر»، وفي النبوي المروي في المستدرک من: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه إختر(٣)، وكان قوله لصاحبه: «إختر» مسقط لخيار الأمر.

وعلى كل فمع ضعف سند النبوي وعدم إحراز ظهور الأمر بالاختيار في إسقاط الخيار أو التوكيل يكون المرجع التمسك بما دلّ على ثبوت الخيار لكل من البايع والمشتري إلى حصول الافتراق، بعد إحراز عدم الإسقاط ولو بالأصل.

ثم إنه إذا كان لكل من المتبايعين خيار الفسخ واختلفا في الفسخ والإمضاء ففسخ أحدهما وأمضاه الآخر يفسخ البيع: سواء كان فسخ أحدهما قبل إمضاء الآخر أو كان بعده، لأنّ إمضاء أحدهما لا يوجب سقوط خيار صاحبه، ولا يكون ذلك من باب تعارض الفسخ والإمضاء.

وإنما يقع التعارض بينهما في موردين:

ص: ٣٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢: ٩٢ و ٩٣ و ٩٤، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١ و ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢: ٩٤ و ٩٥ و ٩٧، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١٢٧ و ١٤ و ١٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

مسأله: من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، ولا اشكال في سقوط الخيار به [١] ولا- في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا». ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرّقين حين العقد: افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسماه ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوه، ولذا حكى عن جماعه التعبير بأدنى الانتقال.

الشرح:

أحدهما: ما إذا ثبت الخيار للمتعدد من طرف واحد أو لكلّ من الطرفين، كما إذا قلنا بثبوت خيار المجلس للموكل ووكيله فاختلفا في الفسخ والإمضاء.

وثانيهما: ما إذا صدر عن ذى الخيار أمران يقتضى أحدهما إقرار العقد والآخر فسخه كما إذا باع العبد بجاريه، ثم أعتقهما فإنّ العتق بالإضافة إلى بيع العبد فسخ وبالإضافه إلى الجاريه اقرار له فيقع التعارض.

وقيل: (١) أنه في مورد التعارض يقدم الفسخ فيما إذا وقعا دفعه ويؤخذ بمقتضى السابق مع وقوعهما تدريجاً، ولكنّ في كلا الأمرين تأمّل بل منع؛ لأنّ الثابت للمتعدد في فرض التعارض خيار واحد، ومقتضاه إتفاق المتعدد على الفسخ أو الإمضاء أو رعايه السابق في بعض الموارد، وإلا فمع الاختلاف يبقى البيع على حاله.

وإذا أعتق العبد والجاريه لا يبعد الحكم بانعتاق الجاريه دون العبد؛ لأنّ عتق العبد يتوقف على إرجاعه إلى ملكه بقصد فسخ العقد ولم يحصل هذا القصد كما هو مقتضى عتق الجاريه فتدبر جيّداً.

[١] ذكروا (٢) من مسقطات خيار المجلس افتراق المتعاقدين، وعدّه مسقطاً

ص: ٣٧٨

١- (١) أنظر التذكرة ١: ٥١٨.

٢- (٢) أنظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٢ ٥٤٣.

والظاهر: أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد، خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: «أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوه»، مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق، فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. ويظهر من بعض، اعتبار الخطوه، اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. وعن صريح آخر: التأمل في كفايه الخطوه، لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار. ويؤيده قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا»، وفيه: منع الانصراف ودلاله الروايه. ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركه أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركه من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركه من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبه من الآخر، فذات الافتراق الخارجى من المتحرّك، واتّصافها بكونها افتراقاً من الساكن. ولو تحرّك كلّ منهما كان حركه كل منهما افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر.

الشرح:

لا يخلو عن مسامحه لأنّ الموضوع لخيار المتبايعين ما دام مجتمعين وبالافتراق ينتهى الاجتماع على ما تقدّم.

هذا بناءً على ما هو المتسالم عليه عندهم كما صرح بذلك بعضهم من انتهاء الخيار بنفس الافتراق، كما هو ظاهر غير واحدٍ من الروايات أيضاً فإنه قد ورد(1) فيها أن المتبايعين بالخيار حتى يفترقا.

لا يقال: الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع هو المسقط كما يشهد عليه صحيحه الفضيل عن أبي عبدالله في حديث قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان قال:

ص: ٣٧٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢.

الشرح:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما»^(١).

ولذا ذكر المصنف رحمه الله ظهور الصحيحه في كون الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع مسقطاً ولكن قد أغمض عن هذا الظهور بالالتزام بكون نفس الافتراق مسقطاً، ولعلّ الموجب للالتزام بذلك التسالم على الحكم.

فأنه يقال: ظاهر الصحيحه كون الرضا بالبيع، أى الرضا المعاملى الحاصل من حين البيع المكشوف بقاءه بترك الفسخ إلى حين الافتراق وأنّ الافتراق مع هذا الرضا غاية للخيار، فلا يكون فيه احتراز إلا عن صورته الفسخ قبل الافتراق لا أنه يعتبر أن يكون في الافتراق ظهور في التزامه ببقاء البيع وعدم رفع يده عنه ليكون الافتراق مسقطاً فعلياً في مقابل المسقط القولى.

كيف والخيار ملك فسخ العقد، وثبوتة لا ينافى الرضا ببقاء البيع، ولذا يصح أن يصرح قبل الافتراق أنه راض فعلاً ببقاء البيع مع بقاء حقه في الفسخ لو بدا ذلك والتفت إلى عدم صلاحه.

وبتعبير آخر: الرضا ببقاء البيع عند الافتراق لا يكون مسقطاً بإسقاط ذى الحق، بل المسقط إظهار الرضا بحيث يرفع يده عن حقه فلا بد من الالتزام بأن الافتراق مع الرضا المعاملى ببقاء البيع كما ذكر غايه للخيار.

وأما احتمال كون المراد بالرضا فى الصحيحه، الرضا بالافتراق زائداً على رضاهما بالبيع بأن لا يكون عبره بالافتراق فيما إذا حصل بغير رضاهما مع عدم ظهور

الشرح:

الصحيحه فى ذلك خلاف ظاهر صحيحه (١) الحلبي وغيرها (٢) مما يكون ظاهرا فى سقوط خيارهما بالافتراق ولو لم يكن صاحبه راضياً بذلك الافتراق.

وحمله على صورته رضا صاحبه بالافتراق ليس أولى من حمل الصحيحه على رضاها بالبيع بالمعنى المتقدم مع ما عرفت من أنه ليس من قبيل الحمل بل الأخذ بالظهور.

وقد ظهر مما ذكرنا من أن الافتراق ليس بمسقط بل ينتهى معه موضوع الخيار أنه لا دلالة فى الصحيحه على ما تقدم من كون الخيار حقاً قابلاً للاسقاط.

ثم إن المراد بالافتراق ليس تفرق المتعاقدين عن مجلس كانا فيه حال البيع، لأنه يمكن حصول البيع حال مشيهما أو ركوبهما، ولذا ذكر المصنف رحمه الله أن المراد به زوال تلك الهيئه الاجتماعيه التى كانت حال البيع ولا عبره بالجلوس فى مكان واحد أو كونهما فيه ويحصل هذا الزوال بأدنى انتقال يزول معه تلك الهيئه كما إذا كان البائع والمشتري فى سفينتين متلاصقتين فإنه إذا تحرك رأس السفينه عن الأخرى حصل الافتراق، ولا يعتبر فى تحققه المشى من أحدهما ولو خطوه، وإن ذكر الخطوه فى بعض الكلمات ولكنه تمثيل وبيان لبعض أفراد الافتراق ولو لم يكن المشى ولو خطوه كما فى مثال السفينتين كفى فى سقوط الخيار.

وناقش بعضهم (٣) فى كفايه الخطوه بدعوى انصراف الافتراق إلى غيره ومقتضى الاستصحاب بقاء الخيار إلى حين إحراز حصوله، ويؤيد عدم الكفايه

ص: ٣٨١

١- (١) المصدر: الحديث ٤ .

٢- (٢) أنظر المصدر: الباب ١ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وهو السيد الطباطبائى فى رياض المسائل ٨: ١٨٠، وعنه فى الجواهر ٢٣: ١٣ .

الشرح:

قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (١) و«بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا» (٢) فإنه لو كان المشى خطوه مسقطاً للخيار لاكتفى عليه السلام بذكرها لا بذكر الخطى.

أقول: الظاهر من الافتراق بقريته ثبوت الخيار مع عدم اعتبار المجلس حال البيع زوال المصاحبه التي كانت حال البيع وزوال المصاحبه لا يكون بالخطوه أو بتحريك رأس السفينه عرفاً بل بحيث لا يكون معه المكالمه المتعارفه.

نعم لو شكك في مورد في صدق الافتراق بحيث تكون الشبهه مفهوميّه لكان المورد من موارد التمسك بالعموم أي «أوفوا بالعقود» (٣) لا استصحاب بقاء الخيار خصوصاً مع ما ذكرنا من عدم اعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكيمه.

وذكر قدس سره أن الافتراق كما ذكر عبارته عن زوال الهيئه الاجتماعيه أو المصاحبيه الحاصله للمتبايعين حال البيع وزوالها لا يتوقف على الحركة من كل منهما إلى جهة غير جهه حركه الآخر، بل يحصل بحركه أحدهما والسكون من الآخر.

وبتعبير آخر: تحقق ذات الافتراق تكون من أحدهما، واتصافها بالافتراق بترك الآخر المصاحبه ولو تحرك كل منهما إلى جهه غير جهه الآخر يكون كل من الحركتين افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر معه.

ويشهد لحصول الافتراق بحركه أحدهما كما ذكر ما ورد في الروايات الحاكيه

ص: ٣٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٨، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) المصدر: الحديث ٣ .

٣- (٣) سورة المائده: الآيه ١ .

وكيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركه كل منهما إلى غير جانب الآخر، كما تدلّ عليه الروايات الحاكيه لشراء الإمام عليه السلام أرضاً وأنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا»، فأثبت افتراق الطرفين بمشيّه عليه السلام فقط.

مسأله: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه [١] إذا منع من التخايير أيضاً، سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكرهوا عليه»، وقد تقدّم في مسأله اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختصّ برفع التكليف.

الشرح:

لشرائه عليه السلام قال «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (١) و«بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا» (٢)، فأثبت عليه السلام افتراقهما بمشيّه فقط.

أقول: ما ذكر من حصول الافتراق بفعل أحدهما كما هو ظاهر حكاية شراء الامام عليه السلام قرينه ظاهره على أن الافتراق لا يكون من قبيل إسقاط الخيار بالفعل فإنه لا معنى لأن يسقط أحد المتبايعين خيار الآخر فإنه من إسقاط غير ذى الحق حق الغير.

[١] المشهور على أنه لا عبره في انتهاء الخيار بالافتراق عن إكراه فيما إذا منع عن التخايير أيضاً كما إذا منعهما المكره بالكسر عن فسخ البيع أيضاً وكأنه يبقى الخيار في هذا الفرض إلى أن يسقط بمسقط آخر ويستدل على ذلك تاره بأن الافتراق الوارد في الروايات غايه للخيار منصرف إلى ما كان بالاختيار لا بالاكراه، سواء كان الاكراه بنحو يدخل الفعل معه في الاضطرار بمعنى سلب الإراده والقصد أم لا.

ص: ٣٨٣

الشرح:

وأخرى بأن الافتراق فى الروايات وإن يعم زوال الهيئه الاجتماعيه مطلقاً إلا- أن مقتضى حديث (١) رفع الاكراه عدم العبره بالافتراق عن إكراهه، فإن المقرر فى محله عدم اختصاص الحديث برفع خصوص الحكم التكليفى، بل يرفع الحكم الوضعى أيضاً ومنه كون الافتراق غايه للخيار.

وناقش المصنف رحمه الله فى كلا الوجهين:

أما الاول: فلأن غايه ما يمكن دعوى انصراف الافعال إلى الاختيارى منها فى مقابل الاضطرارى، أى الصادر من غير إرادته وقصد، فإن الاسناد فى مورد الاضطرار يكون ضعيفاً بحيث يكون قيام المبدأ بجسم المضطر صورياً بخلاف مورد الإكراه، حيث يكون الشخص فاعلاً بالإرادته والقصد، ولو كانت إرادته للتحرز عن الضرر المتوعد به.

وإذا دخل الفعل الإكراهى فى الغايه دخل الاضطرارى أيضاً، لعدم القول بالفصل، ولذا ذكروا أن الافتراق عن اضطرار أيضاً موجب لسقوط الخيار فيما إذا كان متمكناً على التخيير. قال فى المبسوط (٢) فى تعلييل الحكم: انه إذا كان متمكناً على الامضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلاً على الرضا والامضاء.

وأما الثانى: فلأنه لو عمّ حديث (٣) الرفع المقام لما كان فرق بين التمكن على التخيير وعدمه مع انهم قئدوا سقوط الخيار بصوره عدم التمكن على التخيير.

والصحيح فى الاستدلال على المشهور مع ملاحظه الشهره المحققه، وإمكان

ص: ٣٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٨٤ .

٣- (٣) مرّ آنفاً .

الشرح:

دعوى انصراف الروايات إلى ما كان الافتراق عن رضا بالعقد أى ببقائه، صحيحه الفضيل (١) حيث إن ظاهرها اعتبار بقاء الرضا بالبيع إلى تحقق الافتراق حصل الافتراق بالكراه أم بغيره أو كون الافتراق بحيث يكون كاشفاً عن كون المتبايعين راضياً ببقاء العقد والاعراض عن فسخه، وهذا الكشف النوعى لا يكون مع الإكراه على التفرق والمنع عن التخاير.

أقول: قد ذكرنا أنّ الافتراق لا دلالة له على إمضاء العقد حتى ما لو كان الافتراق بلا إكراه بل الكاشف عن الرضا المعاملى ترك الفسخ مع التمكن عن التخاير وفسخ البيع.

وذكر النسائى رحمه الله (٢) منع انصراف الأفعال إلى الاختيارى بمعنى عدم الإكراه حيث إن الاختيار بمعنى عدم الإكراه غير داخل فى ماده الأفعال ولا فى هيئاتها.

والتمسك بحديث رفع الإكراه فى المقام غير صحيح، لأنّ المرفوع به الفعل الذى يتعلق به التكليف ولا يعم الفعل الذى يكون موضوعاً للحكم والتكليف كالسفر والإقامة والتفرق، لأنه لا جامع بين متعلق التكليف وموضوعه، وذكر الوسوسة والحسد والطيره قرينه على اختصاص الرفع بمتعلق التكليف لأنّ تلك الأفعال لو لم تكن مرفوعه لكانت متعلقات التحريم، ويشهد للاختصاص أنه لو سافر أو أقام فى بلد إكراها عليهما يجب القصر فى الأوّل والتمام فى الثانى.

وعلى ذلك فلا يكون رفع الإكراه مقتضياً لنفى الغايه للخيار عن الافتراق عن إكراه لأنّ الغايه قيد لموضوع الحكم أى الخيار.

ص: ٣٨٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢- (٢) منه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٥٢.

الشرح:

هذا مع أنّ نفي الافتراق عن إكراه لا- يفيد فإنه لا- يثبت موضوع الخيار أى بقاء الهيئه المصاحبيه التى يكون المتبايعين معها موضوعاً للخيار.

أقول: عنوان ما استكرهوا عليه كعنوان ما اضطروا عليه، يعم الفعل الذى يتعلق به التكليف وما يكون موضوعاً للحكم والمراد من رفعه مقابل وضعه ولو كان الفعل المتعلق به التكليف موضوعاً مع الا-كراه أو الاضطرار إليه لكان متعلقاً معهما أيضاً، كما أنّ الفعل الموضوع للحكم لو كان موضوعاً مع الا-كراه عليه أو الاضطرار إليه لكان موضوعاً له معهما أيضاً والأمر فى الوسوسه والحسد والطيره أيضاً كذلك.

وأما قضيه الإكراه على السفر والاضطرار عليه فعدم كون الإكراه أو الاضطرار رافعاً لوجوب القصر فلأن حديث الرفع لا يرفع التكليف والحكم فيما إذا لم يكن فى نفيه امتنان، كما أنه لا يرفع وجوب التمام فى الإكراه أو الاضطرار إلى الإقامه وذلك لأنّ الموضوع لوجوب التمام العلم والاطمينان بإقامه عشره أيام، والإكراه أو الاضطرار لا يطرأ على العلم والاطمينان نظير ما ذكرناه فى عدم إمكان رفع قضاء الصلاه أو الصوم بحديث الرفع لأن الموضوع لوجوب القضاء فوت الفريضه لا الترك.

وعلى ذلك فلا حكمه لحديث الرفع فى الافتراق إلا مع الإكراه على ترك الفسخ أيضاً لأن الغايه للخيار هو الافتراق مع الرضا المعاملى ببقاء العقد لا نفس الافتراق، ومع المنع عن التخاير لا يحصل الرضا المعاملى إلا بنحو الإكراه حيث إنه عباره أخرى عن ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعن السيد اليزدى رحمه الله (1) عدم ثبوت الخيار فى الفرض بل ينتهى خيارهما

هذا، ولكن يمكن منع التبادر، فإنَّ المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعدَّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورته فعل قائمه بجسم المضطر، لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإنَّ التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل، مع أنَّ المعروف بين الأصحاب: أنَّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ والإمضاء، مستدلّين عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار.

الشرح:

بالافتراق ولو من غير قصد وشعور فضلاً عن الاكراه عليهما بالافتراق ومنعهما عن التخيير، حيث إنَّ الاجماع على الخيار في الفرض غير ثابت كما يظهر ذلك لمن تتبع كلمات الاصحاب.

والاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الاكراه غير داخل في مدلول الافعال وحديث رفع الاكراه يجرى في الافعال الاعتبارية التي يكون قوامها بالقصد، ولا يعم سائر الافعال، ولذا لا حكمه له في اتلاف مال الغير وأسباب الوضوء.

مع أنَّ الافتراق في الروايات لا يكون إلا غايه لموضوع الخيار بمعنى أنه ينتهي موضوع الخيار معه لا قيد للخيار وموضوع له، فإنَّ المتبادر من قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) أن الخيار يثبت للمتبايعين مادام مجتمعين وبالافتراق لا يكون اجتماع نظير قوله: «أكرم زيدا مادام في المسجد»، فإنه إذا خرج من المسجد بأى وجه ولو من غير القصد والشعور ينتهي موضوع وجوب إكرامه.

ص: ٣٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق، كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء، انتهى.

وفي جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقق الافتراق مع التمكّن من الاختيار، انتهى.

ومنه يظهر: أنه لا وجه للاستدلال بحديث «رُفِعَ الحكم عن المكره»، للاعتراف بدخول المكره والمضطرّ إذا تمكّن من التخايّر.

الشرح:

لا يقال: صحيحه الفضيل(1) قد دلت على اعتبار الرضا في كون الافتراق غايه، فانه يقال: المراد بالرضا منهما الرضا بأصل المعامله والرضا بها قد حصل بإقدامهما على البيع من غير إكراه وليس قيلاً زائداً.

أقول: قد تقدم أنّ عدم أخذ الاختيار في مادة الأفعال وهيئاتها أمر صحيح، وأما حكمه حديث الرفع فاخصاصه بالأفعال الإنشائية لا يمكن المساعده عليه، ولذا لا يكون إتلاف مال الغير مع الإكراه عليه محرماً، والضمان باعتبار أنّ نفيه خلاف الامتنان.

وأما عدم الحكمه بالاضافه إلى موجبات الوضوء فلا-ن الموجب له ليس هو الفعل ليكون رفع الاكراه والاضطرار نافياً له بل خروج البول وغيره كما هو مفاد قولهم عليهم السلام: «لا- ينقض الوضوء الا- ما يخرج عن طرفيك اللذين أنعم بهما الله عليك»(2). فيكون نظير ما تقدم في وجوب قضاء الصلاه وغيرها.

وأما ان رفع الافتراق بالحديث غير ممكن لانه لا يثبت موضوع الخيار وهو اجتماع المتبايعين فهو أمر صحيح لان مدلول الحديث هو النفي لا إثبات الضد، إلا أن

ص: ٣٨٨

١- (١) مرّت آنفاً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١ : ٢٤٩ و ٢٥١، الباب ٢ من أبواب نواقص الوضوء، الحديث ٤ و ٩ .

والحاصل: أنّ فتوى الأصحاب هي: أنّ التفريق عن إكراه عليه وعلى ترك التخايير غير مسقط للخيار، وأنّه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، وهذه لا يصح الاستدلال عليها باختصاص الأدلّه بالتفريق الاختياري، ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفريق المكروه عليه كلاً تفريقاً، لأنّ المفروض أنّ التفريق الاضطراري أيضاً مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخايير. فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهره المحقّقه الجابره للإجماع المحكي، وإلى أنّ المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحه الفضيل: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، دلّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أنّ الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفريق بحيث يكون التفريق عنه، إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً. أو يقال: إنّ قوله: «بعد الرضا» إشاره إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ. وعلى كلّ تقدير، فيدلّ على أنّ المتفريقين ولو اضطراراً إذا كانا متمكّنين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما. وهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارته المبسوط المتقدّمه.

الشرح:

العمده في ثبوت الخيار في فرض الإكراه على الافتراق والمنع عن التخايير صحيحه الفضيل (1) الظاهره في انتفاء الخيار مع الافتراق فيما إذا كان رضاء معاملي ببقاء البيع لا الرضا بأصل المعامله وأن الخيار يبقى مع عدم ذلك الرضا ولو مع حصول الافتراق ومقتضى حديث الرفع عدم حصول ذلك الرضا مع المنع عن التخايير.

ص: ٣٨٩

١- (١) مَرَّتْ آناً .

مسأله: لو أكره أحدهما على التفريق وُمنع عن التناير [١] وبقى الآخر فى المجلس، فإن منع من المصاحبه والتناير لم يسقط خيار أحدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق وترك التناير، فدخل فى المسأله السابقيه. وإن لم يمنع من المصاحبه، ففيه أقوال.

الشرح:

وعلى ذلك فالظاهر بقاء الخيار مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التناير إلى أن يتحقق مسقط آخر.

[١] يفرض الكلام تارة فى إكراه أحدهما على الخروج مع منعه عن التناير وبقاء الآخر فى المجلس مختاراً فى المتابعه والتناير، وأخرى فيما إذا خرج أحدهما مختاراً فى خروجه وتنايره وبقاء الآخر فى المجلس مع الإكراه والمنع عن التناير.

والكلام فعلاً فى الفرض الأول حيث يعلم به الحكم فى الفرض الثانى أيضاً.

والأقوال أربعة: سقوط خيارهما بذلك، وبقاء خيارهما، وبقاء خيار المكره وسقوط خيار المختار، والتفصيل بين بقاء المختار فى المجلس فيبقى خيارهما وبين خروجه فيسقط خيارهما.

ومبنى الأقوال: هو أن الافتراق المجمعول غايه هل يحصل باختيارهما أو يحصل باختيار احدهما، ومع اعتبار اختيارهما، فهل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره أو ان مجموع اختيارهما مسقط لكلا الخيارين.

فانه إذا قلنا بكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره يسقط خيار المختار، وعلى القول باعتبار مجموع اختيارهما يبقى الخياران.

وإذا قلنا بكفايه اختيار أحدهما فى سقوط الخيارين، فهل يعتبر الفعل من المختار أو يكفى كونه تركاً كالبقاء فى المجلس، فعلى الاول، أى اعتبار الفعل يفصل بين بقاء المختار فى المجلس فيبقى الخياران وبين خروجه فيسقط كلا الخيارين،

الشرح:

وعلى تقدير الثاني أى كفايه الترك يسقط الخياران.

ونقل المصنف رحمه الله عن العلامة فى القواعد(1)(2) الإيضاح ١: ٤٨٢ ٤٨٣ (2). وولده فى الإيضاح(٢) ان سقوط خيار المختار ملازم لسقوط خيار الآخر أيضاً، وانه لا تفكيك بين الخيارين فى السقوط والثبوت كما استظهر مما ذكره فى الإيضاح من المبني للسقوط والثبوت ان محل الخلاف ما إذا كان المختار ماكتاً فى المجلس. واما مع خروجه وذهابه فلا خلاف فى سقوط الخيارين، حيث قال فى الإيضاح(٣): إن الخلاف فى المقام مبنى على ان بقاء المختار متجدد أو غير متجدد وعلى تقدير عدم تجده فهل يحتاج فى استمراره إلى العله ام لا، وان الافتراق المجعول غايه للخيارين أمر وجودى أو عدمى، وهل هذا عدم أى عدم تلك الهيئه المصاحبيه مستند إلى العله أم لا، فانه على تقدير بقاء الاكوان وعدم حاجته إلى المؤثر أو كون الافتراق عدمياً وعدم استناده إلى العله لم يسقط خيار المختار ويبقى خيار الآخر أيضاً بخلاف ما إذا قيل ببقاء الاكوان وعدم حاجه الباقي إلى المؤثر، أو كون الافتراق عدمياً لا يستند إلى العله فانه يبقى الخياران.

ثم إنه وجه سقوط خيار المختار بأنه فعل المفارقة فيسقط به الخياران، وهذا الكلام وإن كان مورد المنع لعدم ابتناء الاحكام على مثل هذه التدقيقات العقلية، بل هى تابعه لحصول موضوعاتها سواء كان لذلك الحصول واقعيه عينيه عقلاً أم لا. إلا أنه ظاهر فى أن المختار لو خرج عن مجلس العقد اختياراً فلا خلاف فى سقوط الخيارين، وسقوط خيار المختار يلازم سقوط خيار الآخر كما هو ظاهر كلام والده أيضاً.

ص: ٣٩١

١- (١) و

٢- القواعد ٢: ٦٥، والإيضاح ١: ٤٨٣، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٥١، وحكاه عنهما المحقق التستري فى المقابس: ٢٤٢، وصاحب المصابيح (مخطوط): ١٢٢ .

الشرح:

مع ان ظاهر الشيخ في الخلاف (١) والقاضى (٢) اختصاص سقوط الخيار بالمختار، ولعل مراد الشيخ والقاضى ان سقوط الخيار يستند إلى المختار أولاً، فلا ينافى سقوط خيار المكروه أيضاً بالتبع باعتبار الملازمه فى سقوط الخيارين وثبوتهما بحصول الغايه وعدم حصولها.

وذكر المصنف رحمه الله ان مقتضى الأصل فى الفرض بقاء الخيارين كما ان ظاهر الروايات بقائهما حيث إن المتبادر منها ما إذا كان الافتراق برضا المتبايعين لبقاء البيع.

وهذا أوضح فى صحيحه الفضيل (٣) حيث انّ ما ذكر سلام الله عليه فيها ظاهر فى أنّه مع الافتراق الظاهر فى رضاهما ببقاء البيع لا خيار لهما.

ولكن ناقش فى ذلك ثانياً انه لا- مورد للأصل فى المقام لانه يستفاد من الروايات كون الافتراق ولو برضا أحدهما مسقطاً للخيارين؛ وصحيحه الفضيل وإن كانت ظاهره فى اعتبار رضاهما إلا أنه تعارضها ما ورد فى شراء الإمام عليه السلام وقوله: «فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (٤) و«بايعت رجلاً فلما بايعته فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا» (٥)، فإن ظاهره كفايه الافتراق برضا احدهما فى سقوط الخيارين.

ص: ٣٩٢

١- (١) الخلاف ٣: ٢٦، المسأله ٣٥ من كتاب البيوع .

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٥، المسأله ١٩٧. وحكاه عن ظاهره وظاهر قبله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٥١، والتستري فى المقابيس: ٢٤٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٤- (٤) المصدر: ٨، الباب ٢، الحديث ٢ .

٥- (٥) المصدر: الحديث ٣ .

الشرح:

والصحيحه وإن كانت أخص من الروايات الواردة في شرائه عليه السلام حيث إنه عليه السلام لم يتعرض فيها لحال المتبايع الآخر، فيمكن دعوى تقييدها بصوره التفات الآخر إلى خروج الإمام عليه السلام وعدم متابعتة إلا أن الإطلاق مؤيد بموارد تسالموا فيها على سقوط الخيارين من غير أن يكون في السنين رضاهما ببقاء البيع، كما إذا مات أحد المتبايعين في المجلس وخرج الآخر فإنه قد صرح بعضهم بسقوط الخيارين (١) وكما يظهر عن الإيضاح (٢) في ذكر مبنى السقوط والثبوت حيث إن ظاهره كون خروج المختار عن مجلس العقد موجبا لسقوط الخيارين بلا خلاف.

أقول: قد ذكرنا ان ظاهر الروايات هو أن الافتراق غايه للخيار فيثبت الخيار للمتبايعين ماداما متصاحبين، وحيث إن الافتراق إن حصل يحصل بالإضافة إلى كلا المتبايعين ولا يمكن حصوله لأحدهما دون الآخر ويشهد لذلك أيضاً ما ورد في شرائه عليه السلام فلا بد من الالتزام بسقوط كلا الخيارين في هذا الفرض والفرض الآخر أي بقاء أحدهما في المجلس مكرهاً ممنوعاً عن التخير وخروج الآخر اختياراً.

ولكن في صحيحه الفضيل دلالة على أن للرضا من المتبايعين ببقاء البيع إلى حصول الافتراق دخلاً في سقوط الخيارين بالافتراق، والمراد الرضا المعاملي أي ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعلى ذلك فإن كان المتبايعان متمكّنين من الفسخ قبل الافتراق، ومع ذلك لم يفسخا إلى ان حصل الافتراق فلا خيار لهما بعد ذلك، وإن كان أحدهما فقط متمكناً على الفسخ وقد تركه إلى أن حصل الافتراق فلا خيار له ويبقى الخيار للآخر وحال

ص: ٣٩٣

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٢٨٨ .

٢- (٢) الإيضاح ١ : ٤٨٢ ٤٨٣ .

الشرح:

المكره بالفتح فى الفرض حال غير المتمكن بمقتضى حديث الرفع(١) الجارى فى حقه.

لا يقال: إذا لم يسقط خيار المكره لا يحصل الغايه لخيار الآخر أيضاً لأن الغايه غايه لكلا الخيارين، ولذلك التزم النائينى رحمه الله (٢) فى الفرض ببقاء الخيارين بدعوى أنه لا شهاده فى الأخبار الوارده فى شرائه عليه السلام على خلاف ذلك، لأنها حكايه قضيه، ولعل الآخر كان راضياً بالبيع عند خروجه عليه السلام عن مجلس العقد، ودعوى التسالم على السقوط فى بعض الموارد، كما ذكر المصنف رحمه الله غير ثابت وعلى تقديره يلتزم بالسقوط فى تلك الموارد.

فانه يقال: لا- يستفاد من صحيحه الفضيل إلا- دخاله رضاهما ببقاء البيع إلى حصول الافتراق بأن يكون الافتراق مع كل من الرضاءين مسقطاً لخيار الراضى كما هو مقتضى مقابله الجمع بالجمع، أى سقوط الخيارين بالرضاءين واعتبار مجموع الرضاءين فى سقوط الخيارين، بحيث لو حصل سقوط الخياران، وإلا بقيا فلا يستفاد منها.

وعلى ذلك فالرضا المعاملى ببقاء البيع مع الإكراه عليه كترك الفسخ مع عدم التمكن عليه فى أنه لا يكون دخيلاً فى سقوط الخيار، بمعنى أن الافتراق معه لا يكون غايه بالاضافه إلى خيار المكره، فيبقى خياره دون خيار الطرف الآخر الراضى.

ولا ينافى ذلك ما ورد فى شرائه عليه السلام فان مدلوله حصول الافتراق المسقط بفعله عليه السلام، واما أنه لا دخل لرضا الآخر فلا يستفاد منه الا بدعوى الاطلاق أى ترك التعرض، وعلى تقديره فيرفع اليد عنه بصحيحه الفضيل.

ص: ٣٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٥٤ ٥٦ .

وتوضيح ذلك: أنّ افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختياراً وعدم مصاحبه الآخر له كذلك، وأنّ الإكراه على التفريق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الإكراه على ترك التخايير. فحينئذ نقول: تحقّق الإكراه المسقط في أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفريق وترك التخايير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبه أو التخايير. وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التخايير وذهاب الآخر اختياراً.

الشرح:

ثم إنه كما ذكر في محله إنما يرفع الإكراه الحكم فيما إذا كان اختيار الفعل بداعويّه الإكراه، فلو كان مكرهاً على بيع ماله، ولكن بحيث لو لم يكن إكراه لباع ذلك المال أيضاً، فلا يكون البيع المزبور مشمولاً لحديث نفي الإكراه، لأنه لا امتنان في نفي معاملة يريدها صاحبها.

وعليه فالمنع عن التخايير لا يوجب بقاء الخيار الا فيما كان تركه فسخ البيع بداعويّه المنع المزبور لا فيما ترك الفسخ لا من جهه المنع عن التخايير، فانه حينئذ لو حصل الافتراق ولو بالإكراه سقط خياره أيضاً، لأنّ نفي هذا الرضا المعاملي لا يوجب امتناناً بل لا يبعد القول بسقوط الخيارين فيما إذا تمكنا من الفسخ فيما بين البيع إلى حصول الافتراق، ولو في زمانٍ لصدق ما في صحيحه الفضيل من قوله عليه السلام: «فلا خيار بعد الرضا منهما»^(١) ولا يعتبر استمرار ذلك التمكّن.

وعلى ذلك فلو وقع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخايير في قسم من ذلك الزمان فلا يدخل في حديث الرفع^(٢) لأن الداخل فيه ما يكون دخيلاً لولا الإكراه فتدبر جيداً.

ص: ٣٩٥

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

ومحلّ الكلام هو الأوّل، وسيُتّضح به حكم الثانی. والأقوال فيه أربعة: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقّق والعلّامه وولده السعيد والسید العمید وشیخنا الشہید قدس اللہ أسرارهم. وثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشہید الثانیین ومحمّل الإرشاد. وسقوطه فی حقّ المختار خاصّه. وفصل فی التحریر بین بقاء المختار فی المجلس فالثبوت لهما، وبین مفارقتہ فالسقوط عنهما. ومبنى الأقوال على أن افتراقهما المَجْعول غايه لخيارهما هل يتوقّف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ وعلى الأوّل، هل يكون اختيار كلّ منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقّف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟

فعلى الأوّل: يسقط خيار المختار خاصّه، كما عن الخلاف وجواهر القاضی، وعلى الثانی يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشہید الثانیین.

وعلى الثانی: فهل يعتبر فی المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً وحركه صادرة باختیار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء فی مجلس العقد مختاراً؟

فعلى الأوّل: يتوجّه التفصيل المصرّح به فی التحریر بین بقاء الآخر فی مجلس العقد وذهابه.

وعلى الثانی: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقّق والعلّامه وولده السعيد والسید العمید وشیخنا الشہید. واعلم أنّ ظاهر الإيضاح: أنّ قول التحریر ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما، وأنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، وإلاّ سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال فی شرح قول والده قدس سره: «لو حمل أحدهما ومنع من التخيير لم يسقط خياره على إشكال. وأمّا الثابت، فإن منع من المصاحبه والتخيير لم يسقط خياره، وإلاّ فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأوّل» انتهى، قال: إنّ هذا

مبنى على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتى أو عدمى، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط، لأنه فعّل المفارقة، وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثر وثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئاً. وإن قلنا بعدميه الافتراق والعدم ليس بمعلّل فكذا ذلك. وإن قلنا: إنه يعلّل سقط أيضاً. والأقرب عندى السقوط، لأنه مختار فى المفارقة، انتهى.

وهذا الكلام وإن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات، إلا أنه على كل حال صريح فى أنّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف فى سقوط خياره، وظاهره كظاهر عباره القواعد: أنّ سقوط خياره لا- ينفك عن سقوط خيار الآخر، فينتفى القول المحكى عن الخلاف والجواهر. لكن عباره المحكيه عن الخلاف ظاهره فى هذا القول، قال: «لو أكرها أو أحدهما على التفريق بالأبدان على وجه يتمكّن من الفسخ والتخاير فلم يفعلا- بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك ونحوه المحكى عن القاضى، فإنه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: «بطل خيارهما» فتأمل. بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها، وفيه تأمل.

وكيف كان: فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين، للأصل وما تقدّم: من تبادل تفرّقهما عن رضا منهما، فإنّ التفرّق وإن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين ولا- من أحدهما، إلا- أنّ المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق، فرضاً أحدهما فى المقام وهو الماكث لا- دليل على كفايته فى سقوط خيارهما، ولا فى سقوط خيار خصوص الراضى، إذ الغايه غايه للخيارين، فإن تحققت سقطا وإلا ثبتا. ويدلّ عليه ما تقدّم من صحححه الفضيل المصّرّحه بإناطه سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا أحدهما. ولكن يمكن التفصيلى عن الأصل بصدق تفرّقهما، وتبادل تقييده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما. وظاهر

الصحيحه وإن كان اعتبار ذلك، إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الروايه السابقه الحاكيه لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: «فمشيت خطأً ليجب البيع حين افترقنا»، جعل مجرد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجعول غايه للخيار، وجعل وجوب البيع عله غائيه له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام عليه السلام . ودعوى: انصرافه إلى صورته شعور الآخر وتركه المصاحبه اختياراً، ممنوعه.

وظاهر الصحيحه وإن كان أخص، إلا أن ظهور الروايه فى عدم مدخله شىء آخر زائداً على مفارقه أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختياراً، فإن الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين، وقد قطع به فى جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحققت الافتراق، فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه. وكذا لو فارق أحدهما فى حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقه صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين، وظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضاً: عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنما الخلاف فى أن البقاء اختياراً مفارقه اختياريه أم لا. بل ظاهر القواعد أيضاً: أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث، من غير إشاره إلى وجود خلاف فى هذا التفرع، وهو الذى ينبغى، لأن الغايه إن حصلت سقط الخياران، وإلا بقيا، فتأمل.

وعبارته الخلاف المتقدمه وإن كانت ظاهره فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار، إلا أنها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادته سقوط خيار المتمكن من التخايير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافى سقوط خيار الآخر، لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغايه، مع أن شمول عبارته لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن ممّا لا بدّ منه، كما لا يخفى على المتأمل. وحملها على ما ذكرنا: من إرادته المتمكن لا بشرط، لا إرادته

خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ والقاضى إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايه لسقوط خيار كل منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصه. وهو استنباط حسن، لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ. ثمّ إنّ يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسأله وهى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخيير وفارق الآخر اختياراً فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضاً.

وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار، عليهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسأله: لوزال الإكراه [١] فالمحكى عن الشيخ وجماعه: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. ولعلّه لأنّ الافتراق الحاصل بينهما فى حال الإكراه كالمعدوم، فكأنّهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد، فالخيار باقٍ.

الشرح:

[١] المحكى عن الشيخ وجماعه: امتداد خيار المجلس بامتداد مجلس زوال الإكراه (١)، والمراد بمجلس الزوال الهيئه التى كان المتبايعان عليها من القرب والبعد حين زوال الإكراه، ولو فرض أنّ البائع كان فى ذلك الحين فى مكان والمشتري فى مكان آخر فيحصل افتراقهما بانتقالهما أو انتقال أحدهما من ذلك المكان اختياراً.

واستشكل على ذلك المصنف رحمه الله: بأنّ الهيئه الاجتماعيه التى كانت حال البيع زائله فالافتراق حاصل وغايه دليل رفع الإكراه عدم ارتفاع حكم تلك الهيئه الاجتماعيه أى الخيار.

وأما كون الهيئه الحاصله بعده ومنها الهيئه حال زوال الإكراه بمنزله الهيئه

ص: ٣٩٩

١- (١) المبسوط ٢: ٨٤، وتسببه المحقق التستري إلى ظاهر ابن زهره والفاضلين فى الشرائع والإرشاد وفتوى فى التحرير والشهيد الثانى فى الروضه، أنظر المقابس: ٢٤٣.

وفيه: أنّ الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسّاً، غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الإكراه، ولم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس العقد.

والحاصل: أنّ الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور كما عن التذكرة ولعلّه لأنّه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حقّ المتبايعين وإمّا من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات، لاستصحاب الخيار. والوجهان جاريان في كلّ خيار لم يظهر حاله من الأدله.

الشرح:

الاجتماعيه حال العقد، فليس دليل على هذا التنزيل ليرتب عليه ما تقدم فيدخل المقام في المسأله الآتيه وهي أنه إذا ثبت في مورد خيار وتردد أمره بين أن يثبت في خصوص أول زمان التمكن على الفسخ أو بنحو التراخي فهل يؤخذ باستصحاب الخيار، أو يرجع بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) والحكم عليه بالفور.

أقول: قد تقدم أنه لو كنا والروايات (٢)(٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤٢٢. (٣) الداله على المتبايعين بالخيار حتى يفترقا لم يكن حديث الرفع (٣) شاملاً للمورد؛ لأن الموضوع للخيار في تلك الروايات هو المتبايعان مادام متصاحبين وبالافتراق ينتفى الموضوع، ومن الظاهر أن رفع الإكراه يرفع الحكم في مورد تعلق الإكراه بموضوع الحكم بأن يوجد أو متعلق التكليف بان يتركه، والإكراه على الافتراق إكراه على إعدام الموضوع لا على إيجاده على ما تقدم في كلام السيد اليزدي رحمه الله (٤).

ص: ٤٠٠

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) و

٣- مرّ آنفاً .

مسأله: ومن مسقطات هذا الخيار. التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان والشرط ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس وفي الصرف، والعلامة قدس سره في التذكرة، ونسب إلى جميع من تأخر عنه، بل ربما يُدعى إطباقهم عليه، وحكى عن الخلاف والجواهر والكافي والسرائر. ولعله لدلاله التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان. وهو الوجه أيضاً في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الروايه المعلّله، حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط»، فإن المنفى يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمل.

الشرح:

ولكن العمده فى المقام كانت صحيحه فضيل المتقدمه فانها قد دلت على انتهاء الخيار بعد الافتراق لكن لا مطلقاً بل فيما إذا كان مع الافتراق رضا ببقاء البيع، وحديث رفع الإكراه اقتضى أن لا يعتبر ذلك الرضا المعاملى الإكراهى بل يعتبر الافتراق مع الرضا المعاملى الغير الإكراهى.

نعم سبق الرضا على الافتراق لا- يستفاد من الصحيحه فإنّ قوله بعد الرضا متعلق بنفى الخيار لا لفعل الافتراق، فيكون حاصل الصحيحه إنّ الافتراق بمجردّه لا يكون غايه بل يعتبر فى الغايه حصول الرضا ببقاء البيع، ففى أى زمان تمّ الافتراق والرضا ببقائه ينتهى الخيار، ونتيجته ذلك كون الخيار بعد زوال الإكراه على الفور.

وبتعبير آخر: كلمه «بعد» فى قوله عليه السلام «فلا- خيار بعد الرضا منهما» نظير الزكاه بعد النصاب مدلوله اعتبار مدخوله فى الحكم لا حدوث ذلك الحكم بحدوثه، بأن يكون الرضا أو النصاب تمام الموضوع.

هذا إذا لم يجعل الافتراق بنفسه كإحداث الحدث فى الحيوان المشتري رضياً

ص: ٤٠١

خيار الحيوان وعمومه لكلّ ذى حياه

وتفصيل التصرف المُسقط سيجيء إن شاء الله تعالى.

الثانى: خيار الحيوان

لا خلاف بين الاماميه [١] فى ثبوت الخيار فى الحيوان المشترى وظاهر النصّ الشرح:

تعبدياً بالبيع وإلاّ- تكون مفاد الصحيحه مفاد الروايات المتقدمه فى عدم جريان رفع الإكراه فى المقام ويتعين الحكم بانتهاء الخيار بالافتراق كيفما اتفق.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما قيل (١) ان المقام لا- يرجع فيه لا- إلى استصحاب بقاء الخيار ولا إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، بل يحكم ببقاء الخيار بعد زوال الإكراه إلى أن يسقط بمسقط آخر فإن ما دلّ على أنّ لكلّ من البائع والمشتري خيار إلى حصول الافتراق المسبوق بالرضا بالعقد مقتضاه بقاء ذلك الخيار إلى حصول الغايه المزبوره أمكن حصولها أو لم يمكن، كما فى المقام حيث إنّ مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخايير لا يحصل الافتراق الحدوثى المسبوق بالرضا ببقاء العقد أو المقارن بذلك الافتراق.

ووجه الضعف ما تقدم من عدم ظهور الصحيحه فى سبق الرضا ببقاء البيع على الافتراق أو ظهورها فى تعلق الرضا منهما بنفس الافتراق.

[١] لاخلاف بين علماء الإماميه فى ثبوت الخيار فى بيع الحيوان للمشتري وظاهر الروايات (٣) كالفتاوى ثبوته فى بيع كل حيوان أى كل ذى حياه كبيره أو صغيره حتى العلق ودود القز.

وفى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام

ص: ٤٠٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٤: ١٩٣ .

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ١ .

٣- (٣) راجع الوسائل ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .

والفتوى: العموم لكل ذى حياه، فيشمل مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى الإناء وشبه ذلك خارج، لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم مثلاً، ويشكل فيما صار كذلك لعارض، الشرح:

للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط^(١)، وفى صحيحه الفضيل عنه عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري، قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢)، وفى معتبره ابن اسباط عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري، وفى غير الحيوان أن يفترقا . . .»^(٣) الحديث، إلى غير ذلك.

وظاهرها يعم ما إذا كان المقصود حياه الحيوان إلى آخر عمره، كما فى الحيوان المقصود به ركب ظهره أو برهه من الزمان كالحيوان المقصود ذبحه أو نحره للأكل بعد زمان كالبقرة والغنم.

ولا- يبعد دعوى انصرافها عما لم يكن المقصود منه عاده حياته كما فى السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى الإناء وغيره، لأن كل ذلك يباع بما هو لحم فى العاده بل يشكل ثبوت الخيار فيما إذا صار الحيوان كذلك بالعرض كالصيد المشرف على الهلاك بأصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم.

أقول: لعل الاشكال فيما إذا اعتبر فى حل الحيوان ذبحه لاعتبار دركه حياً، وأما إذا لم يعتبر كما إذا لم يسع الوقت لذلك فلا فرق بينه وبين السمك المخرج.

ص: ٤٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضاً؟

كالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم. و على كل حال، فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو فى زمان الخيار. وفى منتهى خياره مع عدم بقاءه إلى الثلاثة وجوه. ثم إنّه هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات، ومع الاستدلال له فى بعض

الشرح:

وعلى تقدير ثبوت الخيار فى امتداده إلى ثلاثة أيام مطلقاً أو مع بقاء حياته فى ثلاثة أيام ومع عدم بقاءه إلى حين موته أو على الفور وجوه.

ولكن لا يكون زهوق روحه ولو قبل الثلاثة تلفاً للحيوان ليكون ضمانه على بايعه سواء كان قبل القبض أو فى مده الخيار وليكن المراد زهوق الروح فى صورته عدم اعتبار الذبح أو إزهاقه فيما اعتبر.

وأما إذا اعتبر كما إذا أدرك زكاته وتركه بايعه فيما كان الذبح عليه فيبطل البيع فيما كان قبل القبض أو بعده، لان الترك يعدّ تلفاً بخلاف ما إذا كان على المشتري فان إتلاف المشتري البيع فى زمان الخيار موجب لسقوط خياره.

ولكن دعوى انصراف الروايات عن المشرف للهلاك قريبه جداً، فان تحديد الخيار بثلاثة أيام، وما يظهر من الروايات عرفاً من أن الحكمه فى ثبوت الخيار ملاحظه حال الحيوان فى تلك المده قرينه على الانصراف، وان التحديد المزبور خصوصاً بملاحظه حكمه جعل الخيار مقتضاه ثبوته فى خصوص موارد يقصد من شراء الحيوان فيها عادةً حياته ولو فى الجملة.

وذكر المصنف رحمه الله أنه هل يختص خيار الحيوان بما كان المبيع معيناً أم يعم الكلى على العهد، لم أجد من صرح بالاختصاص أو بالعموم.

نعم يظهر من بعض المعاصرين اختصاصه بالمعين كما هو مقتضى مناسبه الحكمه التى دعت الشرع إلى جعل الخيار للمشتري وهى ملاحظه حال الحيوان

معاهد الإجماع كما فى التذكرة بالحكمه الغير الجارىه فى الكلى الثابت فى الذمه أو يعم الكلى كما هو المتراى من النص والفتوى؟ لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول، ولعله الأقوى.

الشرح:

والاطلاع على خصوصياته، وهذا هو الأقوى.

واضاف النائىنى(1) فى وجه الاختصاص بالمعين وجهاً آخر وهو انه لا يمكن الالتزام بثبوت الخيار فى شراء الحيوان سلماً قبل استحقاق المشتري المطالبه بالمبيع وثبوت الخيار بعد قبض الحيوان إلى ثلاثة أيام خارج عن مدلول اخبار الباب وإذا لم يثبت الخيار فى بيع الكلى سلماً لا يثبت فى بيعه حالاً ايضاً لعدم احتمال الفرق بينهما فى جريان الخيار وعدمه.

أقول: لم يعلم أن حكمه الخيار يقتضى اختصاصه بالمعين فانه يمكن تعميم الخيار وكون حكمته ملاحظه القيود المعتره فى المبيع وما لا يعتبر، فانه ربما يلتفت المشتري إلى عدم الصلاح فى شراء الحيوان المزبور.

وبذلك يظهر أنه مع ثبوت الخيار فى بيع السلم يكون مبدؤه تمام البيع ولو لم يستحق المشتري المطالبه بالمبيع، ويظهر ثبوت الخيار فى الكلى على العهده فضلاً عن الكلى فى المعين، مثل صحيحه فضيل المتقدمه التى قسم فيها المبيع بين الحيوان وغيره وحكم على الأول بالخيار إلى ثلاثة أيام وعلى الثانى إلى أن يفترقا، ومن الظاهر أن الكلى على العهده أو فى المعين داخل فى الأول.

ولكن ذكر بعض الأجله (دامت أيامه) عدم ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع السهام فى الحيوان كما إذا باع الشريكان كل منهما النصف المشاع من الحيوان من واحد سواء كان البيع بصفقه أو صفقتين. وإن كان الامر فيما إذا باع كل منهما نصفه

ص: ٤٠٥

وكيف كان، فالكلام في مَنْ له هذا الخيار، وفي مدّته من حيث المبدأ والمنتهى، ومسقطاته يتمّ برسم مسائل:

مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري [١] حكى عن الشيخين الشرح:

أوضح لأن نصف الحيوان لا يكون حيواناً، وكذلك لا يثبت الخيار في الكلى على العهده فان الكلى على العهده حيوان بعنوانه وبالحمل الأوّلى لا بالحمل الشائع، وهكذا الحال في الكلى في المعين.

أضف إلى ذلك انصراف أخبار الباب إلى شراء الحيوان بنحو الغالب وهو وقوع البيع على شخص الحيوان ولا يقع البيع على الكلى الا نادراً. نعم إذا كان الكلى في المعين منحصرأ بواحد صحّ ثبوت الخيار.

أقول: أما دعوى انصراف الاخبار فيدفعها ملاحظه الاخبار الكثيره الوارده في شراء الحيوان بنحو السلم فانه يظهر منها ان هذا النحو من الشراء كان متعارفاً.

وأما عدم كون الكلى على العهده حيواناً الا- بالحمل الاوولى فقد تقدم أن البيع في موارد الكلى الحيوان الخارجى لا مفهومه وعنوانه، غايه الامر ان الوجود الخارجى غير متعين الا بالعنوان نظير موارد الطلب على ما تقدم.

[١] المشهور قديماً وحديثاً ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمشتري خاصه لمدّه ثلاثه أيام، ويستدل عليه بأنه مقتضى الأخذ بالاطلاق في بعض الروايات الداله على أن «البيعين بالخيار ما لم يفترقا» (١)(٢) سورة المائده: الآيه ١. (٢) و«إذا افترقا وجب البيع» (٢) حيث يرفع اليد عن لزوم البيع بعد الافتراق بالاضافه إلى المشتري خاصه ويؤخذ به بالاضافه إلى البائع بل يمكن الأخذ بعموم «أوفوا بالعقود» (٣) فيما إذا لم يكن في البيع خيار المجلس بالأصل

ص: ٤٠٦

١- (١) و

٢- وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤١ وغيرها .

والصدوقين والإسكافي وابن حمزه والشاميين الخمسه والحليين السّته ومعظم المتأخرين، وعن الغنيه وظاهر الدروس: الإجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» خرج المشتري وبقي البائع، بل لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالنسبه إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل. ويدلّ عليه أيضاً ظاهر غير واحد من الأخبار:

الشرح:

أو بالعارض كاشتراط سقوطه، وإذا ثبت لزوم البيع بالاضافه إلى البائع في هذه الصوره يثبت لزومه بالاضافه إليه فيما كان في البين خيار المجلس لعدم احتمال الفرق بين الصورتين في ثبوت الخيار لبائع الحيوان وعدم ثبوته.

أضف إلى ذلك ظاهر الروايات الوارده في شراء الحيوان حيث صرّح فيها بثبوت خيار الحيوان للمشتري ولو كان خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتابعين لم يكن وجه لذكر المشتري وترك البائع.

وفي صحيحه الحلبي وغيرها عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط»^(١).

وفي صحيحه الفضيل: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري. وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢)، بل ظاهر قوله في بيع غير الحيوان «وإذا افترقا وجب البيع» يعم ما إذا كان الثمن في بيع غير الحيوان حيواناً.

وأوضح من ذلك كله الصحيحه المحكيه عن قرب الاسناد عن أحمد وعبدالله ابني محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب، قال: «سألت

ص: ٤٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠ و ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٨: ١١ و ١٢، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، صدر الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣.

منها: صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري وإطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً. ويتلوهما في الظهور روايه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكته جلّيه.

الشرح:

أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (١).

ولكن مع ذلك قد ذهب السيد المرتضى (٢) وابن طاووس (٣) إلى ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمتبايعين، ويشهد له صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٤).

وذكر المصنف رحمه الله أن هذه الصحيحه تعارضها صحيحه علي بن رئاب، وتقدم على تلك الصحيحه ترجيحاً في مقام المعارضه، فانهم قد صرّحوا بترجيح روايه مثل زراره ومحمد بن مسلم من الفقهاء الثقات على روايه غيرهم ممن يكون دونهم في الثقه والفقاهه، مع ان صحيحه محمد بن مسلم مرويه في الكتب الأربعة بخلاف

ص: ٤٠٨

١- (١) المصدر: ١٢، الحديث ٩ .

٢- (٢) الانتصار: ٤٣٣، المسأله ٢٤٥، وحكاه عنه الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧ .

٣- (٣) حكاه عنه الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

ونحوها صحيحه الحلبي في الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»، وصحيحه ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري»، وأظهر من الكل صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» وعن سيدنا المرتضى قدس سره وابن طاووس: الشرح:

صحيحه على بن رثاب، فإن اعتبار كتاب قرب الاسناد أو غيره لا-تصل مرتبه اعتبار الكتب الأربعة، فإن كثيراً من أصحابنا لا يلتفتون إلى حديث لا يوجد في تلك الكتب مع التفاتهم إلى وجود أحاديث في غيرها.

وأما سائر الروايات، فتقدم صحيحه محمد بن مسلم عليها للجمع الدلالي بينها وبين تلك الروايات، فإن دلالة تلك الروايات على نفى الخيار عن بائع الحيوان بالمفهوم، أي الاقتصار بذكر المشتري وعدم التعرض للبائع.

ويمكن أن يقال: إنَّ عدم التعرض فيها للبائع ليس لنفي الخيار عنه، بل لأنَّ الغالب في شراء الحيوان وقوع الفسخ من المشتري حيث إنه يطلع في تلك المدة على خفايا الحيوان وخصوصياته، ولذا اقتصر بذكره.

ومن الظاهر أنَّ مع وجود الجمع الدلالي لا تصل النوبه إلى إعمال مرجحات المعارضه ككون إحدى الروايتين أشهر ليقال: إنَّ الشهره في الروايات النافيه للخيار عن البائع.

ويبقى في البين الشهره من حيث الفتوى ولكن لا اعتبار بالاجماع فيما إذا أحرز مدركه فضلاً عن الشهره.

ثمَّ قد قرب رحمه الله اختصاص خيار الحيوان بالمشتري بدعوى أن الطائفة الأولى

ثبوته للبائع أيضاً وحكى عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه، لأصله جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، ولصحيحة محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»، وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق، وهى أرجح بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد. وقد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم وزراره وأضرابهما على غيرهم من الثقات، مضافاً إلى ورودها فى الكتب الأربعة المرّجحه على مثل قرب الإسناد من الكتب التى لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

الشرح:

لا يقصر ظهورها فى اختصاص خيار الحيوان بالمشتري عن الخبر الدال على ثبوته للمتبايعين.

ويظهر ذلك بملاحظه مثل صحيحه زراره حيث إنه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس فى ثبوته للمتبايعين، لما كان للعدول عن التعبير بالبيعين إلى صاحب الحيوان وجه.

وتلك الطائفة مشهوره بين أصحاب الحديث، حتى عند محمد بن مسلم الراوى للخبر المزبور حيث إنه روى أيضاً الروايه الداله على أن خيار الحيوان حق لصاحب الحيوان أى من يملكه بالبيع المفروض فيكون الترجيح لها.

وعلى تقدير تعارضهما وتساقطهما يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١)، و«إذا افترقا وجب البيع»^(٢)، حيث إن المتيقن من تقييد وجوب البيع بعد الافتراق ثبوت الخيار للمشتري فى شراء الحيوان إلى ثلاثه أيام فيؤخذ بالوجوب

ص: ٤١٠

١- (١) و (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنياً

وأما الصحاح الأخر المكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم، فالإنصاف أنّ دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبه منطوق الصحيحه، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجه، لأنّ الغالب في المعامله، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادته الفسخ في طرف المشتري لأطلاعه على خفايا الحيوان، ولا ريب أنّ الأظهرية في الدلاله مقدّمه في باب الترجيح على الأكثرية. وأما ما ذكر في تأويل صحيحه ابن مسلم: من أنّ خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع، ففي غايه الشرح: بالإضافة إلى البائع، فالقول بثبوت الخيار للمتبايعين ضعيف.

نعم هنا قول ثالث أقوى من القول المزبور: وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان مشترياً أو بايعاً ومع كون العوضين حيواناً يثبت الخيار لكل منهما إلى ثلاثة أيام، ويقتضيه صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١).

لا يقال: قد قيد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقه حسن بن علي بن فضال قال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام»^(٢).

فانه يقال: تفسير صاحب الحيوان بالمشتري باعتبار الغالب، والغرض من التفسير دفع احتمال ثبوت هذا الخيار للمالك الأصلي للحيوان حيث إن الغالب في البيوع كون الحيوان مبيعاً لا ثمناً، فلا تنافي الأخذ باطلاق الصحيحه الداله على ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بائعاً كان أو مشترياً، لأن غلبه القيد توجب ان لا يرفع اليد به عن اطلاق المطلق ولكن لا- توجب صرف الاطلاق إليه.

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

٢- (٢) المصدر: ١٠، الحديث ٢.

السقوط. وأما الشهره المحققه، فلا تصير حجّه على السيد، بل مطلقاً، بعد العلم بمستند المشهور وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكره. وإجماع الغنيه لو سلّم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع، ولعلّه لذا قوّى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهره، بل الاتفاق على خلافه. وتبعه على ذلك في المفاتيح وتوقف في غايه المراد وحواشى القواعد وتبعه في المقتصر.

الشرح:

لا يقال: كيف الجمع بين الصحيحه الداله على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان والصحيحه الداله على ثبوته للمتبايعين.

فانه يقال: تحمل الصحيحه الثانيه على صورته كون العوضين حيواناً.

وذكر رحمه الله في آخر كلامه أنه لا يبعد انصراف صاحب الحيوان في الصحيحه الأولى إلى المشتري فعليه لا موجب لرفع اليد عن أصاله اللزوم بالإضافه إلى البائع كان الثمن حيواناً أم لا.

أقول: أمّا صحيحه زراره الداله على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا يعارضهما شيء، فإن موثقه حسن بن فضال المفسر فيها صاحب الحيوان بالمشتري لدفع احتمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه الأصلي أى البائع.

ويحصل هذا الدفع أيضاً بكون المشتري بصيغه المفعول صفه للحيوان.

والروايات الداله على ثبوت الخيار لمشتري الحيوان لا دلالة لها على عدم ثبوته للبائع فيما إذا كان الحيوان ثمناً في البيع، بل مقتضى التفصيل في مثل صحيحه زراره بين خيار المجلس وخيار الحيوان في التعبير عدم ثبوت خيار الحيوان كخيار المجلس للمتبايعين.

والحاصل يؤخذ بإطلاق صاحب الحيوان في صحيحه زراره ويحكم بثبوت

ص: ٤١٢

هذا ولكن الإنصاف: أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه مع اشتهاها بين الرواه حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحه، مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدله لزوم العقد بالافتراق والتميقن خروج المشتري، فلا ريب فى ضعف هذا القول. نعم، هنا قول ثالث لعله أقوى منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب إلى جماعه من المتأخرين، منهم الشهيد فى المسالك، لعموم صحيحه ابن مسلم «المتبائعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» ولا ينافيه تقييد الحيوان ب «المشتري» فى موثقه ابن فضال، لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً. ولا ينافى هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحه محمد ابن مسلم، لأن الغلبه قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا توجب تنزيل الإطلاق. ولا ينافيها أيضاً ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري، لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. ولا صحيحه محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، لإمكان تقييدها وإن بعيد بما إذا كان العوضان حيوانين. لكن الإشكال فى إطلاق الصحيحه الأولى من جهه قوه انصرافه إلى المشتري، فلا مخصيص يعتد به، لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، فلا محيص عن المشهور.

الشرح:

خيار الحيوان بائعاً كان أو مشترياً ولا موجب لانصرافه إلى خصوص المشتري فان المطلق يعم فرده الغالب وغيره، وانما لا يصلح خطاب المقيد فيما كان القيد غالباً لتقييد خطاب المطلق.

ويبقى فى البين معارضه هذه الأخبار مع صحيحه مسلم الداله على أن «المتبايعين بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»،⁽¹⁾ ولو

ص: ٤١٣

١- (١) مرّ آنفاً .

عدم الفرق بين الأمه وغيرها في مده الخيار

مسأله: لا فرق بين الأمه وغيرها في مده الخيار [١]، وفي الغنيه كما عن الحلبي: أن مده خيار الأمه مده استبرائها، بل عن الأول دعوى الإجماع، عليه وربما ينسب هذا الى المقنعه والنهائيه والمراسم من جهه حكمهم بضمان البائع لها مده الاستبراء ولم أقف لهم على دليل.

الشرح:

أمكن، حمل هذه على ما إذا كان كل من العوضين حيواناً كما استظهر ذلك من التعبير بالمتبايعين فان ظاهر باب التفاعل قيام المبدأ بكل من الطرفين.

وبتعبير آخر: المفروض في الصحيحه اتحاد العوضين في العنوانين، فيكون الخيار لكل من المتبايعين ثلاثه ايام؛ وفي غير ذلك حتى يفترقا.

ولو لم يمكن الحمل باعتبار أن البيع يتحقق بفعل الطرفين لا بواحد منهما وظهور باب التفاعل في قيام المبدأ بكل منهما إنما هو فيما إذا لم يتوقف تحقق ذلك المبدأ بفعلهما فيقع التعارض بين الطائفتين ويقدم الطائفه الأولى لموافقته للعموم في قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) كما لا يخفى.

[١] لا فرق بين الأمه وغيرها في كون الخيار فيهما إلى ثلاثه ايام. وفي صحيحه على بن رئاب قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه ايام نظره، فإذا مضت ثلاثه ايام فقد وجب الشراء» (٢).

ولكن عن الغنيه (٣) والحلبي (٤): أن مده خيار الأمه مده استبرائها أى الحيضه أو خمسه وأربعون يوماً، وادعى في الغنيه الاجماع على ذلك.

ص: ٤١٤

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩ .

٣- (٣) الغنيه: ٢١٩ .

٤- (٤) الكافي في الفقه: ٣٥٣ .

مسأله: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١]، فلو لم يفترقا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان وبقي خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، وفي غيره حتَّى يفترقا». خلافاً للمحكّي عن ابن زهره فجعله من حين التفرّق، وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتّحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره. قال في المبسوط: الأولى أن يقال: إنّه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرّق، لأنّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرّق، انتهى. ونحوه المحكى عن السرائر.

الشّرح:

وربما ينسب هذا القول إلى غيرهما كالمراسم (١) والمقنعه (٢) والنهائه (٣) لحكمهم بضمان البائع الأمه مده استبرائها؛ ومن الظاهر أن ضمانه حكم لخيار المشتري وعلى كل فلا يعرف لهذا القول وجه.

[١] مبدأ خيار الحيوان تمام العقد، ولو لم يفترقا إلى أن انقضى ثلاثة أيام ينتهى خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس.

والوجه في ذلك قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيرها إلى أن يفترقا» (٤) فان ظاهره كون المبدأ للخيارين واحداً.

وعن ابن زهره (٥) جعل مبدأ انقضاء خيار المجلس، وكذا مقتضى استدلال

ص: ٤١٥

١- (١) المراسم: ١٧٥ .

٢- (٢) المقنعه: ٥٩٢ ٥٩٣ .

٣- (٣) العبارة ساقطة من النهائه المتداوله لدينا. نعم، هي موجوده في النهائه المطبوعه مع نكت النهائه ٢: ١٤٤ ١٤٥، والمطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٣٣٦، ونقلها العلامه بلفظها في المختلف ٥: ٢٢٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥، و ١١، الباب ٣، الحديث ٥ .

٥- (٥) الغنيه: ٢٢٠ .

الشرح:

الشيخ (١) وابن ادريس (٢) ذلك حيث ذكرا أن مبدأ خيار الشرط حين التفرق لأن الخيار يثبت فيما إذا ثبت العقد، والعقد لا يثبت قبل التفرق. وهذا الدليل كما ترى يجرى في خيار الحيوان أيضاً.

ولكنه ضعيف فإنه إن أُريد من ثبوت العقد تمامه فالأمر ظاهر لأن تمام العقد بتمام البيع لا بانقضاء زمان خيار المجلس وإن أُريد من ثبوته لزومه فالأمر كذلك أيضاً فإن الخيار حكم للعقد اللازم لولا الخيار لا حكم للعقد اللازم لولا هذا الخيار كما لا يخفى.

ويستدل على القول المزبور بوجوه أخرى.

منها: استصحاب الخيار بعد ثلاثه أيام من حين العقد بل باستصحاب عدم حدوثه قبل التفرق.

وفيه: أنه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي مع وجود الدليل الاجتهادي وهو الظهور المتقدم، وأيضاً فالاستصحاب على التقريب الثاني مثبت لأن عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق لا يثبت حدوثه حين التفرق.

ومنها: ما ورد في أن التلف في زمان خيار الحيوان على البائع حيث إنه ممن لا خيار له، ولو كان مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق يصح كون التلف عليه لأنه لا خيار له، ولا يصح فيما إذا جعل مبدأه من حين العقد، فإنه لا موجب لحساب التلف على البائع فيما إذا تحقق التلف قبل التفرق، حيث إنه تلف في زمان الخيار المشترك.

ص: ٤١٦

١- (١) المبسوط ٢: ٨٥.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٤٧.

الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بأن ما ورد في كون التلف في زمان خيار الحيوان يحسب على البائع بانحلال البيع مبنى على الغالب من وقوع التلف بعد التفرق وانقضاء خيار المجلس.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين الصورتين فإنه يحسب التلف على البائع فان ثبوت خيار المجلس لا يكون موضوعاً لانحلال البيع بالتلف ولا ينافي ذلك انحلاله بالتلف مع غيره.

ومنها: أنه إذا كان في البين خيار الحيوان قبل التفرق للزم اجتماع السببين على المسبب الواحد.

وأجاب رحمه الله: بأن خيار الحيوان لو كان مختلفاً مع خيار المجلس في المهية والنوع فلا اجتماع على مسبب واحد، وإن اتحدا نوعاً فكذلك لأن الأسباب الشرعية معرفات وعلامات متعددة، بل لو كانت مؤثرات فتأثير كل واحد مستقلاً يتوقف على عدم انفراده وفي صورته اجتماعهما يؤثران معاً.

أقول: الصحيح في الجواب أن الخيارين متحدان في الحقيقة حيث إن الخيار ملك فسخ العقد وإنما يختلفان بحسب الأحكام، وكل من شراء الحيوان واجتماع المتبايعين حال العقد موضوع لهما فليس في البين تأثير ولا معرف بمعنى العلامة، فالخيار في المقام متعدد، لأن كلاً منهما حكم لموضوع قد تحقق كما لا يخفى.

وذكر في التذكرة (1) في الجواب عما قيل من أن ثبوت الخيارين معاً في عقد واحد يوجب اجتماع المثليين: ان الخيار واحد والجهة متعددة، وهو كما ترى فإنه كما

ص: ٤١٧

الشرح:

ذكرنا الخيار متعدد، ولذا يبقى الخيار مع اسقاط أحدهما وقد تقدم أيضاً أن الخيار الشرعى حكم شرعى للبيع كما هو ظاهر الخطاب فيكون تعلقه بالبيع بعد تمامه.

ولو كان البيع مشروطاً بالقبض كما فى السلم أو التقابض، كما فى الصرف فلا يثبت الخيار فيهما إلا بعد القبض أو التقابض.

وعن السيد اليزدى قدس سره (١) انه يمكن أن يقال بعدم ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان اصلاً، فان ذلك مقتضى المقابلة بين بيع الحيوان وغيره فى الأخبار، وان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري وفى غيره إلى ان يفترقا، وتبعه على ذلك بعض الاجلاء (٢) (دامت أيامه) حيث ذكر ظهور الروايات فى عدم ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان وشرائه.

أقول: المطلقات الداله على ثبوت خيار المجلس فى كل بيع ومنه بيع الحيوان موجوده نظير صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «أئما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا» (٣) وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» (٤)، ونحوها صحيحه زراره عنه عليه السلام (٥) ومقتضاها ثبوت الخيارين لمشتري الحيوان وصاحبه أحدهما إلى أن يفترقا والآخر إلى ثلاثة أيام.

ص: ٤١٨

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤٤٠ و ٤٤١ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٤: ٢٠٦ ٢٠٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦ و ٩، الباب ١ و ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٥- (٥) المصدر: ١١، الباب ٣، الحديث ٦ .

الشرح:

وإنما الكلام فى المقيد الموجود فى البين الموجب لرفع اليد عن المطلقات المتقدمه، فىقال: إن المقيد هى المقابله بين الحيوان وغيره فى معتبره على ابن اسباط عن أبى الحسن الرضا عليه السلام، قال: «سمعتة يقول: الخيار ثلاثه أيام للمشتري، وفى غير الحيوان إلى أن يفترقا» (١) ولو كان خيار الحيوان مجتمعاً مع خيار المجلس لزم التعبير بأن الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري، وفى كل البيوع إلى أن يفترقا.

ونظيرها صحيحه الفضيل، حيث سأل الإمام عليه السلام بقوله: «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري قلت: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢).

ولكن يمكن الجواب عن الاخير بأن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» مطلق يعم بيع الحيوان وغيره والسؤال عن الخيار فى بيع غير الحيوان لا يكون مقيداً للإطلاق الوارد فى الجواب.

وبتعبير آخر: كون «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» يثبت لكل بيع كان المبيع فيه حيواناً أو غيره، بخلاف «ثلاثه أيام» فانه حكم لخصوص شراء الحيوان وعدم عطف «ما لم يفترقا» على «ثلاثه أيام» باعتبار عدم كون الخيار إلى الافتراق حكماً لبيع الحيوان وشرائه.

واما معتبره على ابن اسباط، فقوله عليه السلام: «وفى غير الحيوان أن يفترقا» بعد قوله: «الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري» ناظراً إلى فرض الغالب وهو أن المفيد

ص: ٤١٩

١- (١) المصدر: ٦، الباب ١، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ٣.

وهذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدلّ عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، بل أصاله عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثه من البائع مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري. ويردّ الأصل بظاهر الدليل، مع أنّه بالتقرير الثاني، مثبت. وأدله «التلف من البائع» محمول على الغالب من كونه بعد المجلس. ويردّ التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدّد. وإن اتّحدا فكذلك، إمّا لأنّ الأسباب معرّفات، وإمّا لأنّها علل ومؤثرات يتوقّف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنه الآخر أو سبقه، فهي علل تامّه إلا من هذه الجهه، وهو المراد ممّا في التذكرة في الجواب عن أنّ الخيارين مثلان فلا يجتمعان: من أنّ الخيار واحد والجهه متعدّده.

ثم إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرّد الصيغه كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك، عبّر بذلك للغلبه؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت الشرح:

لمشتري الحيوان بحسب الغالب خيار الحيوان، حيث إن معه لا يحتاج إلى اعمال خيار المجلس فالتقييد باعتبار عدم الفائدة في خيار المجلس لمشتري الحيوان غالباً فلا يوجب رفع اليد عن المطلقات المتقدمه.

وهكذا الكلام في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١) مع انه قد تقدم الإشكال في الأخذ بظهور هذه الصحيحه، والله سبحانه هو العالم.

ص: ٤٢٠

دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام

الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً، كان مبدؤه بعد القبض. وتمثله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدّم التردّد في ذلك. ثم إنّ ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض يدلّ على أنّه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بدّ له من أثر. وقد تقدّم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين [١] في الثلاثة أيام، لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليالي الثلاث عند التلفيق مع الانكسار. ولو عقد في الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، ويحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليله العقد. لكن فيه: أنّه يصدق حينئذٍ الأقلّ من ثلاثة أيام، والإطلاق على المقدار المساوي للنهار ولو من الليل خلاف الظاهر.

الشرح:

[١] لا- ينبغى الريب في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام لا لأن الليلتين داخلتان في معنى اليومين، فان اليوم يقابل الليل وظاهره بياض النهار، بل دخول الليلتين باعتبار كون المستفاد من الروايات ثبوت خيار واحد مستمر من حين تمام الشراء إلى انقضاء ثلاثة أيام.

نعم مقتضى الظهور العرفي لثلاثة أيام يعم كونها بنحو التلفيق بمعنى أنه لو وقع البيع عند زوال الشمس من اليوم الأول فينتهي الخيار عند الزوال من اليوم الرابع وتدخل الليالي الثلاث في ثلاثة أيام لدلاله قرينه استمرار الخيار الواحد على ذلك لا لدخول الليالي في المستعمل فيه للأيام.

وهذا يجرى في كل مورد يحدد فيه موضوع الحكم أو متعلقه أو نفس الحكم بالأيام فيكون ظاهر الخطاب اليوم مقابل الليل، وأنّ الايام لوحظت بنحو الاتصال وأنها تعم

قيل: والمراد بالأَيَّام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصاله، فتدخل الثالثه، وإلا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد، انتهى.

فإن أراد الليله السابقه على الأَيَّام فهو حسن، إلاَّ -أنه لا- يعلَّل بما ذكر. وإن أراد الليله الأَخيره فلا- يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد، إذ لا- نقول باستعمال اليومين الأوَّلين فى اليوم والليله واستعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار، بل نقول: إنَّ اليوم مستعمل فى خصوص النهار أو مقداره من نهارين، لا فى مجموع النهار والليل أو مقدارهما، ولا فى مقدار النهار ولو ملَّفَقاً من الليل. والمراد من «الثلاثة أَيَّام» هى بليالها أى لياالى مجموعها، لا كلَّ واحد منها، فالليالى لم تُرد من نفس اللفظ، وإنما أُريدت من جهه الإجماع وظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر إلى أن يمضى ستّ و ثلاثون ساعه من النهار.

الشرح:

بنحو التلفيق من بياض النهار من يومين.

نعم، ربما لا يكون فهم عرفى بالإضافه إلى كفايه التلفيق كما إذا كان متعلق الحكم أو التكليف من العباده كالاكتكاف المحدد بثلاثه أيام، فإن فى مثله لا بد من رعايه اليوم التام.

ومما ذكر يظهر أن التلفيق من بياض النهار فى موارد مساعده الفهم العرفى لا- باس به، وأما التلفيق من الليل بمقدار اليوم فلا يكفى لعدم صدق اليوم على الليل.

وقد يقال: بثبوت الخيار بثلاثه أيام مع لياالها لأن دخول الليلتين فقط يوجب اختلاف مفردات الجمع فى الاستعمال.

والجواب: أنه إن أُريد دخول الليله الأُولى فيما إذا وقع البيع فى الليل فهو حسن، ولكن لا- للوجه الذى ذكره، بل لأن ذلك مقتضى كون مبدأ خيار الحيوان تمام البيع، وإن أُريد الليله الأَخيره فيما إذا وقع البيع أول اليوم ليكمل ثلاثه أيام وثلاث لياال فهو غير

ص: ٤٢٢

فى مسقطات خيار الحيوان

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إشراف سقوطه فى العقد [١]. ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة، ولا بأس به.

الشرح:

صحيح ولا يلزم من خروجها اختلاف المفردات فى المستعمل فيه للفظ يوم، فانه بياض النهار ودخول الليلتين المتوسطتين باعتبار دلالة الدال الآخر، وهو ثبوت الخيار من حين تمام العقد مستمراً إلى ثلاثة أيام.

وفى صحيحه على بن رئاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ قال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (١)، فإن ظاهرها عدم لزوم العقد قبل مضي ثلاثة أيام لا أن العقد فى الليالى محكوم بالزوم، وفى النهار من تلك الليالى بالجواز كما لا يخفى.

[١] يسقط خيار الحيوان بأمر:

منها: إشراف سقوطه فى العقد حيث تقدم فى بحث خيار المجلس أن الخيار من الحقوق وأن إشراف سقوطه فى العقد يكون إسقاطاً قولياً، ولذلك لا فرق بين إشراف سقوطه رأساً أو سقوطه فى بعض الأيام مع تعدد الخيار فيها، وإلا ففى نفوذه إشكال، حيث إن الخيار الثابت لصاحب الحيوان أو مشتريه واحد لا تعدد فيه حتى بالإضافة إلى الأيام.

ومنها: إسقاطه بعد العقد قولاً وقد تقدم أيضاً أن ذلك مقتضى كون الخيار حقاً.

ومنها: التصرف فان كون التصرف فى الحيوان المشتري مسقطاً للخيار فى

ص: ٤٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

الشرح:

الجملة مما لا خلاف فيه، ويشهد له صحيحه على بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

وصحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى»^(٢).

وفي صحيحه على بن رئاب المرويه في قرب الإسناد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى إلى أن قال قلت له: أرايت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع»^(٣).

واستدل في التذكرة^(٤) على كون التصرف مسقطاً للخيار بأنه دليل الرضا أي كاشف عنه والمراد بالرضا: الرضا بلزوم العقد^(٥) وسقوط خياره، وذكر في موضع

ص: ٤٢٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- ٢- (٢) المصدر: الحديث ٢.
- ٣- (٣) المصدر: الحديث ٣.
- ٤- (٤) التذكرة ١: ٥١٩.
- ٥- (٥) التذكرة ١: ٩٢٨.

الشرح:

آخر نظير ما فى الغنيه(١) بأن التصرف إجازة للبيع المزبور(٢).

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد من الحدث المسقط التصرف المحرم على غير المالك والمحلل له أو المأذون منه، كما يشير إلى كونه محرماً إلى غير المالك قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء»، أى قبل كونه مالكا، فلازمه الإلتزام بسقوط الخيار بمطلق استخدام المملوك والتصرف فى الحيوان، لأن مطلق التصرف فيه غير جائز على غير المالك وعلى غير المأذون من قبله، وقد صرح بسقوط خيار العيب بمطلق التصرف فى المعيب فلا يجوز معه ردّه على بايعه سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده.

وعلى ذلك يكون جعل الخيار ثلاثه أيام للمشتري مع كون مطلق التصرف مسقطاً كاللغو فإن الحكمه فى جعل الخيار على ما ذكره الاطلاع على خفايا الحيوان التى توجب كراهه المشتري وإعراضه عن الإمساك به، ولو كان مطلق التصرف فى الحيوان مسقطاً للخيار لما كان لهذه الحكمه مورد.

والإلتزام بأن مطلق التصرف لا يكون مسقطاً بل المسقط التصرف الدال على الرضا ببقاء العقد، لا يمكن المساعده عليه، فإنه لا يناسب الأمثله التى ذكروها لكون التصرف مسقطاً.

ودعوى أن تلك التصرفات كلها من قبيل الإسقاط الفعلى أى من قبيل الدال على الرضا ببقاء العقد ولو بظهور نوعى كما ترى.

ص: ٤٢٥

١- (١) الغنيه: ٢١٩ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٣٨ .

الشرح:

أقول: كون التصرف فى خيار العيب مسقطاً له بحيث لا- يجوز فسخ البيع بعده بل يتعين جواز أخذ الأرش غير مسأله كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا بد من ملاحظه الروايات فى كل من المسألتين ولو تم دالتها على كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا- بأس بالالتزام به، غايه الأمر لا يكون التصرف الذى يتعارف اختبار الحيوان به مسقطاً لانصراف الروايات وعدم ظهورها، خصوصاً بملاحظه أن المتفاهم من جعل الخيار للمشتري ثلاثة أيام لحاظ خصوصياته فى تلك المده.

ولا- ينافى ذلك جعل الشارع بعض الأفعال حدثاً ورضاءً بالبيع تعبداً كما يأتى ذلك فى النظر إلى ما يحرم من الأمه أو تقبيلها ولمسها.

وعلى ذلك فالمراد بالرضا بالبيع الالتزام بعدم فسخه، فإن الرضا بأصل البيع مفروض قبل التصرف، ويدل على ذلك روايه عبدالله بن الحسن، ولكن باعتبار ضعف سندها تصلح للتأييد، ورواها عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان»^(١).

والحاجه إلى الاستحلاف مع عدم كون بايعه مدعياً، فإن الدعوى لا تسمع إلا مع الجزم مبنى على سماع الدعوى بنحو التهمه أو يحمل على صوره جزم البائع بإسقاط خياره بالالتزام بالبيع المزبور.

وذكر قدس سره : أن قوله عليه السلام : «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضئ منه ولا شرط له»، يحتمل وجوهاً:

ص: ٤٢٦

الشرح:

الأول: أن يكون فذلك رضاءً منه جزاءً للشرط بأن يكون إحداث الحدث في الحيوان رضاءً بالبيع والتزاماً به بحيث لا يفسخ بعد ذلك، وحيث إن الحدث لا يكون إسقاطاً للخيار والتزاماً بالبيع مطلقاً بنحو الإسقاط الإنشائي فيكون الرضا والإسقاط بنحو التعبد والحكم الشرعى.

والوجه الثانى: ان الجزاء قوله عليه السلام «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاء منه» تمهيد للجزاء المزبور ببيان الحكمه له بمعنى أن الحدث فى الحيوان لدلالته غالباً على التزام المشتري بشرائه وعدم رفع يده عنه فاعتبره الشارع ملاكاً فى حكمه بسقوط الخيار بالحدث مطلقاً، نظير ما تقدم فى سقوط خيار المجلس بالافتراق من أن حصول الافتراق غالباً بداعى الرضا والالتزام بالبيع صار موجباً لاعتبار الشارع الافتراق فى جميع موارد مسقطاً.

وأورد على هذين الاحتمالين أن لازمهما الالتزام بسقوط خيار الحيوان بكل تصرف حتى فيما إذا وقع التصرف لاختبار الحيوان والاطلاع على خفاياه، ومع الالتزام بذلك يكون ثبوت خيار الحيوان للمشتري كاللغو.

أضف إلى ذلك مخالفته لما عليه إجماع الأصحاب من اعتبار دلالة التصرف على الرضا فى سقوط الخيار. نعم كون تلك الدلالة بنحو دلالة الألفاظ ظهوراً نوعياً، أو يعتبر الظهور فى كل مورد يأتى فى الوجهين الأخيرين.

أقول: كون الجزاء للشرط قوله «ولا شرط له» غير محتمل، لأن الواو العاطفه لا تدخل على الجزاء ويتعين كون الجزاء نفس قوله «فذلك رضاءً منه».

ومن الظاهر أن الحدث فى الحيوان لا يكون فى جميع موارد رضاءً بالبيع بالرضا الإنشائي من ذى الخيار فيكون كذلك بنحو التعبد والحكم الشرعى نظير ما

الشرح:

تقدم في كون الافتراق رضاءً بالبيع.

ولا- بعد أيضاً في الالتزام بأن الحدث في الحيوان أى التصرف المغير كأخذ الحافر مسقط للخيار، فانه لا يدخل في الحدث التصرف غير المغير كركوب الحيوان، فان تلك التصرفات إذا كان بداعى الالتزام بالبيع وإظهار إبقائه فتدخل في الإسقاط الفعلى والآ- فلا- يسقط الخيار بها مثل أمر الأمه بغلق الباب أو سقيه ماءً خصوصاً فيما إذا وقعت بغرض الاختبار والإطلاع على خفايا الحيوان وخصوصيات الأمه.

ويلتزم بأن مثل لمس الأمه وتقبيلها والنظر إلى ما يحرم قبل شرائها مسقط للخيار، وأن ما ذكر من قبيل الحدث ولو بنحو التعبد والتنزيل.

الوجه الثالث: أن يكون الجزاء قوله عليه السلام «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاءً منه» بياناً لعله الجزاء، والمراد بالرضا الدلاله عليه نوعاً، نظير دلالة الألفاظ على كون مراد المتكلم معانيها الحقيقيه، وحيث إن الحكم يدور مدار العله فيكون سقوط الخيار بالتصرف دائراً مدار دلالة التصرف، فيكون الخيار ساقطاً فيما للفعل ظهور نوعى على إلتزام المشتري بالبيع، ولو لم يكن ذلك من قبيل التصرف في الحيوان كما في عرض الحيوان للمشتري للبيع. وظاهر الأصحاب أيضاً أن التصرف مسقط للخيار بهذا الوجه، فإنهم ذكروا أن كل تصرف يكون إجازة من المشتري، يكون فسحاً فيما إذا وقع من البائع، ولو كان التصرف مطلقاً مسقطاً تعدياً لما كان وجه للتعدى إلى تصرف البائع.

وما يذكر(1) من كون التصرف مطلقاً مسقطاً للخيار لأن الأصحاب ذكروه في

الشرح:

مقابل الإجازة وإسقاط الخيار غير صحيح.

والوجه الرابع: هو أن يكون قوله عليه السلام: «ولا شرط له» هو الجزاء وقوله «فذلك رضاءً منه» بيان العله له، ولكن المراد بالرضا الرضا الشخصى لا النوعى، بأن يكون للتصرف المزبور دلالة فعليته على رضا المتصرف على التزامه بالبيع وإسقاطه الخيار كما يؤيد ذلك ظاهر روايه عبدالله بن الحسن المتقدمه.

وكون التصرف مسقطاً للخيار كذلك، وأن كان أظهر الاحتمالات، ولكن اعتبار الدلالة بهذا النحو خلاف المتسالم عليه بين الأصحاب فيتعين الثالث.

أقول: قد تقدم أن الحدث فى الحيوان مسقط، ولكن التصرف الذى لا يدخل فى الحدث انما يسقط الخيار به اذا كان ظاهراً فى الالتزام بالبيع والإغماض عن حق فسخه، وتقدم ان بعض التصرفات انما حكم بكونها حدثاً بنحو التعبد والتنزيل نظير لمس الجارية وتقبيلها والنظر إلى ما كان النظر إليه محرماً قبل شرائها، والله سبحانه هو العالم.

ثم إن المصنف رحمه الله قد ذكر فى المقام إشكالين:

أحدهما: ظهور بعض الكلمات فى كون مطلق التصرف فى الحيوان مسقطاً للخيار حتى مثل ركوب الدابة فى طريق ردها على بايعها مع أن ظاهر النصوص والفتاوى أنّ كون التصرف مسقطاً انما هو لدلالته على الالتزام بالبيع وإرادته عدم فسخه.

وثانيهما: أنه إذا كان غالب التصرفات فى الحيوان فى ثلاثه أيام يقع مع التردد فى فسخ البيع أو مع الجزم بالفسخ. كما فى ركوب الدابة فى طريق الرد، فكيف يعلل كون التصرف مسقطاً بكونه رضاءً بالبيع، فانه لا يصح هذا التعليل إلا إذا كان غالب التصرفات دالاً على ذلك الرضا. ومما ذكر يظهر عدم كون التصرف مسقطاً، بل العبره

الشرح:

فى السقوط الرضا بالبيع كما فى روايه عبداللّه بن الحسن حيث لم يتعرّض فيها للتصرف فى ثلاثه أيام وعدمه مع وقوع بعض التصرف فيها عادةً؛ وإنما تعرّض لإسقاط الخيار بالرضا بالبيع وعدمه.

وأوضح منها صحيحه الحلبي فى رجل اشترى شاةً فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها، فقال: «إن كان فى تلك الثلاثه الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثه أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»^(١).

فإن شرب لبنها مع توقفه على التصرف فى الحيوان بالحلب لم يحكم بكونه مسقطاً للخيار، والظاهر أن الرد فرض قبل تمام الثلاثه، والحكم برد ثلاثه أمداد، وإن كان على خلاف القاعده، وظاهر بعض الروايات الداله على أن المنافع مدّه الخيار للمشتري، ولذا يحمل على الاستحباب، إلا أن صدرها ظاهره فى عدم كون التصرف مسقطاً للخيار.

ومما يدلّ على كون المنافع زمان الخيار لمن انتقل إليه العين موثقه اسحاق بن عمار الآتية.

بقى فى المقام أمر: وهو أنّ هل يثبت فى بيع الحيوان مع غيره بصفقه واحده خيار الحيوان بالإضافة إلى بيعه ولو مع الالتزام بعدم ثبوت الخيار فى كلّ واحد من البيوع الانحلاليه؟

الظاهر ذلك، غايه الأمر على تقدير فسخ بيعه، يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه بالإضافة إلى بيع غيره.

والثاني: إسقاطه بعد العقد، وقد تقدّم الأمران.

والثالث: التصرف ولا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار. ويدلّ عليه قبل الإجماع النصوص:

ففي صحيحه ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام، فذلك رضياً منه ولا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء». وصحيحه الصفار: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابّة من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثه أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي ركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى». وفي ذيل الصحيحه المتقدمه عن قرب الإسناد: «قلت له: أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع». واستدلّ عليه في التذكرة بعد الإجماع: بأنّ التصرف دليل الرضا. وفي موضع آخر منها: أنّه دليل الرضا بلزوم العقد. وفي موضع آخر منها كما في الغنيه: أنّ التصرف إجازة.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلا الشرح:

والوجه في الظهور: أن عدم ثبوت الخيار في كل واحد من البيوع الانحلاليه، أنّما هو باعتبار أن ظاهر الأدله ثبوت خيار واحد لمشتري الحيوان، ولو ثبت ذلك الخيار في كل واحد من البيوع الانحلاليه ولو فيما إذا باع العشره بصفقه لتعدّد الخيار.

وهذا لا يجرى فيما إذا كان أحد العوضين حيواناً قد بيع منضمّاً إلى غيره بصفقه.

ومن هنا يظهر الحال فيما إذا باع حيوانين بصفقه واحده، وظهر واحد منهما ملك الغير فإنه يثبت الخيار بالإضافه إلى بيع المملوك.

برضاه كما يشير إليه قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب: من أنه لو استخدمه بشيءٍ خفيف، مثل «اسقني» أو «ناولني الثوب» أو «اغلق الباب»، سقط الردّ. ثم استضعف قول بعض الشافعيّين بعدم السقوط، معللاً بأنّ مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك: بأنّ المسقط مطلق التصرف. وقال أيضاً: لو كان له على الدابّة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الردّ، لأنّه استعمالٌ وانتفاعٌ، انتهى.

وقال في موضعٍ من التذكرة: عندنا أنّ الاستخدام بل كلّ تصرفٍ يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الردّ، انتهى.

وهو في غايه الإشكال، لعدم تبادل ما يعمّ ذلك من لفظ الحدث وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أنّ من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو، مع أنّهم ذكروا أنّ الحكمه في هذا الخيار الأطلاع على أمورٍ خفيّةٍ في الحيوان توجب زهاده المشتري، وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي وشبه ذلك؟

وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالتّه على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحه ابن رثاب، ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأنّ التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا- يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها.

ودعوى: أنّ جميعها ممّا يدلّ لو خلّى وطبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى! ثمّ إنّ قوله عليه السلام في الصحيحه: «فذلك رضيت منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابله كراهه ضده أعنى الفسخ، وإلا فالرضا بأصل الملك مستمرٌّ

من زمان العقد إلى حين الفسخ. يشهد لهذا المعنى روايه عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن محمد عليهما السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط إلى ثلاثه أيام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برى من الضمان». فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الروايه محموله على سماع دعوى التهمه أو على صورته حصول القطع للبائع بذلك. إذا عرفت هذا فقولته عليه السلام: «فذلك رضيت منه ولا شرط له» يحتمل وجوهاً:

أحدها: أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف بالتزام بالعقد وإن لم يكن التزاماً عرفياً.

الثاني: أن تكون توطئة للجواب، وهو قوله: «ولا شرط له» لكنه توطئة لحكمه الحكم وتمهيد لها لا علة حقيقية فيكون إشارة إلى أن الحكمه في سقوط الخيار بالتصرف دلالتها غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكمه في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالتها على الرضا. وعلى هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط، وإن علم عدم دلالتها على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب وملاحظه نوع التصرف لو خلى وطبعه، ويكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، وبعد ملاحظه وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علقته كما في قوله: «لا تأكل الرمان لأنه حامض» دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك، أى دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد وإن لم يدل في شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانيها مقيداً بعدم قرينه توجب صرفه عن

الدلالة، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتبهاً بعينٍ أخرى مملوكة له، ويدخل فيه كلّ ما يدلّ نوعاً على الرضا وإن لم يعد تصرفاً عرفاً، كالتعريض للبيع والإذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: أن تكون إخباراً عن الواقع ويكون العله هي نفس الرضا الفعلى الشخصى، ويكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العله، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقه هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار. ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار وإطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدّم من التذكرة: من أنّ مطلق التصرف لمصلحه نفسه مسقط، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانين بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع، إلا أنّهما بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم، فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، بل ظاهرها اعتبار الدلاله فى الجمله على الرضا، كما سيجىء ويؤيده حكم بعضهم بكفايه الدالّ على الرضا وإن لم يعدّ تصرفاً، كتقبيّل الجاريه للمشتري، على ما صرح به فى التحرير والدروس. فعلم أنّ العبره بالرضا، وإنّما اعتبر التصرف للدلاله، وورود النصّ أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة، مع أنّه ليس حدثاً عرفاً. ومما يؤيد عدم إرادته الأصحاب كون التصرف مسقطاً إلا من جهه دلالتة على الرضا، حكمهم بأنّ كلّ تصرف يكون إجازة من المشتري فى المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف مسقطاً تعديداً عندهم من جهه النصّ لم يكن وجهٌ للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً. وقد صرح فى التذكرة: بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول وبالفعل، وذكر التصرف مثلاً للفسخ والإجازة الفعليين. فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطاً لا للدلاله على الرضا: بأنّ الأصحاب يعدّونه فى مقابل الإجازة. وأمّا المعنى الرابع: فهو وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به فى الدروس، ويؤيده ما تقدّم من روايه

عبدالله بن الحسن بن زيد، الحاكيه للنبويّ الدالّ كما في الدروس أيضاً على الاعتبار بنفس الرضا.

وظاهرُ بعض كلماتهم الآتية: إلا أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطه الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد، مع أنّ أظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة. فتعين إرادته المعنى الثالث، ومحصّيه: دلاله التصرف لو خُلّي وطبعه على الالتزام وإن لم يقد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية، وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه. قال في المقنعة: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلاّ أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتاع، انتهى. ومثّل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر من الأمه إلى ما يحرم لغير المالك.

وقال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمه وأصاب بها عيباً فله ردّها. وإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتاجها. ثمّ قال: ولا يسقط الردّ؛ لأنّه إنّما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الردّ بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى.

وفي الغنية: لو هلك المبيع في مدّه الخيار فهو من مال بائعه، إلاّ أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وقال الحلبي قدس سره في الكافي في خيار الحيوان: فإن هلك في مدّه الخيار فهو من مال البائع، إلاّ أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وفي السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدّة حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجره، بأن يركب الدابّه أو يستعمل الحمار أو يقبل

الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى. وقال في موضعٍ آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة.

وأما العلامة، فقد عرفت أنه استدلل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا بالزوم. وقال في موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضاً بها. ثم قال: ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا.

وفي التحرير في مسأله سقوط رد المعيب بالتصرف قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا.

وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر، وليس ببيع.

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصّه فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشترية ففي الحكم تردّد، ينشأ: من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف، ومن أنه غير قاصدٍ إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، والتصرف إنما عدّ مسقطاً لدلالته على الرضا بالزوم.

وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفاً. ثم قال: وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً؟ ليس ببيعٍ أن لا يعدّ. وكذا لو أراد ردها وحلبها لأخذ اللبن، على إشكالٍ ينشأ من أنه ملكه، فله استخلاصه، انتهى. وحكى عنه في موضع آخر أنه قال: والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك، لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى، انتهى.

ومراده من التملك: البقاء عليه والالتزام به، ويحتمل أن يراد به الاستعمال

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهره في المعنى الثالث، وحاصله: التصرف على وجه يدل عرفاً لو خُلّي وطبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلّت القرينه على وقوعه لا عن الالتزام. لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقاً: من أنّ أكثر أمثله التصرف المذكوره في النصوص والفتاوى ليست كذلك، بل هي واقعه غالباً مع الغفله أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطّلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير داله في نفسها عرفاً على الرضا.

ومنه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثه، فيكون مورد الخيار في غايه الندره بأنّ الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضا بالزوم، فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه: أنّ هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا، لأنّ المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضاً هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبه، فإذا فرض أنّ الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفله، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العله غير الموجوده إلا في قليل من أفراده مستهجناً.

وأما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من أنّ تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، وليس ذلك إلا من جهه صدوره لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برّد مثل الثمن، ففيه: ما سيجيء. ومما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعه لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعنى حمل الأخبار المتقدمه على صورته دلالة التصرفات المذكوره على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه

بمجرد التصرف، مثل روايه عبدالله بن الحسن المتقدمه التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى، ومثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاهاً فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثه أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثه أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ونحوه الآخر.

وما فيهما من ردّ ثلاثه أمداد لعلّه محمولٌ على الاستحباب، مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الروايه، فتأمل.

وقد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاهاً غير مصرّاهٍ وحلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: وقيل: ليس له ردها، لأنّه تصرفٌ بالحلب.

وبالجملة، فالجمع بين النصّ والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، وبين ما تقدّم من التصرفات المذكوره في كثيرٍ من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحدٍ من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الردّ، أو التردد فيه وفي التصرف للإستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غايه الإشكال، والله العالم بحقيقه الحال.

بين الرهن ... ٢٧

اعتبار التمکن من تسليم المبيع ... ٤٨

اعتبار العلم بمقدار الثمن ... ٨٥

اعتبار العلم بمقدار المثلثن ... ٨٩

الحکم فی بيع المعدود ... ٩٨

التقدير بغير ما يتعارف التقدير به ... ٩٩

كفايه الكيل أو الوزن في المعدود إذا كان طريقاً إليه ... ١٠٥

تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ... ١٠٦

إخبار البائع بمقدار المبيع ... ١١٨

بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء ... ١٢٣

القسمه وأنها ليست بيعاً ... ١٢٤

بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء ... ١٢٨

بيع الفرد المنتشر ... ١٣٥

بيع الكلّی فی المعین ... ١٣٨

تلف بعض الجملة ... ١٤٦

اقسام بيع الصبره ... ١٥٢

بيع العين بالرؤيه السابقه ... ١٥٥

الاختلاف فى تغير العين المرئيه سابقاً ... ١٥٩

الاختلاف فى تقدم التغير ... ١٧١

الاختلاف فى تقدم التلف على البيع وتأخره عنه ... ١٧٢

بيع المجهول مع الضميمه ... ١٨٤

فيما كان المجهول تابعاً ... ١٩٧

الانذار للظروف ... ٢٠٧

بيع المظروف مع ظرفه ... ٢٢٣

دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفه ... ٢٣٨

الاحتكار ... ٢٤٧

القول فى الخيار وأقسامه وأحكامه، وفيه مقدمتان: ... ٢٤٨

الأولى: الخيار لغه واصطلاحاً ... ٢٤٨

الفرق بين الخيار والاختيار ... ٢٧٠

فى معنى الخيار فى المعاملات ... ٢٧٥

توجيه ما ذكر فى تعريف الخيار ... ٢٧٨

الخيار هو التمکن على فسخ النافذ بنحو الحق ... ٢٨١

الثانيه: الأصل فى البيع اللزوم ... ٢٨٢

المعاني المحتملہ فى الأصل ... ٢٨٢

ما ذكره العلامه فى اصاله اللزوم ... ٢٨٧

توجيه ما ذكره العلامة ... ٢٨٩

رجوع إلى معانى الأصل ... ٢٩٠

التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك فى لزوم العقد ... ٢٩١

الاستدلال بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ... ١٩١

الاستدلال بآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وآيه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ... ٢٩٦

الاستدلال بآيات الثلاث ... ٢٩٧

الاستدلال بآيه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» ... ٢٩٨

الاستدلال بروايه «لا يحل مال امرئ مسلم» ... ٣٠٠

الاستدلال بروايه «الناس مسلطون على أموالهم» ... ٣٠٠

التمسك على لزوم العقد بما دل على لزوم الشرط ... ٣٠٢

مقتضى الاستصحاب أيضاً للزوم ... ٣٠٤

تقريب اصاله الجواز وما ذكر فى الجواب ... ٣٠٥

ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه ... ٣٠٧

دوران العقد بين اللازم والجائز ... ٣٠٨

فى أقسام الخيار:

الأول: فى خيار المجلس ... ٣١٥

المراد ب «المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار ... ٣١٥

فى خيار المجلس وثبوته للوكيل ... ٣١٦

عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى إجراء العقد ... ٣١٩

ثبوت خيار المجلس للموكل ... ٣٢٢

ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي ... ٣٢٤

ما هو المراد من التصرف في حاله ثبوت الخيار للموكليين ... ٣٢٧

عدم جواز التفويض إلى الغير ... ٣٣٠

عدم ثبوت الخيار للفضوليين ... ٣٣٢

ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً ... ٣٣٣

هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟ ... ٣٣٤

هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟ ... ٣٤١

اختصاص خيار المجلس بالبيع ... ٣٤٢

في مبدأ خيار المجلس ... ٣٤٥

مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم ... ٣٤٧

في مسقطات خيار المجلس:

المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد ... ٣٥٠

المناقشه في شرط سقوط الخيار في عقد البيع ... ٣٥٥

صور اشتراط سقوط خيار المجلس ... ٣٥٩

اشتراط إسقاط الخيار ... ٣٦٣

اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد ... ٣٦٧

إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه ... ٣٧٢

المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد ... ٣٧٣

لو قال أحدهما: اختر، فاختر الآخر الفسخ انفسخ ... ٣٧٤

المسقط الثالث: افتراق المتبايعين ... ٣٧٨

بماذا يحصل الافتراق من المتبايعين ... ٣٨١

لا اعتبار بالافتراق عن إكراه ... ٣٨٣

الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا ... ٣٨٥

في افتراق المكره والمختار ... ٣٩٠

لو زال الإكراه ... ٣٩٩

الثانى: خيار الحيوان

خيار الحيوان وعمومه لكلّ ذى حياه ... ٤٠٢

هل يختصّ هذا الخيار بالبيع المعين أو يعمّ الكلى أيضاً؟ ... ٤٠٤

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ... ٤٠٧

عن السيد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً ... ٤٠٩

القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنياً ... ٤١١

عدم الفرق بين الأمه وغيرها فى مده الخيار ... ٤١٤

مبدأ خيار الحيوان تمام العقد ... ٤١٥

دخول الليلتين المتوسّطتين فى الثلاثه أيام ... ٤٢١

فى مسقطات خيار الحيوان ... ٤٢٣

ص: ٤٤٣

المجلد ٦

كتاب الخيارات

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

الجزء السادس

ص: ٤

خيار الشرط

[١]

الشرح:

[١] المراد بخيار الشرط الخيار الثابت باشتراطه في البيع، فيكون خياراً شرعياً إمضائياً في مقابل الخيار الشرعي التأسيسي، كخيارى المجلس والحيوان، ولا خلاف في صحة اشتراط الخيار في البيع، سواء كان متصلاً بتمام العقد أو منفصلاً عنه.

ويستدل على مشروعيتها بالأخبار العامه كقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله»^(١)، والمراد، من موافقه كتاب الله بقريته المقابله عدم مخالفه كتاب الله.

ولكن قد نُوقِشَ^(٢) في هذا الاستدلال بأن شرط الخيار في البيع مخالف لكتاب الله حيث إنه يناهى عموم قوله سبحانه «أوفوا بالعقود»^(٣) بل مخالف للسنة أيضاً نظير قوله عليه السلام: «فإذا افترقا وجب البيع»^(٤) فيكون العمده في المقام الروايات الخاصه الداله على جواز اشتراط الخيار في بعض أفراد المسأله.

ص: ٥

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) انظر المستند ١ : ٣٨٤ .
 - ٣- (٣) سوره المائده: الآيه ١ .
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

الشرح:

وأجاب النائيني رحمه الله (١) عن إشكال منافاه شرط الخيار للكتاب والسنة: بأن وجوب الوفاء بالبيع ونحوه من المعاوضات حقي لا حكمي، وإذا كان الجواز أو اللزوم في المعاملة حقياً فلا ينافي شرط سقوطه بعضاً أو كلاً للكتاب الدال على ذلك الحق أو السنة الداله عليه، والكاشف عن كون لزوم البيع حقياً لا حكمياً دخول الإقالة فيه، فإن مثل النكاح أو الضمان لا تقبل الإقالة، والبيع والإجاره تقبلها.

والسرّ في قبول الأخيرين دون الأولين، أن كون البيع أو الإجاره عقداً باعتبار الدلاله الالتزاميه فيهما، فإنه كما ينشأ المتعاقدان المبادله بين المالين بالمطابقه، كذلك يلتزم كل منهما لصاحبه بتلك المبادله بحيث يكون زمام التزام كل منهما بيد صاحبه، وإذا كان إمضاء الشارع المعامله كما انشأت يصح لكل منهما فسخ تلك المعامله باتفاق صاحبه وموافقته، ولا ينافي ذلك وجوب الوفاء بالعقد فيما إذا كان كونه عقداً والتزاماً للآخر باعتبار المدلول الإلزامي كما هو الفرض.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّ لزوم البيع والإجاره وإن كان حقياً يسقط باشتراط سقوطه، إلا أنّ مجرد مشروعيه الإقالة لا يكشف عن ذلك؛ فإنّ الإقالة عباره عن فسخ المعامله باتفاق الطرفين، وكما أنّ للشارع جعل الخيار لأحد المتعاقدين تأسيساً كما في خيار الحيوان، ولكل من المتعاقدين مستقلاً، كما في خيار المجلس، كذلك تجوز الفسخ لهما معاً، كما هو معنى تجويز الإقالة في المعامله، وكما أنّ القسم الأول أو الثاني من الخيار لا يدل على كون اللزوم حقياً، وإلا لم يثبت هذا الخيار في النكاح كذلك القسم الثاني، ومن هنا لا يتيسر لنا الالتزام بمشروعيه الإقالة في كل معاملة ماليه.

ص: ٦

الشرح:

نعم، كما ذكرنا اللزوم في البيع سواء كان بنحو المعاطاه أو غيرها حقي، والدليل عليه الروايات الخاصه كالوارده في بيع شرط الخيار حيث لا يحتمل الفرق بينه وبين اشتراط الخيار في المقام.

نعم، يمكن دعوى أنّ فسخ المشروط له مع اشتراط الخيار داخل في الإقالة، حيث إنّ اشتراط الخيار عباره أخرى عن اشتراط مأذونه المشروط له في فسخ البيع عن قبل صاحبه.

وقد أجاب عن الإشكال بعض الأجله (دامت أيامه) بأنه إن كان الشرط في العقد من توابع العقد ومتمّماته، فلا يكون شرط الخيار منافياً لا لعنوان العقد ولا لحكمه.

أمّا عدم منافاته لعنوان العقد فواضح، لأن العنوان لا يسلب عن موضوعه ومنطقه، اما عدم منافاته لحكم العقد فلانّ سلب الحكم عن موضوعه أمر غير معقول، ولا يمكن تعلق القصد إليه من الملتفت، والاشترط في المقام لا يتعلق بسلب وجوب الوفاء بالعقد عن العقد، بل وجوب الوفاء بالعقد المشروط فيه الخيار مقتضاه ثبوت الخيار.

وان كان كل من الشرط والعقد مستقلاً في وجوب الوفاء به فلا يتعلق بالعقد المشروط فيه الخيار وجوب الوفاء قبل تعلق وجوب الوفاء بالشرط ليكون الشرط منافياً لحكم العقد، بل يتعلق وجوب الوفاء بكل من العقد والشرط في عرض واحد، فالشرط يمنع عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد الخاص.

ودفع الشرط عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد غير مخالف للكتاب

أعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، ولا خلاف فى صحه هذا الشرط، ولا فى أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا، ونقل الإجماع عليه مستفيضٌ. والأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامه المسوّغه لاشتراط كلّ شرطٍ إلا ما استثنى، والأخبار الخاصه الوارده فى بعض أفراد المسأله.

الشرح:

المجيد، بل يمكن دعوى انصراف وجوب الوفاء بالعقد عن صوره اشتراط الخيار.

أقول: يعتبر فى صحه الاشتراط فى المعاملات أن لا يكون الشرط بمعنى المشروط منافياً للكتاب المجيد والسنه أى منافياً للحكم الثابت فىهما على ذلك المشروط أو على العقد الذى وقع الشرط بمعنى الالتزام فى ضمنه، سواء قيل بأن وجوب الوفاء بهذا الالتزام مستفاد من وجوب الوفاء بالعقد، أم أنه حكم مستقل مستفاد مما ورد فى وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض فى المقام أن اشتراط الخيار ينافى اللزوم الثابت فى الكتاب المجيد على جميع العقود التى يدخل فيها البيع المفروض.

وبتعبير آخر: اشتراط الخيار فى المقام نظير أن يشترط فى البيع أن لا يدخل المبيع فى ملك المشتري إلى سته أيام، بأن يبيع المال بثمان كذا على أن لا يدخل المبيع فى ملك المشتري إلى المده، فانه كما يحكم ببطلان الشرط المزبور باعتبار كونه منافياً لقوله سبحانه «أحلّ الله البيع» (١) كذلك الحال فى اشتراط الخيار بالإضافه إلى عموم «أوفوا بالعقود» (٢).

هذا مع الغمض عما ذكرنا من كون لزوم البيع من حين تمامه حقياً لا ينافى ذلك اشتراط الخيار.

ص: ٨

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره: «إنّ المسلمين عند شروطهم». وزيد فى صحيحه ابن سنان: «إلا كلّ شرطٍ خالف كتاب الله فلا يجوز». وفى موثقه إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حرّماً حلالاً أو حلّلاً حراماً».

نعم، فى صحيحه أُخرى لابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذى اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله». لكن المراد منه بقريته المقابله عدم المخالفه، للإجماع على عدم اعتبار موافقه الشرط لظاهر الكتاب. وتام الكلام فى معنى هذه الأخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد ان شاء الله تعالى. والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط فى العقد، وهى تظهر برسم مسائل:

مسأله: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً [١] عنه، لعموم أدلّه الشرط. قال فى التذكرة: «لو شرط خيار العقد صحّ عندنا، خلافاً للشافعى».

الشرح:

[١] لا فرق بين شرط الخيار فى البيع بين كونه متصلاً بتمام البيع أو منفصلاً عنه، لعموم أدله الشروط بعد فرض أنّ شرط الخيار لا ينافى الكتاب والسنة لكون لزوم البيع من الحقوق، أو استفادته مشروعيتها مما ورد فى بيع الخيار، بل يأتى أن ردّ الثمن فى بيع الخيار شرط لحصول الخيار فيكون الخيار المشروط منفصلاً عن تمام البيع.

مع ما تقدّم من أنّ الفسخ بشرط الخيار داخل فى الإقالة التى لا فرق فى حصولها بعد العقد بلا فاصله أو معها.

ومما ذكر يظهر ضعف ما يقال من عدم مشروعيه صيروره العقد جائزاً بعد لزومه، ووجه الضعف بعد النقض بخيار التأخير والرؤية ما تقدّم من الدليل على مشروعيه شرط الخيار.

والمشهور على اعتبار تعيين المدّة فى الخيار المشترط فمع جهاله تلك المده

واستدل له في موضع آخر بلزوم صيروره العقد جائزاً بعد اللزوم. ورُدَّ بعدم المانع من ذلك، مع أنه كما في التذكرة منتقضٌ بخيار التأخير وخيار الرؤية. نعم، يشترط تعيين المدّة، فلو تراضيا على مدّة مجهولة كقدوم الحاجّ بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً، لصيروره معامله بذلك غرريّه. ولا عبره بمسامحه العرف في بعض المقامات وإقدام العقلاء عليه أحياناً، فإنّ الاستفادة من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك، إذ كثيراً ما يتفق التشاّخ في مثل الساعه والساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم واليومين.

الشرح:

يبطل البيع.

ويستدل على ذلك بأنّ البيع مع اشتراط الخيار بلا تعيين مدّته غرر فيعمّه النهى عن بيع الغرر، لأن الغرر الجهاله التي يتحرز عنها العقلاء غالباً في معاملاتهم المبنيه على المغابنه والمداقه، ولا عبره بتسامحهم في الجهاله في معامله مبنيه على المداقه في غالب مواردّها بحيث يتحرّزون فيها من تلك الجهاله غالباً بخلاف ما إذا تسامحوا بتلك الجهاله غالباً كما في تفاوت المكاييل، فان ذلك التسامح يعتبر مع عدم منع الشرع عن ذلك التسامح أيضاً.

ويشهد لاعتبار التعيين في الشرط ما ورد في اشتراط تأخير المثمن كما في بيع السلم، وأنّه لا بد من تعيين المدّة فيه بالشهور والأيام ولا يصح التعيين بالدياس والحصاد مع تعارف التعيين بهما عند الجاهلين بالشرع.

وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى حصاد» (١).

ص: ١٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٨٩ ، الباب ٣ من أبواب السلم، الحديث ٥ .

وبالجملة، فالغرر لا ينتفى بمسامحه الناس في غير زمان الحاجة إلى المداقّه، وإلا لم يكن بيع الجزاف وما تعدّر تسليمه والتمن المحتمل للتفاوت القليل وغير ذلك من الجهالات غرراً، لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداقّه في أكثر الجهالات. ولعلّ هذا مراد بعض الأساطين من قوله: «إنّ دائره الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف، وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف». الشرح:

والظاهر عدم الفرق بين اشتراط المده المجهوله في السلم وبين اشتراط الخيار في المده المجهوله في كون البيع معهما غرراً.

وقد يعلّل بطلان شرط الخيار في المده المجهوله بأنه مخالف للكتاب والسنة لأنه غرر.

ولا يخفى ما فيه فإنه قد يكون الشرط في المعامله محكوماً بالفساد لفقد ما يعتبر في الشرط، وفي هذا الفرض يفسد الشرط، ولو قيل بأن الشرط الفاسد مفسد، فتتبع المعامله شرطها في الفساد.

وقد يكون الشرط في المعامله موجباً لدخول المعامله في العناوين التي حكم الشرع بفساد تلك المعاملات، ولا يحتاج في هذا القسم إلى إثبات فساد الشرط، بل يحتاج إلى إثبات أنّ المعامله داخله في تلك العناوين، كما في بيع المكيل مع اشتراط عدم الكيل أو بيع شيء مع اشتراط تأخير الثمن إلى مده مجهوله، فإن في هذا القسم يفسد المعامله، فيلغو الشرط المزبور لأن الشرط هو الالتزام في ضمن معامله، فيصير الشرط التزاماً ابتدائياً، حتى فيما كان الشرط في المعامله الفاسده واجداً للشروط المعتره في نفس الشرط، كما إذا باع الكتاب بثمان مجهول مع اشتراط أن يخيظ المشتري له ثوبه الفلاني.

والأمر في المقام كذلك، فإن اشتراط الخيار في مده مجهوله يوجب الغرر في

نعم الجهالة التي لا- يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاّح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعدّ غرراً، كتفاوت المكاييل والموازين. ويشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالّة على اعتبار كون السّلم إلى أجل معلوم، وخصوص موثّقه غياث: «لا بأس بالسّلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد» مع أنّ التأجيل إلى الدياس والحصاد وشبههما فوق حدّ الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع. وربما يستدلّ على ذلك بأنّ اشتراط المدّة المجهولة مخالفٌ للكتاب والسّنّه، لأنّه غررٌ.

الشرح:

نفس البيع فيفسد البيع هذا لو أريد من قوله «لأنه غرر» لأن البيع غرر.

ولو أريد أن الشرط غرر بدعوى أن الغرر في كل أمر إنشائي ولو كان شرطاً يفسده، وإذا فسد الشرط يتبعه البيع الذي وقع الشرط المزبور في ضمنه فيكون الاستدلال على بطلان البيع ببطلان شرطه، من قبيل الأكل من القفا، لما تقدّم من كون نفس البيع غرراً بجهاله شرطه.

لا- يقال: كيف يدخل البيع مع شرط الخيار في بيع الغرر مع أن الخيار حكم للبيع التام وجهاله مده الخيار لا يوجب غرر البيع، كما في جهاله مده المجلس في خيار المجلس.

فأنّه يقال: هذا في الخيار الشرعي التأسيسي، وأما خيار الشرط فهو ليس حكماً للبيع الصحيح لأنه خيار جعلي، ومن قبيل الشرط في المعامله.

وبتعبير آخر: شرط الخيار فيما إذا أوجب الغرر في البيع يكون كسائر الشرائط التي يدخل البيع معها في عنوان بيع الغرر، فيكون البيع فاسداً حتى لو قيل بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

ولكن مع ذلك فيما كانت المدّة معلومه بعنوانها فقط، كما في شرط الخيار ما دامن حياه البائع، ففي كون مثل ذلك موجباً للغرر في البيع تأمل كما يأتي.

ص: ١٢

فى لزوم تعيين زمان الخيار المشترط

وفيه: أنّ كون البيع بواسطه الشرط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثانى يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم إلا أنّ يراد أنّ نفس الالتزام بخيارٍ فى مدّة مجهولهٍ غررٌ وإن لم يكن بيعاً، فيشملة دليل نفي الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة. لكن لا يخفى سرايه الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد فى فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسأله: لافرق فى بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهوله [١] كقدوم الحاج،

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله بعد البناء على اعتبار تعيين المده فى شرط الخيار إنه لا فرق فى بطلان البيع مع عدم تعيين مدته بين ذكر المده المجهوله، كما إذا قال: «بعتك على أن يكون لى الخيار الى قدوم الحاج» أو عدم ذكر المده أصلاً، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لى الخيار» أو ذكر المده بنحو الإطلاق، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لى الخيار مده».

والوجه فى عدم الفرق اندراج البيع فى الصور الثلاث فى بيع الغرر المحكوم بالبطلان كما مر.

والمحكى (١) عن المقنعه والانتصار والخلاف والجواهر والغنيه أنه مع عدم ذكر المده يكون البيع محكوماً بالصحه والخيار إلى ثلاثه أيام، ولعلهم يرون ذلك أيضاً فيما إذا ذكر مده الخيار مطلقه.

وفى الانتصار والغنيه والجواهر الاجماع على ذلك (٢).

ص: ١٣

١- (١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١ ، وراجع المقنعه : ٥٩٢ ، والانتصار : ٤٣٨ ، المسأله ٢٥٠ ، والخلاف ٣ :

٢٠ ، المسأله ٢٥ ، والجواهر: ٥٤ ، المسأله ١٩٤ ، والغنيه : ٢١٩ .

٢- (٢) حكاة أيضاً السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١ ، وراجع الانتصار : ٤٣٩ ، ذيل المسأله ٢٥٠ ، والغنيه: ٢١٩ ،

والجواهر: ٥٤ ؛ المسأله ١٩٤ .

وبين عدم ذكر المدّة أصلاً، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار»، وبين ذكر المدّة المطلقة، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة»، لاستواء الكلّ في الغرر. خلافاً للمحكّي عن المقنعه والانتصار والخلاف والجواهر والغنيه والحلبى، فجعلوا مدّة الخيار في الصورة الأولى ثلاثه أيام. ويحتمل حمل الثانيه عليها، وعن الانتصار والغنيه والجواهر: الإجماع عليه. وفي محكّي الخلاف: وجود أخبار الفرقه به، ولا شكّ أنّ هذه الحكايه بمنزله إرسال أخبار، فيكفى في انجبارها الشرح:

وفي الخلاف وجود أخبار الفرقه (١)، وهذا الكلام من الخلاف بمنزله نقل أخبار بنحو الإرسال فيكون ضعفها منجبراً بحكايه الإجماع، ولعلّه لذلك مال الشهيد قدس سره إليه في الدروس (٢) بخلاف العلامه في التذكره (٣) حيث لم ينقل التحديد إلا عن الشيخ قدس سره وأول قوله بوجود أخبار الفرقه بأنّه يريد وجود الأخبار في شرط الخيار في بيع الحيوان.

ومع ذلك جزم السيد الطباطبائي (٤) بالقول المزبور، وقوّاه بعض المعاصرين (٥) مؤيداً له بأنه ليس في الأدله ما يدفع القول المزبور حيث أنّه بالتحديد شرعاً ينتفى الغرر عن البيع فيكون نظير بيع الحيوان مع الجهل بخيار الحيوان أو مدته.

وزاد في مفتاح الكرامه (٦) خروج البيع المشروط فيه الخيار من غير تعيين المده

ص: ١٤

-
- ١- (١) حكاه أيضاً السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١، وراجع الخلاف ٣ : ٢٠، ذيل المسأله ٢٥.
 - ٢- (٢) حكاه السيد الطباطبائي في المصاييح (مخطوط) : ١٣٢، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٢٤، وانظر الدروس ٣ : ٢٦٩.
 - ٣- (٣) التذكره ١ : ٥٢٠.
 - ٤- (٤) حكاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٣٤، وانظر المصاييح (مخطوط) : ١٣٢.
 - ٥- (٥) قوّاه في الجواهر ٢٣ : ٣٣ ٣٤.
 - ٦- (٦) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٢.

الإجماعات المنقولة، ولذا مال إليه في محكّي الدروس. لكنّ العلامه في التذكرة لم يحكّ هذا القول إلاّ عن الشيخ قدس سره وأوّلّه بإرادته خيار الحيوان. وعن العلامه الطباطبائي في مصابيح: الجزم به، وقوّاه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامه: من أنّه ليس في الأدلّه ما يخالفه، إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحّه العقد مع الجهل به أو بمدّته. وزاد في مفتاح الكرامه: بأنّ الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع.

وفيه: ما تقدّم في مسأله تعذّر التسليم: من أنّ بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعبّد شرعي لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصّصاً لعموم نفي الغرر وكان التحديد تعبدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمه، أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاصّ، وهو إهمال مدّه الخيار.

الشرح:

عن دليل النهي عن بيع الغرر بالتخصيص لا بالتخصيص.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأنّ التخصيص غير صحيح، ولو قيل بصحّه البيع المزبور وثبوت الخيار للمشروط ثلاثه أيام يكون ذلك بالتخصيص في خطاب النهي عن بيع الغرر، لأنّ المتعلق فيه للنهي هو البيع الذي يكون غررياً مع قطع النظر عن حكم الشرع وتعيّده، وإذا لم يقصد المتبايعان ثلاثه أيام لا يخرج البيع عن كونه غررياً فيكون الخيار إلى ثلاثه أيام تحديداً شرعياً للخيار المشروط، نظير ما ورد في تعيين بعض الوصايا المبهمه، أو يكون الخيار بثلاثه أيام حكماً شرعياً لموضوع خاص من غير كونه تحديداً للخيار المشروط، بأنّ يستظهر أن الروايه داله على حكم الشارع في البيع بشرط الخيار من غير تعيين المده بثبوت الخيار للمشروط له إلى ثلاثه أيام، نظير ثبوت خيار المجلس في مطلق البيع وخيار الحيوان في بيعه.

ص: ١٥

والحاصل: أنّ الدعوى فى تخصيص أدلّه نفى الغرر لا فى تخصّصها. والإنصاف: أنّ ما ذكرنا من حكاية الأخبار ونقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعده الغرر، لأنّ الظاهر بقرينه عدم تعرّض الشيخ لذكر شىء من هذه الأخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنّه عوّل فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلاله الأخبار الواردة فى شرط الحيوان. ولا ريب أنّ الإجماعات المحكيه إنّما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلّالته أو القاصر دلّالته، لا المرسل المجهول الشّرح:

ولكن الكلام فى الدليل على صحه البيع المزبور وثبوت الخيار كذلك، فإنّ وجود أخبار مرسله بل مرسل واحد غير معلوم؛ لأنّه لو كانت فى البين أخبار تعرض للشيخ لكلها أو بعضها فى كتابى الاخبار.

ومن المحتمل جداً أنّ الشيخ قدس سره قد استظهر القول المزبور من الأخبار (١) الواردة فى بيع الحيوان، وأن الخيار الثابت فى بيعه ثلاثه أيام شرط أو لم يشرط.

والإجماع المنقول لا- يكون جابراً لمرسل مجهول العين بل يجبر معلوم العين الظاهر دلّاله، أو القاصر دلّالته فلا بدّ من ملاحظه الإجماع المنقول بنفسه وهو أيضاً لا- يمكن الاعتماد عليه؛ لأنّ المجمعين استظهروا القول المزبور من أخبار خيار الحيوان، وما روى فى كتب العامه (٢).

مع أنّ ملاحظه كلام الجواهر والغنيه تقضى بأنهما قد أخذوا دعوى الإجماع فى المقام كغالب إجماعاتهما من كلام السيد فى الانتصار.

أقول: أمّا اعتبار تعيين المده فى شرط الخيار فقد تقدم أن العمده فيه دعوى كون

ص: ١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .

٢- (٢) ذكر المصنّف فى المتن روايتين عن كتب العامه، راجع سنن البيهقى ٥ : ٢٧٣، وكنز العمال ٤ : ٥٩ و ٩١، الحديث ٩٤٩٩ و ٩٦٨٢ .

حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط

العين المحتمل لعدم الدلاله رأساً، فالتعويل حيثئذٍ على نفس الجابر ولا حازه إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنّ المجمعين اعتمدوا على دلالاتٍ اجتهاديّةٍ استنبطوها من الأخبار، ولا ريب أنّ المستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهره إجماع السيّد في الانتصار.

الشرح:

البيع مع عدم تعيينها غريباً، ولكن يمكن المناقشه فيها بأنّ البيع عبارته عن تملك عين ونحوها بعوض، وإذا لم يكن الشرط بحيث يوجب الجهالة في أحد العوضين، كما يوجبها في بيع السلم والنسيئة من غير تعيين المده، ولا في التمليك فلا يكون الزيادة اثبتناها لدفع الايهام في البيع غرر.

والجهالة في الخيار أمر راجع إلى الجهالة في إزالة البيع وفسخه بعد حدوثه وتمامه ولم يحرز كون الجهالة فيه موجباً لدخول البيع في عنوان الغرر، فيؤخذ بعموم «حلّ البيع»^(١) و«المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، لاسيما إذا كانت الجهالة في الخيار باعتبار تعليقه على فعل أحد المتعاقدين، كما إذا باع المال بكذا على أن يكون لكل من ندم وأعطى للآخر المبلغ الفلاني في المده المرسومه الخيار في فسخها.

وليس المستند في صحه المعامله باشرط الخيار من غير تعيين مدته ما يقال كما عن الإيرواني رحمه الله^(٣): من أنه لو كانت الجهالة في مده الخيار أو في أصله موجباً لكون البيع غريباً لبطل جميع البيوع لجهالة مده خيار المجلس أو خيار العيب أو الغبن خصوصاً بناءً على أنّ مبدأ الخيار فيهما ظهور العيب أو الغبن.

فإن هذا النحو من الاستناد غير صحيح؛ لأنّ المتعلق في خطاب «النهى عن بيع

ص: ١٧

١- (١) يعنى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٩٠ .

نعم، قد روى في كتب العامه: أَنَّ حَنَّانَ بْنَ مَنْقَدٍ كَانَ يُخَدِّعُ فِي الْبَيْعِ لَشَجِّهِ أَصَابَتْهُ فِي رَأْسِهِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «إِذَا بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَ»، وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا. وَفِي رِوَايَةٍ: «وَلِكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا» وَالْخِلَابُ: الْخُدَيْعَةُ. وَفِي دَلَالَتِهِ فَضْلًا عَنْ سَنَدِهِ مَا لَا يَخْفَى. وَجَبَرَهُمَا بِالْإِجْمَاعَاتِ كَمَا تَرَى! إِذِ التَّعْوِيلُ عَلَيْهَا مَعَ ذَهَابِ الشَّرْحِ:

الغرر^(١) هو البيع الغررى مع قطع النظر عن حكم الشارع من ذلك البيع، وخيار المجلس حكم شرعى يثبت للبيع التام ولا يضر الجهالة الناشئة من ذلك الحكم.

لا يقال: إنَّ ذلك بالإضافة إلى خيار المجلس، وأمَّا بالإضافة إلى العيب والغبن فالخيار فيهما شرطى كما يأتى.

فإنه يقال: مع ذلك لا دلالة فيما ورد في ثبوت الخيارين على أن الجهل بثبوت الخيار أو مدته لا يوجب الغرر في البيع لأن مع العلم بخروج مورد ثبوتها عن الخطاب «النهي عن بيع الغرر»، إمَّا بالتخصيص أو بالتخصيص لا- يمكن التمسك بعموم خطاب «النهي عن بيع الغرر».

وإثبات كون خروجهما بالتخصيص حتى ينتج أن الجهل بثبوت الخيار كما في فرض اشتراطه بنحو التعليق أو بمدته لا يوجب الغرر في البيع.

والحاصل: أن العمده في المقام عدم إحراز كون البيع غررياً باشتراط الخيار فيه بنحو التعليق أو مع عدم تعيين مدته.

ولا يبعد أن يقال: بما أن البيع من المعاملات الدارجه عند العقلاء المبنيه على المداقيه والمعايينه، فلا بد أن لا يكون الشرط فيه بنحو لا يكون منشأ المشاجره والمنازعه بين المتبايعين بعد ذلك، فاشتراط الخيار بنحو يكون مدته غير معين بعنوان

ص: ١٨

١- (١) وذلك قوله عليه السلام: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»، عوالى اللآلى ٢: ٢٤٨، الحديث ١٧.

المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعده الغرر مشكلاً، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوه. ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد، ولعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

الشرح:

أيضاً غير صحيح.

ويمكن أن يستظهر ذلك مما ورد في اعتبار تعيين المده في السلم وغيره من الروايات الواردة في أبواب مختلفه.

وذكر النائيني رحمه الله (1): أنه لو اشترط خيار الفسخ إلى الأبد يبطل البيع لا لكون البيع مع الشرط المزبور غررياً بل لأن شرط الخيار إلى الأبد ينافي مقتضى البيع.

وفيه: أن الشرط المنافى لمقتضى البيع كما يأتي أن لا يمكن تحقق مدلول البيع وإنشائه مع الشرط المزبور، كما في قوله «بعتك المال على أن لا يكون في البين ثمن» أو «آجرتك الدار على أن لا يكون عليك أجره»، وأما مع تحقق مدلول البيع فلا ينافي الشرط مدلوله. وإنما ينافي أحكامه، فإن كان حكمه الذي ينافيه الشرط من قبيل الحكم المحض فيبطل الشرط دون أصل البيع.

ووجه بطلان الشرط لكون الشرط بمعنى المشروط مخالفاً للكتاب والسنة، كما في قوله «بعتك المال على أن لا يجوز لك التصرف في المال».

وأما إذا كان ذلك الحكم من قبيل الحقوق كما هو الحال في لزوم البيع أو كان الشرط بمعنى المشروط الفعل المباح دون الحكم فيصح البيع والشرط، هذا أولاً.

وثانياً: أنه لو فرض أن لزوم البيع من الأحكام لا من الحقوق فاشترط الخيار إلى الأبد يكون منافياً للكتاب والسنة فيبطل نفس الشرط دون البيع. ولذا ذكر السيد

ص: ١٩

١- (١) منه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٣.

وفيه: إن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فساداً في أصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غررياً، وإلا فالمتجه فساد البيع ولو لم نقل بسرايه الفساد من الشرط إلى المشروط، وسيجيء تمام الكلام في مسأله الشروط.
الشرح:

اليزدى رحمه الله (١) وغيره (٢) صحه اشتراط الخيار إلى الأبد وهذا لا يوجب أيضاً كون البيع غررياً.

وأما إذا اشترط الخيار من غير ذكر المده له أو مع ذكر مده من غير تعيين فقد تقدم أن البيع المنشأ بنحو يكون معرضاً للمشاجره فيما بعد خارج من خطاب الإمضاء فيحكم ببطلان ذلك البيع.

والحكم بصحته وبثبوت الخيار إلى ثلاثه أيام غير ثابت لأنه لم يحرز أن الشيخ قدس سره أراد بقوله: وبذلك أخبار الفرقه غير الروايات الواردة في خيار الحيوان وشرط الخيار فيه، وهذا هو المراد من مرسل مجهول العين، ولو أحرز أنه اراد غيرها لكان المرسل معلوم العين.

والإجماع المنقول قد تقدم حاله حيث إن الإجماع لو كان محصلاً لم يكن معتبراً لكونه مدركياً، فكيف مع النقل والعلم بوجود الخلاف في المسأله.

وما روى في كتب العامه: من أن حنّان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجّه أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: «إذا بعت فقل: لا خلابه» (٣) وجعل له الخيار ثلاثاً؛ وفي

ص: ٢٠

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٦٦ .

٢- (٢) انظر مصباح الفقاهه ٤ : ٢٣٥ .

٣- (٣) راجع سنن البيهقي ٥ : ٢٧٣ ، وكنز العمال ٤ : ٥٩ و ٩١ ، ٩٤٩٩ و ٩٦٨٢ .

مسأله: مبدأ هذا الخيار عند الاطلاق من حين العقد [١]، لأنه المتبادر من الإطلاق. ولو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أول جزءٍ من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد. فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدؤه من حين العقد، ولو جعل مبدؤه من حين التفريق بطل، لأدائه إلى جهاله مدّة الخيار. وعن الشيخ والحلي: أنّ مبدؤه من حين التفريق وقد تقدّم عن الشيخ وجهه مع عدم تمامه.

الشرح:

روايه: «ولك الخيار ثلاثاً» (١) ضعيف سنداً ودلاله، فإنّ ظاهرها اشتراط خيار الغبن وتحديد بثلاثة أيام، ولم يعهد من أحد تحديد الخيار المزبور بثلاثة، والله سبحانه هو العالم.

[١] مبدأ الخيار المشروط فيما إذا أطلق ولم يعيّن له زمان آخر يكون من حين تمام العقد، وذلك لانصراف الإطلاق إليه.

ولو عيّن للخيار زمان منفصل عن تمام العقد، كما إذا شرط خيار الغد يكون مبدأ الخيار المشروط أول ذلك الزمان، أي طلوع الفجر من الغد. وهذا مبني على أن مبدأ النهار طلوعه. وأما بناءً على ما هو الصحيح من كون مبدأ النهار طلوع الشمس يكون مبدؤه من طلوعها.

ولو ذكر أنّ مبدأ الخيار المشروط بعد خيار الحيوان. فان قلنا: بأن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد صح الشرط المزبور، ولكن لو قيل: بأن مبدأ خيار الحيوان من حين انتهاء خيار المجلس يحكم بطلان الشرط بل البيع للجهل بمدّة الخيار المشروط ولو من حيث المبدأ.

ص: ٢١

الشرح:

أقول: هذا مبني على اعتبار التعيين في مدة الخيار المشروط مطلقاً. وأما بناءً على ما تقدم منّا من عدم اعتبار التعيين، وإنما المعتبر أن لا يكون الشرط بحيث يوجب المشاجره ومعرضاً للمنازعه فيحكم في الفرض بصحة البيع والشرط.

وعن الشيخ قدس سره (١): أنه جعل مدة الخيار المشروط انقضاء خيار المجلس حتى في صورته إطلاق الشرط. ووجهه ما تقدم من دعوى عدم إمكان ثبوت الخيارين في زمان واحد ولا معنى لجعل الخيار في عقد جائز لولاه، ولذا يكون مبدأ خيار الحيوان أيضاً عنده انقضاء خيار المجلس.

وقد تقدم ضعف ما ذكر، وأنه لا منع من ثبوت الخيارين في زمان واحد.

نعم في خيار الشرط خصوصيه يمكن بملاحظتها الإلتزام بجعل مبدئه حين انقضاء خيار المجلس وتلك الخصوصيه ملاحظه غرض المشروط له، فإن غرضه من شرط الخيار تمكنه من فسخ العقد ومع ثبوت الخيار الآخر يمكن له الفسخ بذلك الخيار الآخر.

ولكن هذا مع عدم تمامه يختص بما إذا علم المشروط له بالخيار الآخر. فلو قيل: بأن خيار الشرط يثبت في فرض الجهل أيضاً بعد انقضاء خيار المجلس يلزم الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

وعن النائيني قدس سره (٢): إن الحكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما في مثل المقام لا محذور فيه ولا يمكن جعله وجهاً لبطلان القول المزبور، فإنّ المحذور

ص: ٢٢

١- (١) حكاة عنه الشهيد في الدروس ٣: ٢٦٩، وراجع الخلاف ٣: ٣٣، المسألة ٤٤ من كتاب البيوع، والمبسوط ٢: ٨٥.

٢- (٢) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٦.

الشرح:

ينحصر بما إذا كان في البين انشائان مستقلان وقصد المتعاقدين أحدهما دون الآخر فيحكم بوجود ما لم يقصد وبعدم المقصود كما إذا باع العين بعوض، كما هو مفاد البيع ويحكم الشارع بعدم تحققه وبتحقق تملك منفعتها بذلك العوض، كما هو مفاد الإجاره.

وأما إذا كان الأمر الإنشائي المقصود قابلاً للتبعض في الإمضاء فلا محذور في إمضاء الشارع بعضه دون بعضه الآخر، كما في بيع ما يملك وما لا يملك بصفقه واحده حيث يصح البيع بالإضافة إلى ما يملك ببعض الثمن ولا يصح بالإضافة إلى الآخر.

وأورد على ذلك بعض الأعاظم (دامت أيامه): بأنه لا يقاس المقام ببيع ما يملك وما لا يملك فإن انحلال البيع المنشأ إلى البيعين يصحح التفكيك بينهما في التحقق وعدمه بخلاف الخيار المشروط فإنه لا ينحل إلى المتعدد.

أقول: الظاهر عدم تمام هذا الكلام فان التفكيك في الإمضاء لا يتوقف على الانحلال بل يجرى في أمر واحد قابل للتبعض في الإمضاء، ألا ترى أن الواهب يقصد ملك المال للمتهد من حين قبوله مع أن الشارع لم يمض الملكية إلا بعد تحقق القبض، وفي بيع السلم يقصد المتعاقدين الملكية من حين تمام الإنشاء، مع أن الشارع لم يمضها إلا بعد حصول قبض الثمن في المجلس.

والحاصل: أنه إذا كان المحكوم بالتحقق أمراً إنشائياً له عنوان مستقل غير العنوان المقصود، فتحققه بلا قصد غير ممكن لكون تحققه بلا قصد خلفاً. وأما في مورد تبعض المقصود فلا محذور كما في المقام.

هذا فيما إذا أُريد عدم ثبوت خيار الشرط في زمان خيار المجلس وثبوته بعده في بقيه الزمان المعين. وأما لو أُريد أن مبدأ الزمان المعين يكون بعد زمان خيار المجلس فيرد عليه أنه حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما فتدبر.

نعم، يمكن أن يقال هنا: إنَّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمانٍ لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمَّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثه، مع أنَّ هذا إنما يتمَّ مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلاَّ الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوتها من حين التفريق حكمٌ على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

مسأله: يصحَّ جعل الخيار لأجنبيًّا [١]، قال في التذكرة: «لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صحَّ البيع والشرط عندنا معاً»، وحكى عنه الإجماع في الأجنبي، قال «لأنَّ العبد بمنزله الأجنبي». ولو جعل الخيار لمتعدِّدٍ كان كلُّ منهم ذا خيار، الشرح:

[١] يجوز جعل الخيار في العقد لأجنبي بأن يكون الجعل المزبور بنحو توليه أمر ذلك العقد إليه، فإنَّ صحه هذا الجعل بمقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، وتوليه الأجنبي غير توكيله، فإنَّ مع التوكيل يكون فسخ الأجنبي أو إمضائه نيابه عن موكله، فينفذ فسخ الموكل وإمضائه أيضاً، فيما إذا حصل قبل فسخ الوكيل أو إمضائه بخلاف التولية فإنه لا عبره مع التولية بفسخ المتعاقدين أو إمضائهما.

وعلى ذلك فإن كان الخيار المشروط للمتعاقدين، واختلفا في الفسخ والإمضاء يقدم الفسخ، لأنَّ إمضاء الآخر معناه إسقاط خياره فقط فينفذ فسخ الآخر، وكذا الحال في الأجنبيين فيما إذا شرط لكل منهما الخيار مستقلاً.

وأما إذا كان المتعدد وكيلاً عن واحد أو شرط الخيار الواحد للمتعدد فينفذ تصرف السابق إمضاءً أو فسخاً.

أقول: هذا إذا كان التوكيل أو شرط الخيار للمتعدد بنحو الواجب الكفائي. وأما إذا كان الوكيل أو المشروط له المجموع بما هو المجموع، فلا ينفذ تصرف بعض منهم

فإن اختلفوا في الفسخ والإجاره، قدّم الفاسخ، لأنّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز، بخلاف ما لو وكلّ جماعةً في الخيار، فإنّ النافذ هو التصرف السابق، لفوات محلّ الوكاله بعد ذلك. وعن الوسيله: أنّه إذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل. وإن كان لغيرهما ورضى نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء، انتهى.

الشرح:

فسخاً أو إمضاءً بل يحتاج فسخ العقد إلى الإتفاق منهم وإلاّ بقي العقد بحاله.

وأما ما ذكر في الوسيله (١) من أنّه لو كان لكل من المتعاقدين خيار الفسخ واتفقا في الإمضاء أو الفسخ نفذ، وإن اختلفا بطل أى بطل البيع، وإذا كان الخيار لغيرهما فإن رضى بالبيع نفذ وإلاّ كان المبتاع بالخيار، فلا يمكن مساعدته عليه، فإنه إذا كان الخيار لغيرهما ولم يرض بالبيع فإن فسخه كان فسخه نافذاً، وإن لم يفسخ كان البيع بحاله، ولا يكون للمبتاع خيار الفسخ أو الإمضاء على التقديرين كما لا يخفى.

وعن الإيروانى (٢) والنائينى (٣): أن المراد إن رضى الأجنبي بشرط الخيار له نفذ ذلك الشرط، ولا يكون لمن اشترط الخيار لثالث خيار، والا بطل ذلك الاشتراط، لأن الناس مسلطون على أنفسهم ويكون لمن اشترط الخيار للثالث الخيار لتخلف شرطه وهو عدم ثبوت الخيار له.

أقول: يرد عليه أنّ هذا مبنى على اعتبار قبول الأجنبي أو شرط الخيار له بنحو التحكيم مع أنه على تقديرهما يثبت الخيار للشارط لا للمبتاع.

ص: ٢٥

١- (١) حكاة في الجواهر ٢٣ : ٣٤، وراجع الوسيله: ٢٣٨ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٩٤ .

٣- (٣) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٧٩ .

وفى الدروس: يجوز اشتراطه [١] لأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله، وإلا لم يكن لذكره فائدة، انتهى.

أقول: ولو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائده، ثم إنه ذكر غير واحد: أن الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل. ولعله لتبادره من الإطلاق، وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه مصلحه، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

الشرح:

[١] قال فى الدروس (١): يصح جعل الخيار لثالث منفرداً، أو مع كل من المتعاقدين أو مع أحدهما وفى فرض انفراد الثالث بالخيار نفذ فسخه أو إمضائه، وأما إذا كان مع أحدهما أو كلاهما واختلف الثالث معهما أو مع أحدهما فى الفسخ أو الإمضاء يمكن أن يقال بأن العبره بفعل الثالث وإلا لم يكن لجعل الخيار له فائده.

وذكر المصنف رحمه الله أنه يقدم الفاسخ كما هو مقتضى ثبوت الخيار للمتعدد على نحو الاستقلال، فإذا كان الصادر عن الثالث إمضاءً، وعن أحدهما أو كليهما فسخاً نفذ الفسخ لأن غاية الإمضاء عن الممضى إسقاط خيار نفسه وجعل العقد لازماً من قبله، وإذا كان الصادر عن الثالث فسخاً وعن غيره إمضاءً نفذ الفسخ وإلا لم يكن لخيار الثالث معنى.

أقول: إنما يصح ذلك فيما لم يكن إمضاء المتعاقدين أو أحدهما إسقاطاً لخيار ذلك الثالث، وإلا فالأظهر عدم تأثير فسخ الثالث، لأن ثبوت الخيار لذلك الثالث حق لشارط الخيار له فيصح للشارط المزبور إسقاطه.

ص: ٢٦

هل يجب على الأجنبي أن يراعى مصلحة الشرط؟

ثم إنّه ربما يتخيّل: أنّ اشتراط الخيار [١] للأجنبيّ مخالفٌ للمشروع، نظراً إلى أنّ الثابت في الشرع صحّه الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى

الشرح:

[١] قد تقدم أنّ لزوم مثل البيع على المتعاقدين حقّي لا- حكمي، وعليه فيمكن لهما جعل الخيار والإقالة، وجعل الخيار لثالث بنحو التولية أيضاً لا ينافي اللزوم الحقّي، ليقال إنّ شرط الخيار مناف للكتاب والسنة الدالّين على لزوم البيع.

أضف إلى ذلك التسالم الظاهر في المقام المذكور في التذكرة وغيرها.

نعم لا يبعد أن يكون اشتراط الخيار للأجنبيّ منصرفاً إلى صورته ملاحظه مصلحة الشرط، والا فلا ينفذ فسخه، أو إمضائه لعدم ثبوت الخيار له كذلك؛ وما وقع عن بعض (١): من تعليل عدم نفوذ فسخه أو إمضائه مع عدم ملاحظه مصلحة الشرط بكونه أميناً غير صحيح، بل الصحيح تعليله بعدم الخيار له كذلك. ثمّ إنّ مقتضى قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم» (٢) ثبوت الخيار للثالث بمجرد اشتراط المتبايعين في العقد.

ودعوى اعتبار قبوله لأن ثبوت الخيار للثالث بلا قبوله ينافي سلطنه الناس على أنفسهم لا يمكن المساعدة عليها، فإنه ليس في البين عموم يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بحيث يؤخذ به في المقام، بل المتبع في موارد الخطاب الأخرى الواردة في المعاملات وغيرها.

وعلى الجملة الشرط بمعناه المصدري قائم بالمتعاقدين، فلا يتحقق إلا بتراضيهما عند العقد. وأمّا ثبوت الخيار للثالث فهو شرط بالمعنى المشروط كما لا يخفى.

ص: ٢٧

١- (١) منهم السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٢، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٣٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

المجلس والشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين. وهو ضعيفٌ لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبيّاً، فحينئذٍ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للأجنبيّ في العقد، وسيجيء نظيره في إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسأله: يجوز لهما اشتراط الاستثمار [١] بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبيّ في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداءً. وعلى الأول: فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمارٍ لم ينفذ. ولو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرّد الاستثمار، بل الالتزام بأمره، مع أنّه الشرح:

[١] يجوز لأحد المتبايعين أو كليهما اشتراط الاستثمار مع الأجنبي عن أمر البيع فيأتمر بأمره أو يأتمر بأمر الأجنبي ابتداءً.

والظاهر من اشتراطه هو جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبي بفسخ العقد بعد الاستثمار أو ابتداءً، فيكون ذلك من قبيل اشتراط الخيار لنفسه معلقاً، وقد تقدم أنّ ظاهر المصنف وكثير من الأصحاب بطلان البيع باشتراط الخيار معلقاً للغرر.

وأما إذا كان جعل الخيار لنفسه غير معلق بل المعلق هو الفسخ، بأن يكون فسخه بعد أمر الأجنبي به بعد الاستثمار أو ابتداءً، نظير ما سيجيء في بيع الخيار من أنّ للبائع فيه خيار، ولكن يعتبر أن يكون فسخه برد الثمن أو معه، ثم إن فسخ قبل الاستثمار أو مع أمر المستأمر بالفتح بالإجازة لم ينفذ، سواء كان الاستثمار شرطاً للخيار أو قيده للفسخ، فإن ظاهر اشتراط الاستثمار هو الائتمار بأمره بأحد النحويين.

ولو كان المشروط الاستثمار دون الائتمار بأمره لم يكن له الفسخ أيضاً إلا إذا كان

لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ. وإن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذٍ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أمّا مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أنّ الثالث لا سلطنه له على الفسخ والمتعاقدان لا- يريدانه، وأمّا مع طلب الآخر للفسخ، فلأنّ وجوب الفسخ حينئذٍ على المستثمر بالكسر راجع إلى حقّ لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحقّ على صاحبه عرفاً، فمعناه سلطنه صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرطٍ لكلّ منهما على صاحبه.

والحاصل: أنّ اشتراط الاستثمار من واحدٍ منهما على صاحبه إنّما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستثمر، واشتراطه لكلّ منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحدٍ منهما للفسخ عند الإذن. وممّا ذكرنا يتّضح حكم الشقّ الثاني، وهو الائتثار بأمره الابتدائي، فإنّه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به، وإن كان لكلّ منهما ملكاً كذلك. ثمّ في اعتبار مراعاة المستثمر للمصلحة وعدمه وجهان، أوجههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حاليه أو مقاليه.

الشرح:

الاستثمار أمراً زائداً على اشتراط الخيار.

ولو أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ إذ غاية أمره بالفسخ ثبوت خيار الفسخ له أو تمكنه من الفسخ المشروط، ولو وجب عليه الفسخ فلا- بد من أن يكون في البين شرط آخر لصاحبه عليه، وهو أن يفسخ البيع مع أمر المستثمر بالفتح؛ ولازم ذلك أنّ لصاحبه حق فسخ البيع مع امتناع المستثمر بالكسر عن الفسخ لا مطلقاً، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله فلاحظ.

مسأله: من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه [١]، ويقال له: «بيع الخيار»، وهو جائزٌ عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها: الإجماع عليه. وهو: أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدّة بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع. والأصل فيه بعد العمومات المتقدّمة في الشرط النصوص المستفيضة. منها: موثقه إسحاق بن عمار، قال: «حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجلٌ وأنا عنده، فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه ويكون لك أحبّ إليّ من أن يكون لغيرك، على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنة أن تردّ عليّ؟ قال: لا بأس بهذا، إن جاء بثلثيها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه لمن تكون الغلّه؟ فقال: للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت الشرح:

[١] من أفراد الخيار ما ينسب البيع إليه، ويقال «بيع الخيار»، وهذا البيع مشروع عندنا كما في التذكرة (١) وغيرها (٢)، ويقتضيه بعد مثل قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣) وقوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (٤) الروايات الخاصه.

منها: موثقه إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجلٌ وأنا عنده فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنة أن تردّ عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثلثيها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه، لمن تكون الغلّه؟ فقال: الغلّه للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت

ص: ٣٠

١- (١) التذكرة ١: ٥٢١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٩٣، والمسالك ٣: ٢٠٢، ومفتاح الكرامه ٤: ٥٦٥.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

كانت من ماله؟». وروايه معاويه بن ميسره، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ باع داراً له من رجلٍ، وكان بينه وبين الذي اشترى منه الدار خلطه، فشرط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله، وقال عليه السلام: رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري».

وعن سعيد بن يسار في الصحيح، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم في العشره اثني عشر وثلاثه عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنه ونحوها، ويكتب لنا رجلٌ منهم على داره الشرح: لكانت من ماله»^(١).

و روايه معاويه بن ميسره، «قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ باع داراً له من رجلٍ وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط: أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله. وقال أبو عبدالله عليه السلام: رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري»^(٢).

وصحيحه سعيد بن يسار «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم، فنبيعهم ونربح عليهم للعشره اثني عشر والعشره ثلاثه عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنه ونحوها، ويكتب الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال

ص: ٣١

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منّا شراءً بأنه باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال فردّ عليه». وعن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إن بعت رجلاً على شرطٍ، فإن أتاكَ بمالكك، وإلاّ فالبيع لك».

إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقّق بالكلام فى أمور:

الأول: أنّ اعتبار ردّ الثمن فى هذا الخيار [١] يتصور على وجوه: أحدها: أن يؤخذ قيماً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله، ويكون مدّة الخيار منفصلاً دائماً عن العقد ولو بقليل، ولا خيار قبل الردّ. والمراد بردّ الثمن: فعل ما له الشرح:

الذى فيه الفضل الذى أخذه منّا شراءً قد باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه» (١). إلى غير ذلك (٢).

[١] ذكر قدس سره فى المقام أموراً:

الأول: أنّ ردّ الثمن فى هذا الخيار يتصور على أنحاء:

أحدها: أن يكون ردّه قيماً للخيار على وجه التعليق، بأن يكون رده شرطاً لحصول الخيار للبائع أو على وجه التوقيت بأن يكون زمان ردّه زمان حصول الخيار، ونتيجة التعليق والتوقيت واحده، ولذا ذكر رحمه الله أنه لا خيار قبل الرد، والمراد برد الثمن ليس أخذ

ص: ٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٨ ، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) نفس المصدر: الحديث ٢ .

دخل في القبض من طرفه و إن أبى المشتري. الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدّة المضروبه والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لردّ الثمن أو تأخره عنه. الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، بأن يراد منه تملك الثمن ليملك منه المبيع. وعليه حمل في الرياض ظاهر الأخبار الدالّ على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن. الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ. الشرح:

المشتري السابق الثمن ثانياً حتى لا يكون خيار للبائع مع امتناع المشتري عن أخذه، بل أن يحصل تمام ما يكون من طرف البائع دخيلاً في أخذه وإن يمتنع المشتري عنه.

أقول: لو تمّ هذا النحو فلا بد من رفع اليد في المقام عما تقدم من اعتبار تعيين مدّة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، حيث لو كان ردّ الثمن قيداً لنفس الخيار لكان جوازه تخصيصاً في ذلك الاعتبار، فإنّ مع كون رد الثمن قيداً لنفس الخيار لا يكون تعيين في مبدئه.

وقد يقال: إنّ المجهول يمكن أن يكون الخيار المتقيد من غير أن يكون تعليق فيه ولا توقيت، بأن يكون القيد للخيار طبعى رد الثمن، لا الرد الخارجى، ويكون للمشروط له الخيار الخاص نظير الخيار تحت السقف ثلاثه أيام من حين تمام البيع.

ولكن لا يخفى أنّ هذا أيضاً يرجع إلى التوقيت، لأن تقييد الخيار الذى هو امر إنشائى بأمر خارجى زمانى مرجعه إلى اعتبار اجتماعهما فى الزمان، وإلاّ لأمكن أن يقال إنه إذا اشترط له الخيار عند قدوم الحاج يكون للمشروط له الخيار الخاص من حين تمام العقد وهو الخيار مع قدوم الحاج.

وبتعبير آخر: إذا لم يعين زمان للزمانى فلا يكون للخيار المعتبر معه زمان خاص فيكون زمان الخيار من حيث المبدأ مجهولاً.

وهذا هو الظاهر من روايه معاويه بن ميسره. ويحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار وموثقه إسحاق بن عمار. وعنوان المسأله بهذا الوجه هو الظاهر من الغنيه حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، وإنما ذكره في أمثله الشروط الجائزه في متن العقد، قال: أن يبيع ويشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى. الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقاله على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيه إذا جاء بالثمن واستقاله. وهو ظاهر الوسيله، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقيه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقاله إذا جاءه بمثل الثمن في المدّه، انتهى. الشرح:

الثاني: أن يكون قيداً للفسخ؛ بأن يكون الخيار للبائع من حين العقد إلى تمام المده المعينه كالسنة أو الاقل أو الأكثر، ولكن الفسخ يعتبر وقوعه على نحو خاص وهو رد الثمن معه أو قبله.

والفرق بين هذا والنحو السابق هو الفرق بين الواجب المعلق والواجب المشروط، ولكن يبقى في البين أنّ الخيار وإن كان أمراً اعتبارياً إلا أن اعتباره يكون لغرض عقلائي لا محاله، وإذا لم يكن فسخ البائع بدون ردّ الثمن موجباً لانفساخ البيع يكون اعتبار الخيار قبل ردّ الثمن لغواً.

ولا يقاس بالواجب المعلق حيث إن حصول الوجوب وإطلاقه قبل حصول قيد الواجب له أثر عملي، وهو لزوم تحصيل مقدمات الواجب ولو قبل حصول ذلك القيد.

اللهم إلا أن يقال: إنّ اعتبار الخيار لا يكون لغواً حيث يمكن أن يكون الغرض من إطلاقه وعدم تعليقه التمكّن من إسقاطه بعد العقد مجاناً أو مع العوض.

الثالث: أن يكون رد الثمن بنفسه فسخاً فلا يحتاج معه إلى إنشاء الفسخ بنحو آخر بأن يكون قصد البائع برد الثمن تمليكه للمشتري ليتملك منه المبيع. وعلى ذلك حمل

وحينئذ فإن أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإلا استقل بالفسخ. وهو محتمل روايتي سعيد بن يسار وإسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع إلى البائع فيهما كناية عن ملزومه وهي الإقالة، لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب، ومرجعه إلى أحد الأولين. والأظهر الشرح:

في الرياض (١) ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع إلى بائعه بمجرد ردّه الثمن.

ولكن لا يخفى إنما يكون رد الثمن فسخاً فيما إذا قصد برده إلغاء البيع السابق، وإلا فتتمليك المشتري الثمن لیتملك منه المبيع معاملة جديدة تكون الولاية عليها خارجة عن عنوان الخيار، وفسخ العقد فإن صورته الفتح وان كان الثمن المردود غير ما أخذه سابقاً يكون الدفع بعنوان الوفاء بالدين الحاصل بإلغاء البيع؛ وان كان عينه يكون ردّه بعنوان أنه ملك المشتري بإلغاء البيع لا أنه ملكه الحاصل بالتمليك الجديد.

الرابع: أن يكون رد الثمن قيداً لانفساخ البيع بأن يحصل الانفساخ مع رد الثمن.

وقيل: يظهر ذلك من روايه معاويه بن ميسره (٢) حيث ذكر السائل فيها أنّ الشرط في البيع أن مع مجيء البائع بالثمن إلى ثلاث سنين الدار داره؛ وأجاب عليه السلام بنفوذ الشرط وقد عنون الغنيه (٣) المسأله بهذا العنوان.

ولكن يحتمل أن يكون المراد من روايه معاويه بن ميسره كون الرد قيداً للفسخ، كما هو الإحتمال الثالث، كما قيل: بظهور موثقه اسحاق بن عمار (٤) وصحيحه

ص: ٣٥

١- (١) الرياض ٨ : ١٨٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٣- (٣) الغنيه : ٢١٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

فى كثير من العبارات مثل الشرائع والقواعد والتذكره هو الثانى. لكن الظاهر صحه الاشتراط بكل من الوجوه الخمسه عدا الرابع، فإن فيه إشكالاً من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاءً فعلياً أو قولياً يشبه انعقاده بنفسه فى مخالفه المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعيه، وسيجيء فى باب الشروط ما يتضح به صحه ذلك وسقمه.

الشرح:

سعيد بن يسار(١) فيه حيث ذكر فى الأولى: إن جاء بالثمن رد المبيع إلى بايعه؛ وفى الثانية: إن جاء به رد الشراء، وكل منها كناية عن فسخ البيع.

ولكن يستشكل فى كون رد الثمن قيماً للانفساخ؛ بأنه إن كان رده موجباً لانفساخه وإن لم يقصد الراد برده فسخه، فهذا وإن كان ممكناً كانفساخ البيع بتلف المبيع قبل القبض إلا أن حصول الانفساخ قهراً بلا قصد وإنشاء يحتاج إلى دليل غير عموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»(٢)، لأن العموم المزبور لا يثبت مشروعيه المشروط، وروايه معاويه بن ميسره مع ضعف سندها لم يثبت ظهورها فى مشروعيه شرط الانفساخ لاحتماله الوجه الثالث كما ذكرنا.

ومع ذلك يمكن أن يقال: بأنه لا- بأس بالالتزام بحصول الانفساخ بنفس الاشتراط فإن الإنفساخ لا يعتبر فيه سبب خاص غايه الأمر يكون المنشأ حال البيع الإنفساخ مقارناً لرد الثمن ويكون الانفساخ فعلياً بحصول الرد.

وعن النائينى رحمه الله (٣): أنه لا يمكن إنشاء الفسخ بالشرط فى البيع معلقاً برد الثمن لأن شرط الانفساخ مناف لمقتضى البيع؛ لأن مقتضى الشرط نفي البيع.

ص: ٣٦

١- (١) المصدر: ١٨، الباب ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٨٠ ٨١.

أنهاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحد منها

الأمر الثانى: الثمن المشروط ردّه [١]: إمّا أن يكون فى الذمّه، وإمّا أن يكون معيّناً. وعلى كلّ تقديرٍ: إمّا أن يكون قد قبضه، وإمّا لم يقبضه. فإن لم يقبضه فله

الشرح:

ولا يخفى ما فيه، فإن مقتضى شرط الانفساخ معلقاً بنحو شرط النتيجة نفي البيع بقاءً لا نفيه حدوداً ليكون منافياً لمقتضى البيع، وبقاء البيع مقتضى إطلاقه وعدم لحوق الفسخ به.

وبتعبير آخر: شرط انفساخ البيع مطلقاً، وإن كان باطلاً لخروج البيع معه عن مورد اعتبار العقلاء ومنصرف دليل الإمضاء إلا أنّ شرط الانفساخ معلقاً لا يكون كذلك.

والوجه الخامس: أن يكون ردّ الثمن قيداً للإقالة المشروطه بأن يلتزم المشتري للبائع أن يوافق في الفسخ إذا جاء بالثمن فى المده المضروبه، وإذا جاء بالثمن ولم يقبله أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإن لم يتمكن من المراجعة إلى الحاكم كذلك يستقل البائع بالفسخ لتخلف شرطه على المشتري، ويحتمل هذا فى موثقه اسحاق ابن عمار، وصحيحه سعيد بن يسار بأن يكون ردّ المبيع فيهما كناية عن ملزومه أى الإقالة لا عن فسخ البائع الذى فهمه الأصحاب.

[١] الثمن المشروط رده فى الخيار أو فى الفسخ على ما تقدم: إمّا أن يكون كلياً على العهده، وإمّا أن يكون معيّناً. وعلى كل من التقديرين: إمّا أن يقبضه البائع أم لا، فإن لم يقبضه يثبت له الخيار، وينفذ فسخه سواء كان الثمن كلياً أم معيّناً حيث إنّ ردّ الثمن قيد للخيار أو الفسخ على تقدير قبض البائع، وفى فرض عدم قبضه لا تقييد. وهذا الوجه وإن ذكره المصنف رحمه الله إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ لازمه الالتزام بثبوت شرطين: أحدهما ثبوت الخيار للبائع مطلقاً قبل قبض الثمن؛ والثانى الخيار على تقدير ردّ الثمن بعد قبضه.

مع أنه لا دلالة لقوله: بعثُ مالى بكذا على أن تردّ المبيع إن جئتُ بالثمن إلى سنه

الخيار وإن لم يتحقق ردّ الثمن، لأنه شرطٌ على تقدير قبضه. وإن لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع. ويحتمل العدم، بناءً على أنّ اشتراط الردّ بمنزله اشتراط القبض قبله [١].

وإن قبض الثمن المعين: فإمّا أن يشترط ردّ عينه [٢]، أو يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً، أو ولو مع التمكن منه، على إشكالٍ في الأخير، من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغه ردّ العين مع الإمكان. الشرح: على تعدد الشرط.

ولكن يمكن أن يوجّه ثبوت الخيار في الفرض بوجه آخر وهو أنّ المتفاهم من الكلام المزبور أنّ ردّ الثمن ليس بنفسه متعلق الغرض في تقييد الخيار أو الفسخ؛ بل المتعلق في ثبوت الخيار أو إنشاء الفسخ كون الثمن بيد المشتري وتحت اختياره، ولذا يصح للبائع الفسخ في فرض قبض الثمن لو غصبه المشتري أو سرقه من عنده ثانياً.

[١] يحتمل أن لا يكون للبائع خيار الفسخ فيما إذا لم يقبض الثمن، فإن ظاهر قوله في الإيجاب: «بعت مالى بكذا على أن تردّه إن جئت بالثمن إلى سنه»، هو اشتراط الخيار في البيع المزبور بحصول قبض الثمن.

أقول: قد تقدم منع هذا الظهور وأنّ ذكر ردّ الثمن لغرض أن يكون الثمن تحت اختيار المشتري زمان الفسخ كما لا يخفى.

[٢] إذا كان الثمن مقبوضاً معيناً؛ فإمّا أن يشترط في خيار الفسخ ردّ ذلك المعين؛ وإمّا أن يشترط ما يعمّ ردّ بدله مع عدم إمكان رده بتلف لا من البائع أو مطلقاً، أى مع إتلاف البائع أيضاً أو حتى مع بقاء ذلك المعين؛ وإمّا أن يذكر اشتراط رد الثمن من غير تقييد برد المعين أو تصريح بما يعم ردّ البدل. فإن اشترط رد عينه فلا يكون له خيار مع تلفها بفعل البائع لا مطلقاً، حيث إنّ ظاهر اشتراط ردّ العين كون إتلاف البائع مسقطاً

وفى جواز اشتراط ردّ القيمه فى المثلى والعكس وجهان. و إمّا أن يطلق. فعلى الأوّل، لا خيار إلا برّد العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار، إلا أن يكون إطلاق اشتراط ردّ العين فى الخيار لإفاده سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار فى إتلاف غيره على حاله. وفيه نظر. وعلى الثانى، فله ردّ البدل فى موضع صحّه الاشتراط. وأمّا الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين. ويظهر من إطلاق محكّي الدروس وحاشيه الشرائع: أن الإطلاق لا يحمل على العين. ويحتمل حمله على الثمن الكلى، وسيأتى.

الشرح:

لخياره فلا يسقط فيما إذا كان الإتلاف من غيره.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ ظاهر الاشتراط تقييد الخيار بصورة ردّها فلا يكون خيار فى غير الفرض، وكذلك الحال لو كان ردّها قيداً للفسخ أو الانفساخ على ما مر.

وأما إذا كان الشرط ردّ ما يعم البدل فلا إشكال فى الخيار فى فرض عدم التمكن من ردّ العين، فأنه بالفسخ يرجع ذلك المعين إلى المشتري وبما أنه قد تلف فيأخذ بدله.

وأما إذا كان الشرط ردّ البدل ولو مع التمكن على ردّ المعين، ففي الشرط إشكال فان مقتضى الفسخ رجوع نفس العين إلى ملك المشتري، ومع وجوده لا موجب للإنتقال إلى البدل.

أقول: لا- يخفى أنّ اشتراط ما يعم البدل حتى مع التمكن على ردّ العين مرجعه إلى توكيل البائع بمعاوضه ذلك المعين بمثله أو بقيمته كما هو الحال فى اشتراط ردّ ما يعم القيمه فى المثلى، وردّ ما يعم المثل فى القيمى ولا يكون التبديل مع التوكيل مخالفاً للكتاب والسنة.

ويتصور فى بعض الفروض اشتراط المبادله بشرط النتيجة أيضاً حيث لا إشكال

وإن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمّه البائع كما هو مضمون روايه سعيد بن يسار المتقدمه فرُدّه بأداء ما في الذمّه، سواء قلنا: إنّه عين الثمن أو بدله، من حيث إنّ ما في ذمّه البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنّه تَلَفَ، فالمراد برُدّه المشتري، رُدُّ بدله. وإن لم يكن الثمن في ذمّه البائع وقَبَضَهُ، فإن شرط رُدُّ ذلك الفرد المقبوض أو رُدُّ مثله بأحد الوجوه المتقدمه فالحكم على مقتضى الشرط، الشرح:

فيه والمبادله بين المالين لا يحتاج إلى إيجاب خاص ويحصل بكل ما يكون ظاهراً فيها، اللهم إلا أن يقال: إنّ شرط التوكيل أو شرط المبادله بنحو شرط النتيجة لا يفيد في المقام فإنه مادام لم يحصل الفسخ فالثمن المعين ملك البائع فله التصرف فيه بما شاء ولا معنى لتبديل ماله بمال آخر، أو حصول المبادله بينهما ثم بالفسخ ينحل البيع، ولازم ذلك رجوع نفس الثمن إلى ملك المشتري، وحيث إنه غير تالف فلا معنى للرجوع إلى البدل وبعد زوال العقد يزول الشرط بزواله سواء كان شرط التوكيل أو شرط المبادله بنحو شرط النتيجة فلا موجب لدخول البدل في ملك المشتري ودخول المبدل في ملك البائع.

ولكن الصحيح جواز اشتراط رد البدل حتى بقاء عين الثمن، فإن تمليك البدل للمشتري ليملك منه الثمن الأول بنفسه فسخ للبيع السابق، فإن الفسخ كما ذكرنا أمر إنشائي يتقوم بالابراز، وإذا اعتبر البائع انحلال البيع السابق فلا يكون هذا الاعتبار بلا إبراز فسخاً، وإذا اعتبر معه ملكيه البدل للمشتري بإزاء الأصلي يكون إبراز هذا الاعتبار برد البدل إبرازاً لانحلال البيع أيضاً.

ولا يعتبر في صحه المبادله حصول الفسخ في زمان قبل زمان المبادله، بل تقدّم الانفساخ على حصول المبادله بين الثمن الأول والبدل في المرتبه. والمعتبر في صحه المبادله المزبوره كون الثمن الأول ملكاً للمشتري، ولو في زمانها.

و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبه فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو ردّ ما يعمّ البديل، إمّا مطلقاً، أو مع فقد العين. ويدلّ عليه صريح بعض الأخبار المتقدّمه، إلّا أنّ المتيقّن منها صورته فقد العين.

الشرح:

وإن شئت توضيح المقام فلاحظ فسخ ذى الخيار ببيع ما انتقل عنه من شخص ثالث فان البيع من شخص ثالث يتوقف على كون المبيع ملكاً له مع أن الفسخ أى فسخ البيع السابق، ودخول المبيع فى ملك ذى الخيار يتحقق بنفس البيع من شخص ثالث، حيث إن البيع المزبور كما يكون إبرازاً لتمليك المبيع من شخص ثالث كذلك يكون إبرازاً لانحلال البيع السابق، فيحصل الانحلال والبيع من شخص ثالث فى زمان واحد ولا دليل على بطلان البيع الا فيما إذا لم يكن المبيع زمان تحقق البيع ملكاً لبائعه.

وإذا صح ما ذكر يكون اشتراط هذه المبادله فى البيع صحيحاً، لأنّ موطن الشرط أى البيع الثانى لا يكون بعد زمان فسخ البيع ليقال: إنه لا ينفذ شرط إذا فرض قبله انفساخ المعامله، بل يرجع اشتراط هذه المعامله إلى تضييق دائره الفسخ أو الخيار.

وعلى ذلك فالمقام من هذا القبيل لأنّ مرجع، الاشتراط إلى اعتبار الفسخ الخاص أى الفسخ بمبادله الثمن الأول الموجود ببده فإن هذه المبادله كالبيع الثانى فى المثال يتوقف على انحلال البيع الأول بلا فرق بين أن يجعل رد الثمن أو بدله مقدمه للفسخ أو قصد الفسخ بالرد.

والمتحصل مما ذكرنا أنه يكون رد البديل مع وجود المبدل فى اشتراط الفسخ أو الخيار أمراً مشروعاً فى نفسه فينفذ بالاشتراط فى البيع كما لا يخفى.

واما إذا اشترط رد الثمن فيكون الإطلاق عند المصنف وغيره مقتضياً لرد ذلك المعين فلا يكون له خيار مع تلفه.

ولكن لا يبعد أن يقال: القرينه العامه فى بيع الخيار مقتضيه لكون المراد ردّ ما يعم

الأمر الثالث: قيل: ظاهر الاصحاح [١] بناءً على ما تقدّم، من أنّ ردّ الثمن في هذا البيع عندهم مقدّمه لفسخ البائع أنّه لا يكفي مجرد الردّ في الفسخ. وصرّح به في الدروس وغيره. ولعلّ منشأ الظهور: أنّ هذا القسم فردّ من خيار الشرط مع اعتبار شيء زائد فيه، وهو ردّ الثمن. وعلّلوا ذلك أيضاً: بأنّ الردّ من حيث هو، لا يدلّ على الفسخ أصلاً. وهو حسنٌ مع عدم الدلالة. أمّا لو فرض الدلالة عرفاً إمّا بأن يفهم منه كونه تملكاً للثمن من المشتري ليملك منه المبيع على وجه المعاطاة، وإمّا بأن يدلّ الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالةً.

الشرح:

البدل، حيث إنّ الداعي للبائع إلى البيع في موارد بيع الخيار حاجته إلى الثمن، والتصرف فيه بصرفه على حوائجه مفروض، ولعله لذلك ذكر في الدروس (١) حمل الإطلاق على ردّ ما يعم البدل. وقد تسلّم المصنف رحمه الله ما ذكر فيما إذا كان الثمن كلياً. والظاهر عدم الفرق بين الثمن الكلي والشخصي من هذه الجهة.

[١] قيل (٢): إنّ رد الثمن أو بدله وإن كان معتبراً في الخيار في بيع الخيار، إلا أنّ ظاهر الأصحاب عدم تحقق الفسخ به، بل الرد مقدمه للفسخ فيعتبر بعده إنشاء الفسخ، ولأنّ الرد من حيث إنه فعل لا يدل على الفسخ.

وفيه: أنّ المعتبر في الفسخ إظهار حل البيع والرضا برجوع المالكين إلى مالهما الأصليين، ومع ظهور الرد في ذلك فلا وجه لعدم كونه فسخاً.

ص: ٤٢

١- (١) راجع الدروس ٣ : ٢٦٩ .

٢- (٢) راجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٥ ، والمقابس : ٢٤٨ ، والمناهل : ٣٣٣ ، والدروس ٣ : ٢٦٩ ؛ وجامع المقاصد ٤ : ٢٩٢ ؛ والمسالك ٣ : ٢٠٢ .

وما قيل: من أنّ الردّ يدلّ على إرادته الفسخ والإرادته غير المراد، ففيه: أنّ المدعى دلّته على إرادته كون المبيع ملكاً له والتمن ملكاً للمشتري، ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا، مع أنّ ظاهر الأخبار كفايه الردّ في وجوب ردّ المبيع بل قد عرفت في روايه معاويه بن ميسره حصول تملك المبيع بردّ الثمن، فيحمل على تحقّق الفسخ الفعليّ به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد [١] على الوجه الثاني من الوجهين الأوّلين، بل وعلى الوجه الأوّل، بناءً على أنّ تحقّق السبب وهو العقد كافٍ في صحّته إسقاط الحق. لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنّه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما من زمان التفريق عدم الجواز أيضاً. إلا أن يفرّق هنا: بأنّ المشروط له مالك للخيار قبل الردّ

الشرح:

وما يقال من أنّ الرد يدلّ على إرادته الفسخ، والإرادته غير المراد، يعنى إرادته الفسخ غير تحقّق الفسخ لا يرجع إلى محصل، لأنّ الأمر الانشائي المراد يحصل بفعل أو قول يكون ذلك الفعل أو القول ظاهراً في إرادته ذلك الأمر واعتباره.

ثم لا يخفى أنّ في كلام المصنف رحمه الله في المقام أيضاً تسامحاً حيث إن ظهور الفعل في إرادته التمليك والتملك لا يكون فسخاً بل يعتبر فيه دلالة الفعل على إلغاء البيع السابق على ما تقدم.

[١] وحاصله: أنه لو جعل رد الثمن قيداً للفسخ بأن كان خيار الفسخ ثابتاً من حين العقد فيجوز إسقاطه بعد العقد كما هو مقتضى فعليته الخيار، وكونه حقاً.

وأما على الوجه الأول أي جعل رد الثمن قيداً لنفس الخيار فيشكل إسقاطه بعد العقد، وقبل الرد حيث إنّ الخيار، ولو كان حقاً، إلا أنّ إسقاط الحق يتوقف على فعليته، وليس المراد أنه لا يمكن إسقاط الحق إلا بعد فعليته كما يتوهم من قولهم من أنّ

الشرح:

الإسقاط قبل الرد إسقاط لما لا يجب، بل المراد أنّ مقتضى كون شيء حقاً جواز إسقاطه بعد فعليته.

وأما إسقاطه قبل ذلك فيحتاج نفوذه إلى دليل كما هو الحال في شرط سقوط الخيار في العقد، حيث إنّ الشرط المزبور إسقاط حق يعمه دليل «المسلمون عند شروطهم»^(١)، وكذا في بعض موارد الخيار في فسخ النكاح حيث دلت الرواية على جواز إسقاطه قبل فعلية ذلك الخيار.

والحاصل: أنّ مقتضى ما صرح به في التذكرة^(٢) من أنه لا يصح إسقاط خيار الشرط والحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما بعد التفرق كما عليه الشيخ قدس سره^(٣) عدم جواز إسقاط الخيار في المقام قبل الرد.

ولكن يمكن أن يمنع عن ذلك بأنه يمكن للعلامة الالتزام بعدم جواز الإسقاط في خيارى الشرط والحيوان قبل التفرق، وجواز إسقاط الخيار في المقام قبل ردّ الثمن، فإنّ الافتراق المعلق عليه انتهاء الخيارين خارج عن اختيار ذى الخيار حيث يمكن للآخر أن يصحبه فلا يحصل الافتراق بخلاف المقام، فإنّ كون البائع مالكا لردّ الثمن الموجب للخيار كاف في إسقاطه.

أقول: الفرق المزبور عليل، فإنه ربما لا يكون البائع في بيع الخيار متمكناً على رد الثمن إلى زمان لفقد المال، هذا أولاً.

وثانياً: أنه لا يكفي في إسقاط الخيار كون الموضوع له في اختيار الشخص، وإلاّ

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) أنظر التذكرة ١ : ٥٢٠ .

٣- (٣) يأتي قول الشيخ في الجزء السابع: في أحكام الخيار، في مسأله: أن المبيع يملك بالعقد .

الشرح:

جاز إسقاط الخيار لمشتري الحيوان قبل شرائه، كما إذا كان الإسقاط بعد إيجاب البائع وقبل قبوله، بحيث لا يكون القبول مبنياً على ذلك الإسقاط فإنه لو كان مبنياً عليه لكان من شرط السقوط في العقد.

والصحيح في الجواب هو القول بجواز الإسقاط بعد العقد في خيارى الشرط والحيوان أيضاً، حتى على مسلك الشيخ قدس سره من حدوثهما بعد التفرق فإن الخيار المعلق على التفرق أو رد الثمن أيضاً حق عند العقلاء، وإن إسقاطه قبل حصولهما نظير إلغاء الوصيه التمليكيه يحسب من رفع اليد عن الحق.

ويشير إلى ذلك قوله عليه السلام في بعض أخبار الحيوان(١) بكون مثل التقييل واللمس رضا بالبيع، فإنه مقتضاه سقوط الخيار ولزوم البيع في كل زمان بالالتزام ببقاء البيع، كان ذلك قبل التفرق أو بعده.

ويسقط هذا الخيار بانقضاء الزمان المشروط فيه رد الثمن وعدم رده أو ردّ بدله في ذلك الزمان على التفصيل المتقدم.

ولو تبين المردود من غير جنس الثمن فلا- يتحقق الرد، بخلاف ما إذا تبين كونه معيباً فإنه يكفي في الرد، غايه الأمر يكون للمشتري حق الاستبدال.

ولكن يمكن أن يقال بعدم الفرق بين الصورتين في عدم الكفايه، وذلك فإنه إنما يصح الفرق بين غير الجنس والمعيب، فيما كان المتعلق شخصاً، كما إذا ظهر المقبوض في السلم ثمناً من غير الجنس المذكور في العقد، بأن باع الحنطه سلماً بمئه درهم خارجيه، ثم ظهر الموجود الخارجى عشره دنانير، فإن ذلك لا يكفي في قبض

ص: ٤٥

الشرح:

الثلث، فيحكم ببطلان المعامله بخلاف ما إذا ظهرت تلك الدراهم معيه، فإنه يكفي في القبض، غايه الأمر يكون للبائع خيار الفسخ باعتبار ظهور العيب في الثلث.

وأما في مورد كون المتعلق كلياً كما إذا كان الدراهم في بيع السلم بنحو الكلى على العهده وظهر المدفوع بعنوان أداء الثلث من غير الجنس أو المعيب، فإنه لا- فرق بينهما ومع بقاء المجلس للبائع مطالبه المشتري بالفرد من الثلث وبالصحيح، ومع عدم بقائه يحكم ببطلان السلم سواء قلنا بأن كون المراد بالشئ في المعامله صحيحه للانصراف أو للشرط الارتكازي.

وبما أن المفروض في المقام كون المشروط رده كلياً، فلا- فرق بين ظهور المردود من غير الجنس أو المعيب في عدم كفايه ذلك في نفوذ الفسخ.

نعم إذا التفت المشتري إلى مال المردود ورضى به كفى في نفوذ فسخ البائع بلا فرق بين الصورتين ايضاً.

ولكن الكلام فيما أخذ المردود من غير التفات إلى حاله بحيث لو كان ملتفتاً لم يأخذه.

وربما يوجه الفرق كما عن النائني قدس سره (1) بأن الوصف حق للمشتري فيصح له المطالبه به والمعيب المدفوع داخل في الثلث، ولكن بما أن دفع الوصف لا يمكن إلا في ضمن عين يكون له الاستبدال بخلاف ظهور المدفوع من غير الجنس فإنه غير داخل في الثلث المشروط رده.

وفيه: أن المدفوع إنما يدخل في عنوان الثلث فيما إذا رضى المشتري بالمعيب

ص: ٤٦

ولو من حيث تملكه للردّ الموجب له فله إسقاطه، بخلاف ما في التذكرة. ويسقط أيضاً بانقضاء المدّة وعدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً، على التفصيل المتقدّم. ولو تبين المردود من غير الجنس فلا ردّ. ولو ظهر معيماً كفى في الردّ، وله الاستبدال. ويسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعين [١] مع اشتراط ردّ العين أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلّي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع. كلّ ذلك لإطلاق ما دلّ على أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضاً بالعقد ولا خيار. وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النصّ

الشرح:

مع الالتفات بحاله كما أنّه بالرضا كذلك يحسب غير الجنس أيضاً رداً للثمن المشروط رده، ولكن الكلام كما ذكرنا فيما إذا لم يلتفت بالحال فتدبر جيداً.

[١] ويسقط أيضاً هذا الخيار بالتصرف في عين الثمن المشروط رده، أو التصرف في الفرد المأخوذ فيما إذا كان مقتضى الاشتراط في العقد أو كان مقتضى إطلاق اشتراطه ردّ تلك العين أو ردّ ذلك الفرد.

ويدل على كون التصرف في الثمن المزبور موجباً لسقوط الخيار ما ورد (١) في خيار الحيوان من أنّ تصرف ذي الخيار في الحيوان المشتري رضياً منه بالبيع، فلا خيار حيث إن الروايات وإن وردت في خيار الحيوان، إلا أنّ الأصحاب قد فهموا منها عموم الحكم، ولذا ذكروا سقوط خيار المجلس والشرط بالتصرف كسقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه.

ولكن مع ذلك ذكر المحقق الأردبيلي (٢) وصاحب الكفاية (٣) عدم سقوط الخيار

ص: ٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار .

٢- (٢) حكاة عنه السيد المجاهد في المناهل : ٣٤٠ ، وراجع مجمع الفائده ٨ : ٤٠٢ و ٤١٣ .

٣- (٣) حكاة عنه السيد المجاهد في المناهل : ٣٤٠ ، وراجع كفاية الأحكام : ٩٢ .

كخيارى المجلس والشرط. وظاهر المحكى عن المحقق الأردبيلى وصاحب الكفايه: عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن؛ لأنّ المدار فى هذا الخيار عليه، لأنّه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائده، وللموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن وبيع المدار لأجل ذلك. والمحكى عن العلامة الطباطبائى فى مصابيح الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله: أنّ التصرف المسقط ما وقع فى زمان الخيار ولا خيار إلاّ بعد الردّ، ولا ينافى شىء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الردّ، لأنّ ذلك منه بعده لا قبله، وإن كان قادراً على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوه، على أنّه لا يتم فيما اشترط فيه الردّ فى وقتٍ منفصلٍ عن العقد كيومٍ بعد سنهٍ مثلاً، انتهى محصل كلامه.

الشرح:

فى بيع الخيار بتصرف البائع فى الثمن المأخوذ؛ لأنّ الخيار فى بيع الخيار قد جعل للبائع مع فرض تصرفه فيه، وقد أمضى الشارع البيع المزبور بهذا النحو ويفصح عن ذلك موثقه إسحاق بن عمار(١) المفروضه فيها حاجه المسلم إلى بيع داره ببيع الخيار، ومن الظاهر أن الحاجه إلى بيع داره معناها الحاجه إلى ثمنها بالتصرف فيها.

وقد أجاب بحرالعلوم قدس سره فى مصابيح(٢) عن ذلك بعد الطعن على القول المزبور بأنه مخالف لما عليه الأصحاب بما حاصله: أنّ الالتزام بسقوط الخيار بتصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه لا- يوجب محذوراً فى المقام؛ لأنّ التصرف فى الثمن المأخوذ فى بيع الخيار يكون قبل ردّ الثمن وهو ليس زمان الخيار فلا يكون التصرف فيه فى ذلك الزمان مسقطاً، بل المسقط له التصرف فيه بعد ردّه إلى المشتري حيث إنّ هذا

ص: ٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) حكاة عنه السيد المجاهد فى المناهل : ٣٤١ ، وانظر المصابيح (مخطوط) : ١٣٩ .

وناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره قدس سره من كون حدوث الخيار بعد الردّ لا قبله بأن ذلك يقتضى جهاله مبدأ الخيار، وبأنّ الظاهر من إطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدّمة في هذه المسألة الدّالة على أنّ غلّه المبيع للمشتري هو كون مجموع المدّة زمان الخيار، انتهى.

أقول: في أصل الاستظهار المتقدّم والردّ المذكور عن المصاييح والمناقشه على الردّ نظرًا.

الشرح:

الزمان زمان فعلية الخيار فيكون تصرف البائع فيه مسقطاً لخياره.

مع أنّ ما ذكر من لزوم نقض الغرض في فرض سقوط الخيار بالتصرف في الثمن لا يتم فيما إذا كان زمان الخيار منفصلاً عن العقد كما إذا جعل مدة الخيار كالיום الأول بعد السنه، فإن التصرف في الثمن في طول السنه لا يوجب سقوط الخيار.

وذكر صاحب الجواهر رحمه الله (1) أنّ ما ذكره بحر العلوم قدس سره في مقام الجواب غير صحيح، فإن رد الثمن ليس شرطاً لحدوث الخيار والا لزم جهاله مدة الخيار من حيث المبدأ.

وعلى ذلك يكون سقوط الخيار بالتصرف في الثمن نقضاً للغرض من تشريع بيع الخيار، وأيضاً يرى العرف قبل رد الثمن وبعده زمان الخيار.

ويظهر ذلك من كثير من الأصحاب فإنهم قد ضعفوا ما ذهب إليه الشيخ قدس سره من أنّ النقل والانتقال في البيع يحصل بانقضاء زمان الخيار بالأخبار الواردة في المقام الدّالة على أنّ غلّه الدار للمشتري.

ص: ٤٩

أما الأول: فلائنه لا مخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف المنسحب في غير مورد النصّ عليه باتّفاق الأصحاب. وأمّا بناء هذا العقد على التصرّف فهو من جهة أنّ الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفايه ردّ مثل الثمن، ولذا قوّينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعمّ البديل، وحينئذٍ فلا يكون التصرّف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاه بين فسخ العقد وصحّه هذا التصرّف واستمراره، وهو مورد الموثّق المتقدّم أو منصرف إطلاقه. أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرّف في الثمن، وقد مرّ أنّ السقوط بالتصرّف ليس تعبدًا شرعيًا مطلقاً حتّى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

الشرح:

ووجه الظهور أنّ غله الدار للمشتري باعتبار كون أصل الدار له، والظاهر أنّ هذه الأخبار لا تكون ردّاً لما ذهب إليه الشيخ إلاّ أن يكون كلاً. من زمان قبل ردّ الثمن وبعده زمان الخيار ليكون تملك المشتري الغله فيهما دليلاً على بطلان ما ذهب إليه الشيخ قدس سره .

وذكر المصنف رحمه الله أنّ كلاً. مما ذكره المحقق الأردبيلي، والجواب عنه بما في المصباح؛ والرد على الجواب المزبور ضعيف.

وحاصل ما ذكره في الإيراد على كلام الأردبيلي بأنّ التصرف في الثمن يكون مسقطاً للخيار فيما إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن أو عين ذلك الفرد المأخوذ والغالب في بيع الخيار كون الثمن كلياً، وقد تقدم أنه لا يستفاد من الإطلاق اشتراط ردّ عين الفرد المأخوذ كما هو مورد موثقه اسحاق بن عمار(1) أو منصرفها، ومع عدم اشتراط ردّ العين لا يكون في التصرف في العين دلالة على التزام

ص: ٥٠

١- (١) مرّت آنفاً .

وأما الثاني: فلأنَّ المستفاد من النصِّ والفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولي يُسقط الخيار في كلِّ مقام يصحُّ إسقاطه بالقول، الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردِّ. هذا، مع أنَّ حدوث الخيار بعد الردِّ مبنيٌّ على الوجه الأوَّل المتقدِّم من الوجوه الخمسه في مدخله الردِّ في الخيار، ولا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارته غير واحدٍ هو الوجه الثاني.

الشرح:

البائع بإبقاء البيع، وقد تقدّم أنَّ قوله عليه السلام: «فذلك رضى منه بالبيع فلا خيار» ليس حكماً تعبدياً محضاً بل حكم بسقوط الخيار بالتصرف الخارجى الذى يكون فيه دلاله نوعيه على الالتزام بإبقاء البيع فيدخل فى المسقط الفعلى ولا يكون التصرف مسقطاً فيما إذا علم أن التصرف لا يكون على هذا الوجه.

أقول: قد ذكرنا أنه لا فرق بين الثمن الشخصى أو الكلى على العهده فى أن مقتضى القرينه العامه أن المشروط فى بيع الخيار ردِّ ما يعم البدل، ومع اشتراط رد ما يعم البدل لا يمكن الالتزام بسقوط الخيار بالتصرف فى عين الثمن أو الفرد المأخوذ، سواء كان ذلك التصرف من التصرفات الناقله أم من التصرفات الانتفاعيه.

وأما إذا كان المشروط تصريحاً رد عين ذلك الثمن أو الفرد المأخوذ، فمع التصرف الناقل فيه لا يبقى للخيار موضوع بخلاف التصرف الانتفاعى فإنه لا موجب لسقوط الخيار معه، فإنه أيضاً لا يوجب سقوط الخيار ولا يستفاد سقوطه مما ورد فى التصرف فى الحيوان المشترى لما تقدم من أنَّ سقوط الخيار بالإسقاط الفعلى كالقولى، وأن لم يكن أمراً تعبدياً إلاَّ أنَّ تطبيق الإسقاط الفعلى على مثل النظر إلى ما كان يحرم من الأمه المشتره أمر تعبدى لا يمكن التعدى منه إلى المقام.

وأيضاً دعوى أنَّ مورد الموثقه أو منصرفها كون الثمن كلياً على العهده غير ظاهر

أو نقول: إنَّ المتَّع مدلول الجملة الشرطيَّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الرَّد فيها قيداً للخيار وقد يؤخذ قيداً للفسخ. نعم، لو جُعِل الخيار والرَّد في جزءٍ معيَّن من المدَّة كيوم بعد السنه كان التصرّف قبله تصرّفاً مع لزوم العقد، وجاء فيه الإشكال في صحّه الإسقاط هنا: من عدم تحقّق الخيار، ومن تحقّق سببه.

الشرح:

كما لا يخفى.

وأورد رحمه الله على ما ذكر في المصاييح من أن التصرف قبل ردّ الثمن لا يكون تصرفاً في زمان فعلية الخيار ليكون مسقطاً؛ بأن التصرف مسقط فعلي وإذا فرض صحه إسقاط الخيار بالقول قبل ردّ الثمن على ما تقدم يكون إسقاطه بالفعل أى التصرف نافذا ولو مع عدم فعلية الخيار.

مع أن كون ردّ الثمن مبدأ للخيار غير صحيح فإن ظاهر كلمات الأصحاب كون ردّ الثمن قيداً للفسخ؛ وأن زمان الخيار يعم قبل الرد وبعده.

ولو لم يكن هذا متعيّناً فلا ينبغي الريب في أنه يمكن جعل الخيار بنحو يكون ردّ الثمن قيداً للفسخ كما يمكن جعله بنحو يكون قيداً للخيار.

نعم إذا جعل الخيار منفصلاً كالיום الأول بعد السنه يجرى فيه الإشكال المتقدم في أنه يجوز إسقاط الخيار فيه قولاً قبل ذلك الزمان أم لا، ولو قيل بعدم جواز الإسقاط قولاً فلا يكون التصرف فيه في الثمن موجباً لسقوط الخيار.

أقول: لو قلنا بجواز إسقاط الخيار قولاً قبل رد الثمن وإن جاز قبله إسقاطه فعلاً. أيضاً إلا أن ذلك لا يوجب كون التصرف الانتفاعي في الثمن المشروط ردّه ولو مع عدم قصد إسقاط الخيار موجباً لسقوط الخيار.

وذلك فإن النص الوارد في الحيوان الدال على أن التصرف الانتفاعي في الحيوان ولو مع عدم إسقاط الخيار مسقطٌ مورده ما إذا كان التصرف المزبور زمان فعلية الخيار،

ص: ٥٢

وأما المناقشه فى تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم جهاله مدّه الخيار، ففيه: أنّها لا تقدح مع تحديد زمان التسلّط على الردّ والفسخ بعده إن شاء. نعم، ذكر فى التذكرة: أنّه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرّق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد. لكن الفرق يظهر بالتأمّل. وأمّا الاستشهاد عليه بحكم العرف، ففيه: أنّ زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلّا ما كان الخيار متحقّقاً فيه شرعاً أو بجعل المتعاقدين، والمفروض أنّ الخيار هنا جعليّ، فالشكّ فى تحقّق الخيار قبل الردّ بجعل المتعاقدين. وأمّا ما ذكره بعض الأصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعلّهم فهموا من مذهبه توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتّى المنفصل، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه وإطلاق ما استدلّ له به من الأخبار.

الشرح:

فإنّ أمكن التعدى عن هذا المسقط التبعدى فيلتزم بسقوط كل خيار بالتصرف الانتفاعى فيما انتقل إليه زمان الخيار؛ ولا يعم ما إذا كان التصرف قبل التصرف قبل ذلك الزمان.

وأما دعوى أنّ إسقاط الخيار المشروط لا يمكن أن يتحقّق بالفعل وليس الفعل كالقول حيث لا يمكن الإسقاط المزبور بالفعل، لأنّ الفعل لا تعليق فيه، ولا يمكن كونه مسقطاً فعلاً لعدم فعلية الخيار، لا يمكن المساعدة عليها لأنّ الإسقاط فعلاً أو قولاً إبراز لإلغاء الجعل الذى كان بنحو القضيّه الشرطيّه بلا فرق بينهما.

وأورد على ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله: من أنّه لو كان رد الثمن قيّدا لنفس الخيار لكان مبدأ الخيار مجهولاً بأنّ الجهاله فى مبدأ الخيار لا تقدح مع تحديد زمان الخيار بعد حدوثه.

نعم ذكروا أنّ جعل مبدأ الخيار فى شرط الخيار التفرّق عن مجلس العقد غير جائز فيما كان عند الإطلاق الشرط مبدأه تمام العقد، وقيل: إنّ مقتضاه عدم جواز جعل الخيار فى المقام من حين رد الثمن، إلّا أنّ التأمّل يقضى بالفرق بينهما بأنّ التفرّق أمر

ص: ٥٣

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري [١] سواءً كان قبل الردّ أو بعده، ونماؤه أيضاً له مطلقاً. والظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيستردّ المثل أو

الشرح:

غير اختياري لذي الخيار، فلا يمكن جعله مبدأً بخلاف ردّ الثمن فإنه أمر اختياري، فيجوز جعله مبدأً.

وأيضاً ما ذكره من أن تضعيف الأصحاب ما ذهب إليه الشيخ قدس سره من حصول النقل والانتقال بعد انقضاء زمان الخيار بأخبار الباب، يدلّ على أن ردّ الثمن قيد للفسخ غير صحيح، فإنه يمكن أن يكون ردّ الثمن قيداً للخيار ومع ذلك يصح تضعيف القول المزبور، فإنه من المحتمل أنهم فهموا من كلام الشيخ ذهابه إلى حصول النقل والانتقال على انقضاء زمان الخيار.

ولو كان ذلك الزمان منفصلاً عن العقد فضعفوه بأخبار الباب الداله بعضها على أن غله الدار للمشتري.

أقول: قد تقدم ما في الفرق بين التفرق وردّ الثمن، بأن الأول غير اختياري، والثاني اختياري.

وتقدم أيضاً أن ظاهر كلامهم اشتراط التعيين في مده الخيار من حيث المبدأ والمنتهى.

والمتحصل مما ذكرنا أن التصرف الانتفاعي قبل ردّ الثمن لا يكون مسقطاً للخيار أصلاً كما أن التصرف الناقل لا يوجب سقوطه فيما إذا كان الشرط ردّ الثمن ولو ببدله كما هو مقتضى القرينه العامه في بيع الخيار.

وأما إذا كان المشروط ردّ المأخوذ بعينه فينتفى الخيار بالتصرف الناقل لانتفاء موضوع الخيار معه كما لا يخفى.

[١] لو تلف المبيع بيد المشتري يحسب التلف عليه سواءً قبل كان تلفه بعد رد

القيمة بردّ الثمن أو بدله. ويحتمل عدم الخيار، بناءً على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له ردّ الثمن وارتجاع البيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّ لا تنافى بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيحىء في أحكام الخيار لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتمّ إلّا بالتزام إبقائه للبائع.

الشرح:

الثمن عليه أو بعده، ويكون له نماء المبيع أيضاً سواء قبل ردّ الثمن أو بعده حيث إنّ النماء يتبع العين في الملك. والظاهر أنّ تلف المبيع بيده لا يوجب سقوط خيار البائع فإن الخيار كما تقدم حق لذي الخيار يتعلق بالعقد لا بالعوضين، غايه الأمر يمتاز بيع الخيار من سائر الخيارات بأن من عليه سائر الخيارات يجوز له التصرف فيما انتقل إليه حتى التصرف الموجب لتلف العين أو خروجه عن ملكه، لأن المال المزبور ملكه فله التصرف فيه بما شاء، وحق الخيار لتعلقه بالعقد لا ينافيه بخلاف هذا الخيار فإن المشروط في هذا البيع أمر آخر أيضاً وهو اشتراط إبقاء عين المبيع لبائعه في المدة المضروبه.

وهذا الاشتراط إرتكازى في هذا البيع ويشهد له ظاهر بعض الروايات المتقدمة من اشتراط إرجاع المبيع بعد ردّ الثمن.

وذكر المصنف رحمه الله : أنه يحتمل أن لا يكون خيار بعد تلف المبيع في يد المشتري بأن يكون خيار البائع مشروطاً ببقاء المبيع، وقال: لا منافاه بين كون الخيار مشروطاً ببقائه وبين وجوب إبقاء عين المبيع.

أقول: لو كان الخيار حقاً متعلقاً بعين المبيع لما جاز للمشتري التصرف فيه في سائر الخيارات أيضاً. ويبطل تصرفه فيه لتعلق حق البائع به كما أنه لا يجوز للبائع

الشرح:

التصرف الناقل في الثمن فيما كان الخيار للمشتري كخيار الحيوان ولا أظن الالتزام بذلك كما تقدم في تعريف الخيار.

وأما إذا كان حقاً متعلقاً بالعقد كما ذكرنا، يكون عدم جواز تصرف المشتري في المبيع في بيع الخيار بالاتلاف أو بالنقل شرطاً آخر بأن يكون المشروط على المشتري التحفظ بعين المبيع.

ولازم ذلك ثبوت الخيار في الفسخ حتى بعد تلف المبيع أيضاً حتى فيما كان التلف بإتلافه كما هو مقتضى خيار تخلف الشرط وعلى ذلك، فكيف لا تكون منافاه بين ثبوت الخيار في صورته بقاء المبيع خاصة ووجوب التحفظ على المشتري بحيث لا يكون في البين إلا شرط الخيار خاصة.

وعن صاحب الجواهر قدس سره (١): أنه جعل تلف المبيع قبل رد الثمن مسقطاً لخيار البائع.

وأما إذا كان تلفه بعده فلا يسقط الخيار لأن التلف مضمون على المشتري، لأنه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المشتري بالمثل أو قيمه بخلاف التلف قبل رد الثمن، فإن التلف في هذا الفرض ليس مضموناً على المشتري ليكون للبائع الرجوع إلى المشتري بعد الفسخ بالمثل أو قيمه، بل المتجه في التلف في هذا الفرض سقوط خيار البائع إلا أن يشترط الرجوع عليه عيناً أو قيمة مع التلف أيضاً.

أقول: هذا التفصيل منه قدس سره ينافي ما تقدم منه في الجواب عن الطباطبائي، حيث ذكر في ذلك الجواب أن مقتضى العرف وظاهر الأصحاب، وكذا ظاهر الأخبار، كون ما

... .

الشرح:

قبل ردّ الثمن وما بعده زمان الخيار، وأن ردّ الثمن قيد للفسخ خاصه مع أنه لا معنى لضمان المشتري المبيع إلا بضمان معاوضى.

وهذا الضمان المعاوضى حاصل قبل ردّ الثمن وبعده. وأما الضمان الآخر أى ضمان اليد فيحصل بعد فسخ البائع لا بعد ردّ الثمن ولا يفترق فى ضمان اليد تلف عين المبيع وعدمه بعد ما ذكرنا من أنّ الخيار حق يتعلق بالعقد لا بعين العوضين هذا كله فى تلف المبيع.

وأما تلف الثمن لا بإتلاف البائع فمقتضى ما ذكره من أنّ التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له أن يفسخ البيع لو قلنا: بأن ردّ الثمن قيد للفسخ لا- لنفس الخيار، ومعنى كون التلف ممن لا- خيار له انحلال البيع بالتلف المزبور كما فى قولهم: التلف قبل القبض من مال البائع.

وأما إذا قيل: بأن رد الثمن قيد لنفس الخيار يكون تلف الثمن على البائع كما هو مقتضى الضمان المعاوضى الحاصل على الطرفين بالبيع.

وعلى ذلك، فإن كان الشرط فى بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن يسقط خيار البائع بانتفاء موضوعه، وإن كان ما يعم بدل ذلك الثمن يبقى الخيار بحاله، وكذا لو قلنا: بأن قولهم «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» يختص بتلف المبيع، ولا يعم تلف الثمن.

وأما إذا كان تلف الثمن بعد رده على المشتري فإن قلنا: بعموم قاعده «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» للثمن، فينحل البيع بالتلف المزبور فيأخذ البائع عين المبيع، فإن الثمن بعد رده على المشتري وقبل التلف وإن كان ملكاً للبائع مادام لم يحصل الفسخ إلا أنّ بالتلف ينحل البيع بناءً على عموم القاعده كما ذكر.

الشرح:

ولكن ذكر النائيني رحمه الله (١): أنّ القاعده المزبوره لا تعمّ المقام، فإن موردها ما إذا كان تلف المال المضمون بيد ذى الخيار حيث إن مقتضى ما دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له، امتداد الحكم الثابت قبل القبض المستفاد من قولهم «التلف قبل القبض من مال بايعه إلى ما بعد القبض»، والمفروض فى المقام صيروره الثمن بيد المشتري وخروجه عن يد ذى الخيار، فىكون ضمان الثمن على المشتري نظير ضمان المأخوذ بالسوم، حيث إن البائع قد دفع الثمن إلى المشتري ليسترد منه المبيع لا مجاناً.

نعم إذا تلف الثمن قبل الرد بيد البائع يكون من صغريات تلك القاعده حتى لو قيل: بأن رد الثمن قيد لنفس الخيار؛ لأن العبره ليس لنفس زمان الخيار بل بعدم استقرار الملك وكونه فى معرض الزوال كما يشير إلى ذلك قوله عليه السلام: «حتى ينقضى الشرط ويصير المبيع للمشتري» (٢)، فإن هذا الكلام بمنزله القول بأن عدم استقرار الملك يوجب انحلال البيع بتلف المبيع بيد ذى الخيار، ومع التعدى إلى تلف الثمن يكون انحلال البيع فى المقام بتلف الثمن بيد البائع المفروض كونه ذا الخيار.

أقول: لم يظهر من قاعده ضمان تلف المال على من لا خيار له أن الضمان بمعنى انحلال البيع ينحصر بصوره كون التلف فى يد ذى الخيار، فلو قبض المشتري الحيوان ثم استودعه عند بايعه وتلف قبل انقضاء ثلاثه أيام انحل البيع.

ولا أظن أن يلتزم أحد ببقاء البيع بحاله، وأن المشتري على تقدير فسخ البيع يرجع إلى بايعه بالقيمه لكون الحيوان قيماً.

ص: ٥٨

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٩٥ ٩٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٤ ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

ولو تلف الثمن: فإن كان بعد الرد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من أنّ التلف في زمان الخيار مّمن لا خيار له كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع، إلا أن يمنع شمول تلك القاعده للثمن ويدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين واستظهره من روايه معاويه بن ميسره المتقدمه. ولم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلا أنّ نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري، وهما إجماعيان حتى في مورد كون التلف مّمن لا خيار له، فلا حازه لهما إلى تلك الروايه، ولا تكون الروايه مخالفه للقاعده، وإنما المخالف لها هي قاعده أنّ الخراج بالضمّان [١] إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحدٍ عموم القاعده للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثه أعنى خيار المجلس والشرط والحيوان وسيجيء الكلام في أحكام الخيار. وإن كان التلف قبل الردّ الشرح:

ويشهد لعدم اعتبار التلف بيد ذى الخيار إطلاق الروايات الوارده في تلف الحيوان، حيث لم يؤخذ فيها التلف بيد ذى الخيار.

نعم قد فرض ذلك في السؤال في بعضها، ومن الظاهر أنّ الأخذ في السؤال لا يوجب تقييد إطلاق الجواب في غيرها.

نعم الروايات كما أشرنا وارده في خيار الحيوان والتعدى منه إلى سائر المبيع فضلاً عن الثمن غير ممكن فيؤخذ بقاعده الخراج بالضمّان المقتضيه لذهاب المال عن ملك مالكه غايه الأمر أنّ التلف على مالكه المفروض كونه ذا الخيار لا يوجب سقوطه خياره، بلا فرق بين كون تلف الثمن في المقام قبل ردّه على المشتري أو كان بعده كما لا يخفى.

[١] قد تقدم عدم شمول قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار لتلف الثمن في المقام، وأن عدم الشمول لقصور القاعده وعدم العموم في دليلها لا لدلاله روايه

فمن البائع، بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الردّ.

وفيه مع ما عرفت من منع المبنى : منع البناء، فإنّ دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواءً كان بخيارٍ متّصلٍ أم بمنفصلٍ، كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء ثمّ إن قلنا: بأنّ تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، وإن قلنا: بأنّه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيردّ البدل ويرتجع المبيع.

الأمر السادس: لا إشكال في القدره على الفسخ [١] بردّ الثمن على نفس المشتري، أو بردّه على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد. وإن كان المشروط هو ردّه إلى المشتري مع عدم التصريح ببدله، فامتنع ردّه الشرح:

معاويه بن ميسره (١) على اختصاصها بالمبيع كما عن الجواهر (٢)، فإنّ تلك الروايه داله على كون نماء المبيع في بيع الخيار للمشتري وتلفه أيضاً عليه، وشيء من الحكمين لا ينافى كون ضمان تلف الثمن أيضاً عليه.

والمنافى لقاعده ضمان التلف على غير ذى الخيار، قاعده أنّ الخراج بالضمان الجاريه في ناحيه الثمن؛ لأنها تقتضى ذهاب الثمن على البائع والقاعده أخص من قاعده الخراج بالضمان، فعلى تقدير عمومها يرفع اليد بها عن قاعده أنّ الخراج بالضمان كما لا يخفى.

[١] لو كان المصرح به في بيع الخيار ردّ الثمن على نفس المشتري أو وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، سواء كان اشتراط الرد إلى هؤلاء مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد على المشتري يحصل التمكن من الفسخ بالرد المزبور.

ص : ٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) الجواهر ٢٣ : ٨٨ .

إليه عقلاً- لغيبه ونحوها، أو شرعاً لجنونٍ ونحوه، ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم، كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبه مسائله وعدمه، كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله، قولان.

وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار، وأنه لا- اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال: إنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه، فما ذكره: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانةً إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلاّ أنّه بعيدٌ عن مساق الأخبار المذكوره، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان المشروط رد الثمن على المشتري كما هو المتعارف واتفق عدم التمكن من الرد عليه عقلاً لغيبه أو شرعاً لحصول الجنون أو السفه له، فهل يكفي في التمكن من الفسخ رد الثمن على الحاكم الشرعي، ومع فقدته على عدول المؤمنين أم لا يظهر كفايه رده على الحاكم من المحقق القمي رحمه الله في أجوبه مسائله(1) وخالف فيه صاحب المناهل رحمه الله (2).

ويظهر من صاحب الحدائق(3) قول ثالث وادّعى الإتفاق عليه، وهو عدم لزوم ردّ الثمن على المشتري في الفسخ مع غيبته، بل يكفي معها جعل البائع الثمن أمانه عنده، حيث إنه نقل أولاً قول المشهور، بأنه لا يعتبر في فسخ ذى الخيار حضور الخصم، وأنه لا يعتبر في الفسخ الإشهاد خلافاً لبعض علمائنا. وذكر ثانياً أنّ ظاهر الرواية اعتبار

ص: ٦١

١- (١) جامع الشتات ٢ : ١٤١ ، المسأله ٩٩ .

٢- (٢) المناهل : ٣٣٤ .

٣- (٣) الحدائق ١٩ : ٣٦ ٣٥ .

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم ردّ الثمن مع غيبه المشتري في هذا الخيار، ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانه عند البائع حتى يحضر المشتري. وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامه وبعض الخاصه، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، ولا تنافى بينه وبين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، وهو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أنّ ما ذكره من أخبار المسأله لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ. وإن كان موردها صورته لأجل تحقق الردّ، إلا أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمان، بناءً على مغايره الفسخ للردّ وعدم الاكتفاء به عنه. نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم. لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بردّ الثمن، فافهم.

الشرح:

حضور المشتري في الفسخ ليفسخ البائع البيع بعد رد الثمن عليه، فما ذكره من جواز فسخ البائع مع عدم حضور المشتري، وجعل الثمن عنده أمانه إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الإتفاق عليه، ولكنه بعيد عن مساق أخبار الباب.

وذكر المصنف رحمه الله في الرد على صاحب الحدائق، بأنه لم يظفر من الأصحاب بمن تعرض لفرض غيبه المشتري في بيع الخيار، وأنه يكفي في فسخ البائع جعل البائع الثمن أمانه عنده، فإنهم وإن ذكروا عدم اعتبار حضور الخصم في الفسخ خلافاً لبعض العامه (1)، إلا أنّ هذا باعتبار عدم اشتراط الفسخ بحضور المشتري ولا ينافى في ذلك اعتبار حضوره لرد الثمن عليه الذى شرط في نفوذ الفسخ، وكذا أخبار الباب فإنّ

ص: ٦٢

١- (١) نقله عنهم العلامة في التذكرة ١ : ٥٢٢، والشيخ في الخلاف ٣ : ٣٥، ذيل المسأله ٤٧ من كتاب البيوع، وراجع الفتاوى الهنديه ٣ : ٤٣ .

فيما لم يصرح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه، لأنّ الظاهر من الردّ إلى المشتري حصوله عنده وتملكه له حتّى لا يبقى الثمن في ذمّه البائع بعد الفسخ، ولذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى، الشرح:

موردها وإن كان حضور المشتري لرد الثمن عليه، إلّا أنه لا دلالة لها على اعتبار حضوره في حصول الفسخ؛ لأنّ الفسخ قد يتأخر عن رد الثمن.

ولو فرض حصول الفسخ برد الثمن لكان اعتبار حضوره لرد الثمن عليه لا لاعتباره في الفسخ.

ثمّ ذكر قدس سره: أنّ الأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ على خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه، في أنّ مع الرد عليه يتمكن البائع من الفسخ، وذلك فإن المراد بقريته الارتكاز في مقام الإشتراط رد الثمن على المشتري هو أن لا يبقى الثمن بيد البائع أو عهدته حين الفسخ، بأن يدفع الثمن على من يتعين دفع الثمن عليه على تقدير عوده إلى ملك المشتري، ولذا لو مات المشتري يدفع المال إلى وارثه، كما أنه لا خصوصية للبائع في رد الثمن بأن يكون المراد خصوص البائع، ولذا يدفع وارث البائع الثمن إلى المشتري ويفسخ البيع، وليس ذلك لإرث الخيار، فإنه لو كان الشرط في الخيار أو الفسخ ردّ خصوص البائع لا يكون المورد من موارد إرث الخيار باعتبار عدم تحقق شرطه إلّا للبائع خاصة، وإنما يورث الخيار فيما لم يكن شرط يخص تحققه بأحد المتعاقدين، وبتعبير آخر: يورث الخيار لا شرطه أو قيد الفسخ.

ولكن مع ذلك قد يقال: لو كان الشرط الردّ على المشتري فلا يكفي الدفع إلى وليه أو وكيله، لأنّ المفروض أن المذكور في بيع الخيار الرد على المشتري وليس في البين ما يدل على التنزيل بأن يقتضى ما دل على أن الوكيل أو الولي بمنزلة الموكل والمولى عليه، بل كون الحاكم الشرعي بمنزلة المولى عليه من المضحكات، كما أنه

وكذا لو ردّ وارث البائع، مع أنّ المصرّح به في العقد ردّ البائع، وليس ذلك لأجل إرثه للخيار، لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلّيه خصوص البائع في الردّ، وكذا الكلام في وليّه.

الشرح:

ليس في البين ما دل على أن قبض الوكيل أو الولي قبض للمشتري، فإن مقتضى ما دل على مشروعيه التوكيل أو الولاية أنّ الفعل الصادر عن الوكيل أو الولي مع كونه فعل الوكيل أو الولي نافذ في حق الموكل والمولى عليه ولكن المفروض في بيع الخيار أنه قد جعل شرط الخيار أو قيد الفسخ فعل المشتري أي رد الثمن عليه.

والحاصل: أن الأظهر في مورد لم يكن فيه قرينه على التعميم في الرد عدم كفايه الرد على الوكيل أو الولي في الفسخ.

أقول: مقتضى ما دل على مشروعيه الوكالة انتساب الفعل من الوكيل إلى الموكل، فيكون بيعه بيعاً للمالك فيدخل في قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) وطلاقه طلاقاً للزوج الموكل، حيث إن الوكالة تنحصر مواردها بموارد انتساب فعل المباشر إلى الأمر به أيضاً وتكون مشروعيتها بمعنى إمضاء الشارع هذا الانتساب كما لا يخفى.

وأما الولاية فإنه يكفي في رد الثمن على الولي كونه متولياً للأمر الراجع إلى المولى عليه، ومن تلك الأمور قبض المال الذي يدخل في ملكه بالوقف أو الهبة أو الاشتراط أو غير ذلك، كما يفصح عن ذلك ما ورد في هبة الأب أو وقفه المال على ولده الصغار وغير ذلك، فتدبر.

ص: ٦٤

١- (١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١ .

أخذ الحاكم الثمن في بيع الخيار

ودعوى: أنّ الحاكم إنّما يتصرّف في مال الغائب [١] على وجه الحفظ أو المصلحه، والثمن قبل ردّه باقٍ على ملك البائع، وقبضه عنه الموجب لسלטنه البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحه للغائب أو شبهه، فلا يكون ولياً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ، مدفوعه: بأنّ هذا ليس تصرّفاً اختيارياً من قبل الولي حتّى يناط بالمصلحه، بل البائع حيث وجد من هو منصوبٌ شرعاً لحفظ مال الغائب صحّ له الفسخ، إذ لا- يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتّى يقال: إنّ ولايته في القبول متوقّفه على المصلحه، بل المعبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ.

وممّا ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن [٢] إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبّه عن الغائب وشبهه. ولو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصحّ له الفسخ

الشرح:

[١] قد يشكل في قبض الحاكم الثمن بأنّ الحاكم إنّما يتصرف في مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحه، وهذا غير متحقق في قبض الثمن حيث إنّ الثمن ملك للبائع قبل أخذ الحاكم وبالأخذ يتمكن من تملك المبيع بفسخ البيع وقد لا يكون هذا الفسخ مصلحه للغائب أو سائر القصر فلا يكون ولياً في قبض الثمن.

الردّ إلى عدول المؤمنين

والجواب: أنّ رعايه المصلحه تنحصر بالموارد التي يكون تصرف الولي فيها اختيارياً أي بإرادته لا ملزم له لتلك الإراده، والأمر في قبض الثمن ليس كذلك، فإن شرط الخيار أو الفسخ ليس قبض المشتري بل تمكين البائع المشتري أو وليه أو وكيله المطلق من أخذ الثمن، وهذا يحصل بلا اختيار الولي لأنه لا يعتبر في حصول ذلك قبض المشتري أو وليه ليقال: إنّ قبول الولي مشروط بالمصلحه للمولى عليه.

[٢] ومما ذكر ظهر أنه لو لم يتمكن البائع من رد الثمن على الحاكم الشرعي أيضاً لفقده وفقد وكيله يجوز له رد الثمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوه للمشتري حسبّه

مع ردّ الثمن إلى الوليّ الآخر أعنى الجدّ مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب، أو لا؟ وجوه. ويجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فردّ البائع إلى حاكم آخر، وليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للأول حتّى لا يجوز قبوله للثمن، ولا يجرى ولايته بالنسبة إلى هذه المعامله بناءً على عدم جواز مزاحمة الحاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور، لما عرفت: من أنّ أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البائع إذا وجد من يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمةً للحاكم الأول، غايه الأمر وجوب دفعه إليه، مع احتمال عدم الوجوب، لأنّ هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرّف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمة. لكن الأظهر أنّها مزاحمة عرفاً.

الشرح:

على ما هو مقتضى ولايتهم على الغائب أو سائر القصر مع فقد الحاكم ووكيله.

ثمّ إنّه إذا اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يجوز للبائع الفسخ برد الثمن على الوليّ الآخر للطفل أى الجد مطلقاً أو مع عدم تمكنه من الرد على الأب أو لا يجوز وجوه.

ويجرى مثل ذلك ما إذا اشترى الحاكم للمولى عليه بخيار البائع مالاّ فهل يجوز للبائع فى فسخه البيع المزبور دفع الثمن إلى الحاكم الآخر.

فالأظهر التفصيل فى المقام بين الدفع إلى الجد أو إلى الحاكم الآخر فانه يجوز الدفع إلى الجد فى فسخ البيع المزبور أخذاً بما دل على ولايه الأب الشامل لأب الأب على ما تقدم فى بحث الولاية.

وأما الدفع إلى الحاكم الآخر فغير جائز فإنه ليس للحاكم الآخر ولايه على الطفل المزبور فإن الدليل على ولايه الحاكم فى أموال القصر هو دليل الحسبه

الأمر السابع: إذا أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن [١] لم يكن له ذلك إلّا- برّد الجميع، فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ. وليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه، لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنّه ضامنٌ له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنيه، إلّا أن يصرح بكونها أمانه عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع. الشرح:

ولا يجرى ذلك الدليل بعد وضع الحاكم الأول يده على أمر مال اليتيم، ولذا لا يجوز للثاني مزاحمه الأول.

والحاصل: عدم جواز قبض الحاكم الثاني بالإضافة إلى المعامله المزبوره بل مطلقاً فيما إذا كانت معاملة الحاكم الأول بعنوان التصدي لأموال الطفل المزبور حيث لا يثبت معه ولايه للحاكم الثاني بالإضافة إلى ما يتعلق بالمعامله المزبوره بل مطلقاً كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره في هذا الأمر ما حاصله: أنه إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ الثمن بقول مطلق فلا يكون للبائع فسخ إلّا بعد رد تمام الثمن عيناً أو بدلاً، فإن رد على المشتري بعض الثمن فلا- ينفذ الفسخ، بل يبقى البيع بحاله وحينئذ لو كان دفع البعض بعنوان الثمنيه يبقى المال المزبور على ملك البائع، فلا يجوز للمشتري التصرف في ذلك البعض لكونه ملك البائع.

والظاهر أنه ضامن لأن المفروض دفعه إليه بعنوان الثمنيه، فمع عدم تحقق الفسخ يكون يده عليه يد ضمان.

وبتعبير آخر: لا فرق بين البيع الفاسد والفسخ الفاسد في ثبوت ضمان اليد في كل منهما.

وأما إذا دفع البعض إلى المشتري حتى يفسخ المعامله بإجماع تمام قدر الثمن عنده يكون الموجود بيد المشتري أمانه مالكيه، فلا يكون عليه ضمان اليد كما هو

ولو شرط البائع الفسخ في كل جزءٍ برد ما يخصه من الثمن، جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، وللمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع وخرجت المده. الشرح:

مقتضى نفى الضمان عن الأمين.

أقول: إذا فرض فسخ البائع البيع بدفع بعض الثمن ورضا المشتري بالفسخ المزبور لكان ذلك من إقاله البيع، فيصح للمشتري التصرف في المدفوع لأنه ملكه غاية الأمر يبقى باقي الثمن على عهده البائع.

وأما إذا لم يكن ذلك برضاه فلا يكون أخذ ذلك البعض بعنوان الثمنيه فعلاً، وان يكن ثمناً مستقبلاً فيكون المدفوع إليه فعلاً مع عدم فسخ البائع أمانه مالكيه لا محاله فلا يكون عليه ضمان المأخوذ.

وأما إذا كان المشروط فسخ البيع في المقدار المدفوع من الثمن حتى يتم فسخ تمام البيع بدفع تمام الثمن تدريجاً في المده المضروبه يفسخ البيع بفسخه في المقدار المدفوع.

وعلى ذلك فلو لم يدفع بقيه الثمن ولم يفسخ البيع في تمام البيع حتى انقضت المده المضروبه يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه الذي مرجعه إلى تخلف الشرط.

وهل للمشتري الخيار قبل انقضاء المده في فسخ البيع المزبور بدعوى تبعض الصفقه عليه، الظاهر ذلك.

أقول: لم يعلم الوجه في تحقق خيار تبعض الصفقه قبل انقضاء المده، فإن التبعض قبل انقضائها مما أقدم عليه المشتري، وإنما اشترط عدم التبعض بعد انقضاء المده فلا وجه لثبوت الخيار في حق المشتري قبل انقضائها.

ثم إنه قد يقال: إن اشتراط الفسخ في بعض المبيع مطلقاً أو برد مقدار يخصه من الثمن غير صحيحه، لأن الثابت شرعاً جواز اشتراط الخيار في البيع المنشأ ابتداءً.

وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك. ويجوز اشتراط الفسخ في الكل برّد جزءٍ معيّنٍ من الثمن في المدّه، بل بجزءٍ غير معيّنٍ، فيبقى الباقي في ذمّه البائع بعد الفسخ.

الشرح:

وأما البيوع الانحلاليه فاشتراط الخيار في بعضها أو كلها على نحو الاستقلال فغير ثابت بل مخالف لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) المقتضى للزوم البيع.

وبتعبير آخر: لم يثبت كون الزوم بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه حقيقاً، بل ظاهر الكتاب لزوم البيع من جهه المنشأ ابتداءً ومن جهه البيوع الانحلاليه، غايه الأمر ثبت كون الزوم في المنشأ ابتداءً حقيقاً. وأما بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه، فيؤخذ بظاهره؛ أضف إلى ذلك ما عن بعض الأجلّه (دامت أيامه) أنه لا انحلال للبيوع المنشأ ليشترط الخيار في بعضها.

أقول: قد تقدم سابقاً توضيح الانحلال بالإضافه إلى الأجزاء الخارجيه فيما إذا كان المبيع من بيع الشئيين بصفقه واحده، وبالإضافه إلى الأجزاء المشاعه بالإضافه إلى عين واحده وكون الزوم بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه أيضاً حقيقاً يظهر من ملاحظه ما إذا اشترى الحيوان مع غيره بصفقه واحده، ثم تلف الحيوان أيام خياره، فإنه لا ينبغي الشك في ثبوت الخيار بالإضافه إلى شراء غير الحيوان باعتبار تبعض الصفقه. مع أنّ هذا من اشتراط الخيار في البيع الانحلالي؛ فتدبر جيداً.

وقد ظهر مما ذكر جواز اشتراط الخيار في فسخ البيع برد بعض الثمن معيناً أو غير معين، وبعد الفسخ يبقى باقي الثمن في عهده البائع كل ذلك لكون الزوم في البيع حقيقاً يجوز معه اشتراط الخيار مطلقاً أو مقيداً برد تمام مقدار الثمن أو بعضه والله العالم.

ص: ٦٩

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ [١] برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن، ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، ولا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه، لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده وبدله مع تلفه وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ. وفي جواز اشتراط رد بدله ولو مع التمكن من العين إشكال: من أنه خلاف مقتضى الفسخ، لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة. نعم، لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي وبالقيمه في المثلي أمكن الجواز، لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمه بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمه والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل. ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله، والله العالم.

الشرح:

[١] كما يجوز للبائع اشتراط الخيار في الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الخيار في فسخ البيع برد المبيع.

ويفترق المقام عن اشتراط الخيار للبائع برد الثمن، أن مقتضى إطلاق اشتراط رد المبيع اعتبار رد عين المبيع، فلا يكفي في خيار المشتري رد البدل ولو مع تلف العين، حيث إن القرينه العامه المشار إليها سابقاً منحصره بمورد اشتراط الخيار للبائع ولا تجرى في اشتراط الخيار للمشتري برد المبيع.

وقد تقدم أيضاً أن مقتضى الفسخ مع بقاء العينين رجوعهما إلى مالكهما حتى لو كان الثمن كلياً، وقد دفع المشتري إلى البائع فرداً بعنوان الوفاء بالثمن فإنه يرجع ذلك الفرد إلى ملك المشتري لأن بقاءه في ملك البائع بلا وجه.

وعلى ذلك فلو اشترط دفع البدل مع بقاء العين في ناحيه الثمن أو المثل، يكون

مسأله: لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع [١]، بالبيع وجريانه في كل معاوضه لازمه كالأجاره والصلح والمزارعه والمساقاه بل قال في التذکره: الأقرب عندى دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضه، خلافاً للجمهور. ومراده ما يكون لازماً، لأنه صرح بعدم دخوله في الوكاله والجعله والقراض والعاريه والوديعة، لأن الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه، والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم»، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعه دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمه ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزه، إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى الشرح:

ذلك في الحقيقه من اشتراط الفسخ بالمبادله بين تلك العين وبدله وذكرنا جواز ذلك، وأنه لا فرق بين اشتراط دفع البديل مع بقاء العين وبين رد التالف المثلى بالقيمه أو بالعكس من هذه الجبهه فتدبر جيداً.

[١] ذكر رحمه الله: أنه لا إشكال ولا خلاف في جواز اشتراط الخيار في كل معاوضه لازمه كالبيع والإجاره والصلح والمزارعه والمساقات .

قال العلامة في التذکره (١) الأقرب دخوله في كل عقد معاوضه خلافاً للجمهور، ومُراده العقد اللازم، حيث صرح بعدم دخوله فيالوكاله والجعله والمضاربه والوديعة والعاريه من العقود الجائزه لأنه لا معنى لاشتراط الخيار مع جواز العقد دائماً.

والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

أقول: الظاهر زياده لفظه «بل» في قوله: «بل قال في التذکره» لأن ما ذكره أولاً عين ما نقله عن التذکره.

ص: ٧١

١- (١) التذکره ١ : ٥٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

للخيار فى العقد الجائز ولو من الطرف الواحد. فعن الشرائع والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفايه: دخول خيار الشرط فى كلِّ عقدٍ سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق. وظاهرهما ما عدا الجائز، ولذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير بعدما منع الخيار فى العقود الجائزه. وكيف كان: فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أن مقتضى عموم أدله الشرط الصّحّه فى الكلِّ و إنّما الإخراج لمانع، ولذا قال فى الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدس سره: إنّهُ لم يعلم وجهه مع عموم صحيحه ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم»، فالمهمّ هنا بيان ما خرج عن هذا العموم. فنقول: الشّرح:

ثمّ إنه لم يظهر وجه إدخال الصلح فى المعاوضه حيث إنّ الصلح هو التراضى والتسالم بشىء من الطرفين، وقد يكون ذلك الشىء معاوضه بين المالىن، وقد يكون أمراً آخر، وعلى كل تقدير فالصلح ليس نفس المعاوضه.

نعم لا بأس بإدخال المزارعه والمساقات فى المعاوضه حيث يمكن القول بأن تسليم الأرض إلى الزراع بإزاء حصه من حاصلها معاوضه بين التسليم المزبور، وبين تلك الحصه بحيث يكون التسليم مملوكاً للزراع والحصه على تقدير الزرع مملوكاً لمالك الأرض كما أنها فى المساقات معاوضه بين ملك عمل العامل وبين الحصه من الثمره.

ثمّ إنه قد اشتهر الاستدلال بعدم جواز اشتراط الخيار فى العقود الجائزه؛ بأن اشتراط الخيار فيها لغو محض ولا يقاسُ باشتراط الخيار فى مورد المجلس أو خيار الحيوان، حيث يمكن فيه إسقاط خيار المجلس أو الحيوان أو سقوطه وبقاء الخيار المشترط.

ولكن لا يخفى أنّ الاستدلال المزبور يتم فى العقود الجائزه المطلقه كالكاله

عدم جواز خيار الشرط فى الإيقاعات

أما الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود. قيل: لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما يتبّه عليه جملة من الأخبار والإيقاع إنّما يقوم بواحد.

وفيه: أنّ المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له، والمشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب والقبول، ألا- ترى أنّهم جوّزوا أن يشترط فى إعتاق العبد خدمة مدّه تمسّكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الأمر توقّف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعض.

الشرح:

والوديعه والعاريه.

وأما العقود الجائزه التى ينتهى الجواز الحكمى فيها فيما بعد كالهبه حيث تلزم بتلف العين أو إتلافها أو تغييرها فلا- يكون الاستدلال المزبور مقتضياً لعدم جواز اشتراط الخيار فيها إلى مدّه أو إلى الأبد. فيكون نتيجة اشتراطه جواز الفسخ والرجوع حتى بعد تلف العين أو تغييرها.

والحاصل: أنّ ظاهر كلمات بعض (1) الأصحاب جواز اشتراط الخيار فى كل عقد لازم سواء كانت معاوضه كالإجاره أو غيرها كالصلح حتى فيما كان لزومه من طرف واحد، فإنّ مع اللزوم من طرف واحد لا- يكون اشتراط الخيار لذلك الطرف لغواً بخلاف الجائز من الطرفين أو من طرف واحد، فإنه يصبح اشتراط الخيار من ذلك الطرف لغواً.

ص: ٧٣

١- (١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤ : ٣٠٤، والسيد المجاهد فى المناهل: ٣٣٦، والمحقق التستري فى المقابس : ٢٤٨، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٩.

لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول. فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو انصرافه، خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس: بعدم مشروعيتّه الفسخ في الإيقاعات حتّى تقبل لاشتراط التسلّط على الفسخ فيها. والرجوع في العده ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعيّ في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده. ومرجع هذا إلى أنّ مشروعيتّه الفسخ لا- بدّ لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعيتّه الإقاله وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات، فإنّه لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتّى يصحّ اشتراط ذلك فيها.

الشرح:

وذكر المحقق (١) وجمع آخر (٢): جواز اشتراط الخيار في كل عقد غير النكاح والوقف والابراء والطلاق.

والظاهر أنّ مرادهم غير الجائز، ولذا ذكر في التحرير (٣) هذا الكلام بعد منعه عن اشتراط الخيار في العقود الجائزه.

والأصل لهم في الحكم بجواز الاشتراط عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط، وأن عدم الدخول في عقد لازم أنّما يكون لمخرج عن الأصل المزبور، ولذا ذكر الشهيد (٤) في رد قول للشيخ بعدم دخول خيار الشرط في بيع الصرف بأنه لم يعلم

ص: ٧٤

١- (١) حكاه عنه صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الشرائع ٢ : ٢٣ .

٢- (٢) حكاه عنهم صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الإرشاد ١ : ٣٧٥ ، والدروس ٣ : ٢٦٨ ، وحاشيه الإرشاد (مخطوط) : ٢٦٠ ، ومجمع الفائده ٨ : ٤١١ ، وكفايه الأحكام : ٩٢ .

٣- (٣) التحرير ١ : ١٦٨ .

٤- (٤) الدروس ٣ : ٢٦٨ .

وبالجملة، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناءً على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزه فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع. هذا كلّه، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط ونفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق والطلاق، وإجماع المسالك على عدم دخوله في العتق والإبراء. ومما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمّن الإيقاع ولو كان عقداً، كالصلح المفيد فائده الإبراء، كما في التحرير وجامع المقاصد.

وفي غايه المرام: أنّ الصلح إن وقع معاوضه دخله خيار الشرط، وإن وقع عمّا في الذمه مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله، لأنّ مشروعيته لقطع المنازعه فقط، واشتراط الخيار لعود الخصومه ينافى مشروعيته، وكلّ شرط ينافى مشروعيه العقد غير لازم، انتهى.

الشرح:

وجه المنع بعد عموم (١) دليل جواز الاشتراط.

وكيف كان يقع الكلام في موردين: الأوّل: عدم جواز خيار الشرط في الايقاعات. والثاني: جواز اشتراط الخيار في العقود اللازمه.

أمّا الأوّل: فقد يستدلّ على عدم جواز شرط الخيار في الايقاعات بعد دعوى عدم الخلاف فيه كما يظهر ذلك من الحلّي في السرائر (٢) في الاستدلال على عدم جواز شرط الخيار في الطلاق بخروجه عن العقد بأن الشرط ما كان بين اثنين كما يظهر ذلك من الأخبار الوارده في أبواب متفرقه، ولا يتحقق ذلك في الايقاعات لقيامها بفعل

ص: ٧٥

١- (١) أي الحديث: «المسلمون عند شروطهم». وراجع الوسائل ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) السرائر ٢ : ٢٤٦ .

والكبرى المذكوره فى كلامه راجعهُ إلى ما ذكرنا فى وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقلّ من الشكّ فى ذلك الراجع إلى الشكّ فى سببهِ الفسخ لرفع الإيقاع. وأمّا العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً.

الشرح:

واحد وهو الموجب.

وقد ناقش المصنف رحمه الله فى ذلك: بأنّ المستفاد من الأخبار توقف الشرط على المشروط له والمشروط عليه، وفى صحيحه عبدالله ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا- يجوز له ولا- يجوز على الذى اشترط عليه»^(١)، ولا- يتوقف على الايجاب والقبول، فإن الشرط يحصل فى الإيقاعات أيضاً كما يفصح عن ذلك ما ذكرنا^(٢) من جواز اشتراط خدمه العبد مده فى عتقه تمسكاً بعموم «المسلمون عند شروطهم»^(٣)، غايه الأمر أنّ نفوذ الشرط يتوقف على قبول المشروط عليه كما قيل^(٤) فى عتق العبد واشتراط مال عليه من توقفه على قبول العبد، وهذا غير اعتبار وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول.

ثمّ قال ذكر فى عدم جريان شرط الخيار فى الإيقاعات وجوهاً:

الأوّل: عدم إحراز عموم الشرط للإلتزام أو الإلزام فى ضمن الإيقاع حيث يحتمل أن لا يعم معنى الشرط غير ما يكون فى ضمن العقد كما هو ظاهر القاموس^(٥)، حيث ذكر: أنّ الشرط هو الإلزام والالتزام فى بيع ونحوه.

ص: ٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) راجع المسالك ١٠ : ٩٩٢ ، ونهايه المرام ٢ : ٢٥١ ، وكشف اللثام (الطبعه الحجرية) ٢ : ١٨٥ .

٣- (٣) نفس المصدر فى الهامش الأوّل .

٤- (٤) كما قاله العلامة فى التحرير ٢ : ٧٩ .

٥- (٥) القاموس ٢ : ٣٦٨ ، مادّه «الشرط» .

فالأول: النكاح، فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك: الإجماع عليه. ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق وعدم مشروعيته التقايل فيه.

الشرح:

الثاني: على تقدير شمول معنى الشرط، فلا يحرز شمول قوله صلى الله عليه وآله وسلم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) لشرط الخيار في الإيقاعات حيث إن شموله لمورد يتوقف على إحراز مشروعيه المشروط في نفسه في ذلك المورد، لأن خطاب نفوذ الشرط لا يثبت مشروعيه المشروط بل يثبت نفوذ ما هو المشروع في نفسه فيما إذا التزم به في ضمن عقد أو إيقاع كما هو مقتضى قولهم عليهم السلام: «إلا شرطاً حلالاً حراماً أو حرماً حلالاً»^(٢)، ومشروعيه الفسخ في نفسه في الإيقاعات غير محرز.

لا يقال: يدل على مشروعيته فيها ما دل على جواز رجوع الزوج عن الطلاق الرجعي في عده زوجته.

فإنه يقال: الرجوع ليس من فسخ الطلاق بمعنى أن يكون حقاً للزوج، ولذا لا يسقط جوازه بإسقاط الزوج.

وبتعبير آخر: الجواز في الرجوع في الطلاق الرجعي كاللزوم في سائر الإيقاعات من الأحكام لا من الحقوق.

الثالث: الإجماع على عدم جريان شرط الخيار في الإيقاعات، كما يظهر عن جمع من الأصحاب^(٣).

وقد يقال كما عن بعض الأعاظم (دامت أيامه): أن الإيقاع فعل الموقع فقط

ص: ٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٨١، والسرائر ٢: ٢٤٦، والمسالك ٣: ٢١٢.

ومن الثاني: الوقف، فإنَّ المشهور عدم دخوله فيه، وعن المسالك: أنَّه موضع وفاق. ويظهر من محكّي السرائر والدروس وجود الخلاف فيه. وربما علّل باشتراط القربه فيه وأنّه فكّ ملكٍ بغير عوض، والكبرى في الصغريين ممنوعه. ويمكن الاستدلال له بالموثّقه المذكوره في مسأله شرط الواقف كونه أحقّ بالوقف عند الحاجه، وهى قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثمّ قال: إن احتجّت إليها فأنا أحقّ بها، ثمّ مات الرجل، فإنّها ترجع في الميراث» وقريبٌ منها غيرها. وفي دالّتهما على المدعى تأمّل. ويظهر من المحكّي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسأله تجويز اشتراط الخيار في الوقف، ولعلّه المخالف الذى أُشير إليه في محكّي السرائر والدروس.

الشرح:

فلا يكون التزامه أو إلزامه الآخر بشيء في ضمن الإيقاع بل بعد تحقق ذلك الإيقاع لا محاله، مثلاً إذا قال مبرئ ذمه الغير: «أبرأتك ممّا عليك واشترطت على نفسى الخيار شهراً» يكون الاشتراط بعد تحقق الإبراء لا في ضمنه بخلاف ما إذا قال: «بعثتك المال على أن يكون لى الخيار شهراً»، فإن شرط الخيار يكون قبل قبول المشتري ويقع معه شرط الخيار في ضمن البيع.

لا يقال: إذا قال «أبرأتك وشرطت عليك كذا من دينك» يكون من الشرط في ضمن الإيقاع مع أن البيع أيضاً فعل البائع فقط والقبول من المشتري يعتبر في نفوذ الإيجاب كالإجازة في بيع الفضولى فيكون الشرط فيه أيضاً بعد البيع.

فإنه يقال: ليس المراد من وقوع الإلزام أو الالتزام في ضمن الالتزام وقوع الالفاظ في ضمن الالفاظ الداله على الالتزام الأول، بل وقوعه قبل تمام الالتزام الأول.

مع أنّ المثال المزبور خارج عن الشروط العقلانيه، وأيضاً لا يثبت الكليه يعنى تحقق الشرط في الإيقاعات بعد تمامها.

ص: ٧٨

وأما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف: إنه يشترط في الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، ويكون الوقف باطلاً كالعقود والصدقة، انتهى. لكن قال في باب خيار الشرط: أمّا الهبة المقبوضة، فإن كانت لأجنبي غير معوّض عنها ولا قصد بها القرية ولا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختل أحد القيود لزم. وهل يدخلها خيار الشرط؟ الشرح:

وأما قضيه الشرط في البيع فإن إنشاء البيع، وإن كان يحصل بالإيجاب فقط إلا أنّ القبول معتبر عند العقلاء، فيكون العقد المؤثر عندهم بالحمل الشائع بعد القبول فيقع الشرط في ضمن هذا البيع.

نعم لو كان الموجب وكيلاً عن الطرفين أو ولياً عليهما يكون شرط شيء خارجاً عن تحقق البيع ولا محذور في الالتزام بعدم كون ذلك شرطاً حقيقه.

ومع الإغماض عن ذلك كله، فلا يجوز شرط الخيار في الإيقاعات، ولو قلنا بجريان الشرط في الإيقاعات أيضاً فإن شرط الخيار فيها يتوقف على البقاء الإعتباري للإيجاب والعقد، وهذا البقاء غير محرز في الإيقاعات بخلاف العقود من المعاملات وغيرها، انتهى.

أقول: كون المراد بالشرط الالتزام الذي يكون البيع ونحوه ظرفاً له على ما يستظهر من عبارته القاموس (1) غير صحيح، وإلا لكان قوله «بعت المال بكذا» و«آجرت الدار سنة بكذا»، وقال «الطرف قبلتهما بيعاً بشرط الإجاره»، مع أنه لا ينبغي الريب في فساده، بل هما معاملتان مستقلتان قد أُنشئت في زمان واحد، ولذا لو قال «الطرف قبلت البيع دون الإجاره» لزم البيع، بخلاف ما إذا قال «بعت المال الفلاني على أن تخط لي

ص: ٧٩

١- (١) مرّ آنفاً.

الأقرب ذلك، انتهى. وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمه حتى الصدقه. وكيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها، لعموم ما دلّ على أنه لا يُرجع فيما كان لله، بناءً على أنّ المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقه، نظير الجواز للعقود الجائزه. ولو شكّ في ذلك كفى في عدم سببه الفسخ التي يتوقّف صحّه اشتراط الخيار عليها. وتوهم إمكان إثبات السببه بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.

الشرح:

ثوب الفلاني بكذا»، وقال «المشترى اشترت بلا شرط» فإنه لا يحصل التطابق المعبر بين الإيجاب والقبول، وكذا لو «قال بعتك المتاع بكذا على أن يكون لي سكنى دارك إلى سنه» وقال «المشترى قبلت البيع لا الشرط».

والوجه في ذلك أنّ الشرط بالمعنى المصدرى وهو الالتزام معلق عليه في تمام موارده من المعاملات المعاوضيه وغيرها، ولذا قد يصرح الشارط بذلك التعليق ويقول «إنما ابيعك المتاع بكذا لو التزمت بخياطه ثوبى الفلاني» ويقول الآخر «قبلت البيع على الشرط».

وأما الشرط بمعنى المشروط فلا- يكون معلقاً عليه بل لو كان ذلك المشروط من الأمور الإنشائيه كاشتراط الخيار فيحصل بالاشتراط المزبور.

وأما إذا كان من الأفعال المعبر عنه بشرط الفعل فالتزام المشروط عليه بذلك الفعل ينفذ فيجب عليه العمل المزبور سواء كان من الأفعال التكوينية كخياطه الثوب أو من الاعتبارات والانشاءات، كالبيع واشتراط الإجاره فيه، ولو لم يفعل ذلك يكون للطرف الخيار في فسخ أصل المعامله لكون هذا الخيار أيضاً شرطاً طويلاً آخر على ما يأتي توضيحه في بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

وعلى ذلك فلا فرق في الاشتراط بين العقود والإيقاعات، حيث إنه كما يمكن تعليق إيجاب الموجب على التزام القابل بأمر، أو بالعكس كذلك يمكن تعليق الموجب

ومنه: الصلح، فإنَّ الظاهر المصرَّح به في كلام جماعه كالعَلَامه في التذكرة: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ. وظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف: عدم دخوله فيه مطلقاً. وقد تقدّم التفصيل عن التحرير وجامع المقاصد وغايه المرام ولا يخلو عن قربٍ، لما تقدّم من الشكِّ في سببهِ الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

الشرح:

إيجابه في الإيقاع على التزام الآخر بأمر كما إذا قال «أبرأتك عن دَيْنك على أن تخيط لى هذا الثوب»، ويقول الآخر «قبلت» غايه الأمر يكون القبول في العقود إنشاءً لالتزام الطرف بالإيجاب من جهه نفس الإيجاب وتعليقه معاً، وفي الإيقاعات من جهه تعليقه فقط.

نعم، ربّما لا يكون الشرط في الإيقاعات شرطاً حقيقه فلا يحتاج إلى القبول، كما في مثل عتق العبد، واشتراط الخدمه لمعتقه أو لغيره مده، لأن العبد ومنافعه ملك لمولاه، فيكون اشتراط الخدمه عليه في الحقيقه بمنزله استثناء بعض منافعه في العتق وإبقائها في ملكه، فلا يجوز للعبد بعد إعتاقه ترك الخدمه فإنه من تفويت ملك الغير، ولذا ذكر بعض أنه لو اعتق العبد واشتراط مالاً عليه يحتاج ذلك إلى قبول العبد دون شرط الخدمه.

لا يقال: على ذلك فلو لم يقبل الطرف الشرط في الإيقاعات فلا يتحقق الإيقاع على ما هو مقتضى التعليق.

فانه يقال: نعم، بل يمكن أن يقال ببطالان الإيقاع على تقدير قبول الطرف أيضاً حيث إنّ التعليق في الإيقاعات مبطل لها، ولا يقاس بالشرط في العقود حيث إنّ الإيجاب في العقود معلق على حصول القبول لا محاله فلا يكون فرق بين الاشتراط

ص: ٨١

ومنه: الضمان، فإنَّ المحكّي عن ضمان التذكرة والقواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر المبسوط. والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقابل فيه.

الشرح:

وعدمه على كل تقدير، فلا يكون ذكر الموجب حق الخيار لنفسه في فسخ الإيقاع داخلاً في عنوان الشرط؛ لأن الإيقاع بما هو إيقاع فعل الموجب فقط ليس له طرف حتى يلتزم ذلك الطرف بالحق ويتحقق معنى الشرط، كما أنه ليس الخيار من فعل الغير ليحتاج إلى التزام ذلك الغير به ويحصل معنى الشرط حيث تقدم أنّ حقيقه الشرط تعليق الموجب إيجابه على التزام الغير بحق أو ملك، أو عمل لو كان ذلك الغير طرفاً في نفس التعليق.

وهذا لا ينافي ثبوت الخيار الشرعي في إيقاع للموجب أو غيره فإن الخيار المزبور حكم شرعي، ولا يكون داخلاً في عنوان الشرط، كما لا ينافي ثبوت جواز الفسخ الحكمي في إيقاع للموجب أو غيره.

ومن هذا القبيل الرجوع في الطلاق أو انحلال النذر أو اليمين بمنع الوالدين.

فقد ظهر مما ذكرنا أنّ ما تقدم من دعوى عدم اعتبار البقاء في الإيقاعات أو اعتبار كون الشرط بمعنى المشروط مظلوماً والعقد أو الإيقاع ظرفاً كل ذلك لا أساس له ويتضح ما ذكر بالتدبر وملاحظه اعتبار العقلاء في موارد الشرط في المعاملات وغيرها حيث لا يفهم العرف فرق بين قوله تزوج فلان بفلانه أو طلق فلان زوجته في أن الإنشاء في كل منهما غير ملغى.

وهذا معنى بقائهما لا أن الالفاظ الصادره من الموجب والقابل في الأول بقصد تحقق الزوجيه في النكاح باق، وفي الطلاق زائل فان هذا من المضحكات.

وقد تحصل مما تقدم أن الشرط في الإيقاعات في الموارد التي يكون المشروط من قبيل فعل الغير مع التزامه به شرط حقيقه، ولكن لشبهه الإجماع على كون التعليق

عدم جواز شرط الخيار في غير موارد جواز الإقالة

ومنه: الرهن، فإنَّ المصرَّح به في غايه المرام عدم ثبوت الخيار للراهن، لأنَّ الرهن وثيقه للدين، والخيار ينافى الاستيثاق، ولعله لذا استشكل في التحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجعه إلى أنَّ مقتضى طبيعه الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقه، والخيار منافٍ لذلك. وفيه: أنَّ غايه الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

الشرح:

في الايقاعات مبطلاً لها يجب الاقتصار في الجواز على الموارد التي ورد فيها النص على الجواز.

وأما مثل شرط الخيار فلا يصح لعدم تحقق معنى الشرط حقيقه لعدم طرف للايقاع أو المشروط ليكون تعليق الموجب إيجابه على التزامه محققاً لمعنى الشرط.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله في وجه عدم شرط الخيار في الايقاعات من أن شرط الخيار ينفذ فيما كان المشروط أى الفسخ فيه نافذا ومشروعاً بنحو الحق، وكذا سائر الشروط إنما تكون نافذه فيما إذا كان نفس المشروط أمر مشروعاً في نفسه، كما يستفاد ذلك من أن الإستثناء في قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله»^(١). والفسخ في الايقاعات بعد حصوله غير مشروع أو لم يثبت مشروعيته، فلا- يكون شرط الخيار فيه نافذا، وقد تقدم أن الرجوع في العده ليس من فسخ الطلاق، وهذا بخلاف العقود، فإن شرط الخيار فيها يتعلق بأمر مشروع لأن جواز فسخ العقد يستفاد مما ورد في مشروعيه الإقاله وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما بنحو الحق لا- يمكن المساعده عليه، فإن جواز الاقاله في عقد، كان كاشفاً عن كون وجوب الوفاء على كل من الطرفين في ذلك العقد حقاً لصاحبه عليه، وإذا فسخ أحدهما العقد برضى

ص: ٨٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

ومنه: الصرف، فإنَّ صريح الميسوط والغنيه والسرائر عدم دخول خيار الشرط فيه، مدّعين على ذلك الإجماع. ولعلّه لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصرف والسلم: بأنَّ المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن الشرح:

صاحبه نفذ ويكون شرط الخيار راجعاً إلى اشتراط المأذونيه من صاحبه في الفسخ إلا أنّ اشتراط الخيار ينحصر بموارد مشروعيه الإقاله، ولا يعم غيرها.

وثبت خيار الحيوان والمجلس وغيرهما في البيع لا يكشف عن كون وجوب الوفاء بالبيع في غير زمان خيار المجلس والحيوان وغيرهما حقاً فضلاً عن كشفه عن كون وجوب الوفاء بغير البيع من سائر العقود بنحو الحق لا الحكم.

فالصحيح أنه لا يمكن إثبات مشروعيه الخيار بقوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»^(١) في الموارد التي لم يثبت أن وجوب الوفاء فيها من قبيل الحقوق.

لا يقال: المستثنى من عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) الشرط المخالف لكتاب الله و إذا شك في كون شرط مخالفاً له فالأصل يعني الاستصحاب مقتضاه عدم المخالفه.

وأيضاً قد تقدم أنّ جواز الإقاله في العقد كاشف عن كون وجوب الوفاء فيه حقياً فلا بأس بالأخذ بما دل على مشروعيه الإقاله مطلقاً ويلتزم بجواز اشتراط الخيار في كل عقد.

نعم يرفع اليد عن ذلك في موارد خاصه مما دل الدليل على كون اللزوم فيه حكماً، أو كان شرط الخيار منافياً لتحقيق أصل ذلك العقد. والأول كما في النكاح والصدقه، والثاني كما في الرهن.

ص: ٨٤

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

يفترقا ولم يبق بينهما علقه، ولو أثبتنا الخيار بقيت العلقه. والملازمه ممنوعه كما فى التذكره ولذا جزم فيها بدخوله فى الصرف وإن استشكله أولاً كما فى القواعد.

الشرح:

فانه يقال: المراد بمخالفه الشرط للكتاب يعم مخالفه عمومه، وإطلاقه وبما أن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) انحلالى، ومقتضى إطلاق وجوب الوفاء فى كل عقد إرشاداً إلى لزومه وعدم انحلاله عدم تأثير الإقاله والفسخ فيه فىكون شرط الخيار وفسخ أحدهما منافياً لإطلاق وجوب الوفاء، حيث إنه لو كان وجوبه حقياً فى عقد لزم تقييد وجوب الوفاء فيه بما دام لم تحصل الإقاله فيه أى فسخ أحدهما برضا الآخر، فىكون شرط الخيار فى موارد عدم مشروعيه الإقاله شرطاً مخالفاً للكتاب المجيد.

ومن الموارد التى لم تشرع فيها الإقاله النكاح، حيث إن تشريع الطلاق للفرقه بين الزوجين وجعله بيد الزوج مع ما ورد فى بطلان اختيار المرأه نفسها عند تخيير زوجها، وأنه لا يحصل البينونه، كاشف عن عدم مشروعيه الإقاله فى النكاح حيث لو كانت الإقاله مشروعيه فيه لكان اختيار المرأه نفسها مع تخيير زوجها كافيه فيها، كما لا يخفى.

وفى موثقه عيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل خير امرأته فاختارت نفسها، بانت منه؟ قال: لا، إنما هذا شىء كان للرسول صلى الله عليه وآله خاصه، أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن لطلقن وهو قول الله عز وجل: «قُلْ لِرِءَاسِ زَوْجِكِ» (٢)، الآية» (٣).

ص: ٨٥

١- (١) سوره المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) سوره الأحزاب: الآيه ٢٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٢ : ٩٣ ، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٤ .

ومن الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف ومطلق الإجاره والمزارعه والمساقاه وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

الشرح:

ومثل هذه الموثقه وان كانت معارضه بما دل على حصول البيئونه باختيار نفسها، إلا- أنها محموله على التقيه لكون حصول البيئونه باختيارها من مذهب بعض المخالفين.

أضف إلى ذلك التسالم على عدم جواز شرط الخيار في النكاح كما عن جماعه(١) وعدم عموم أو إطلاق في دليل مشروعيه الإقاله بحيث يعم النكاح.

وأما الصدقه ويدخل فيها الوقف فيما إذا قصد به القربه فالمعروف عدم جواز اشتراطه الخيار فيها وربما يقال بعدم جواز اشتراط الخيار في مطلق الوقف، لأنه فك ملك أو لأنه ينافى التأيد المأخوذ في عنوان الوقف. ويستدل على ذلك بصحيحه إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله»(٢).

أقول: أما الوقف فالأظهر عدم جواز اشتراط الخيار للواقف حتى فيما إذا لم يكن الوقف بقصد القربه لعدم مشروعيه الإقاله في الوقف حيث إنه من الإيقاع، بل لو كان من العقود ما جرى فيه شرط الخيار ولو مع عدم قصد القربه فيه لعدم عموم وإطلاق

ص: ٨٦

١- (١) حكي الإجماع عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الخلاف ٣ : ١٦ ، المسأله ١٧ من كتاب البيوع، والخلاف ٤ : ٢٩٢ ، المسأله ٥٩ من كتاب النكاح، والمبسوط ٢ : ٨١ ، والسرائر ٢ : ٢٤٦ ، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠٣ ، والمسالك ٣ : ٢١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٧ ١٧٨ ، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣ .

الشرح:

فيما دل على مشروعيه الإقاله بحيث يعمه.

وأما الروايه فلا- ظهور لها في اشتراط الخيار في الوقف فإنه من المحتمل جدا أن يكون المراد بالسؤال الوقف إلى غاية عروض الحاجه للوقف، أو الوقف على نفسه على تقدير الحاجه ثم على السائرين.

ويظهر ذلك من صاحب الوسائل أيضاً حيث أوردها في باب عدم جواز الوقف على نفسه ويؤيده أن مدلول الروايه بطلان الوقف بالشرط المزبور لا بطلان الشرط فقط.

وأما الصدقه فيمكن أن يقال بعدم جواز شرط الخيار فيها أخذاً بما دل على أن التمليك لوجه الله لا يرجع فيه سواء كان الرجوع بلا اشتراط الخيار أو معه.

وفي صحيحه زواره عن أبي عبدالله عليه السلام: «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه»^(١). وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا يرجع في الصدقه إذا ابتغى به وجه الله»^(٢) إلى غير ذلك.

وحملها على الرجوع المعهود في الهبه، وأن ذلك الرجوع غير مشروع في الصدقه، فلا ينافي في الرجوع باشتراط الخيار لا يمكن المساعده عليه فإن إطلاق عدم الرجوع يعم ما إذا كان ذلك الرجوع باشتراط الخيار؛ ويؤيده ماورد في النهي عن شراء الصدقه أو استيهاها.

وفي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا تصدق الرجل بصدقه لم يحل له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث»^(٣).

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٣١ ، الباب ٣ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٠٦ ، الباب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٠٧ ، الباب ١٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١ .

الشرح:

نعم لابد من حمل النهى عن الشراء والاستيهاب على الكراهه بقريته أنّ النهى عنهما باعتبار قطع السبيل إلى تملك المال المزبور ثانياً الذى فيه خضاضه.

والعجب من المصنف رحمه الله أنه منع أولاً عن الأخذ بالكبرى المزبوره أى ما كان من التمليك لله فلا يرجع فيه ثم أخذ بها ثانياً، حيث نقل الاستدلال على عدم جواز اشتراط الخيار فى الوقف بكونه فك ملك وباشتراط القربه فيه؛ وأجاب بمنع الكبرى فى الصغريين، واستدل فيما بعد على عدم جواز اشتراط الخيار فى الصدقه بما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله.

والصحيح منع الصغرى والكبرى فى الأول حيث إنّ الوقف مطلقاً ليس بفك ملك كما تقدم فى بحث عدم جواز بيع الوقف إن أُريد بالفك تحرير العين، وإن أُريد به فك ملك نفسه فجميع المعاملات التمليكيه فك.

ثم لا دليل على عدم جواز الرجوع فى مطلق موارد الفك.

ومنع الصغرى فى الثانى لأن الوقف لا يعتبر فيه قصد التقرب ومع القصد يدخل فى عنوان الصدقه كما لا يخفى.

ومن موارد الخلاف جواز اشتراط الخيار فى الصلح، فإنّ بعض الأصحاب (١) ذكروا أنه إذا تعلق بإبراء الدين، أو إسقاط الدعوى قبل ثبوتها فلا يدخل فيه شرط الخيار، وإن تعلق بالمبادله والمعاضه جاز فيه شرط الخيار، ولكن يظهر جواز شرط الخيار فيه بناءً على جواز الإقاله فيه، وكونه من العقود.

وقد تقدم أن عود الدين إلى الذمه بعد سقوطه أو عود حق الدعوى بعد سقوطها

ص: ٨٨

١- (١) التحرير ١ : ١٦٧ ، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠٤ ، وغايه المرام (مخطوط) ١ : ٢٩٥ .

.....

الشرح:

باعتبار كون العود اعتبارياً أمر ممكن، كما فى فرض بيع الشىء بما عليه من الدين.

والتفرقه بينهما بأنه فرق بين تضمن العقد الإيقاع كما فى موردى الصلح، وبين كون الإيقاع من فوائد العقد ونتائجه، كما فى بيع الشىء بما عليه من الدين، لا يمكن المساعده عليه، لأن العود بمعناه الخارجى غير مراد فى الفرضين، والاعتبارى المطلوب فى المقام جارٍ فيهما بعد ما ذكرنا من بقاء الإيقاع كالعقد فى قابليته للإلغاء.

وبهذا يظهر الحال فى الضمان، فإن مجرد كون مفاد العقد إنتقال الدين عن ذمه إلى ذمه أخرى لا يمنع عن دخول الإقاله فيه، ولو كان فى دليل مشروعيه الإقاله إطلاق أو عموم يعم عقد الضمان فلا بأس باشتراط الخيار فيه.

وأما عقد الرهن فقد يقال: بأن اشتراط الخيار فيه للرهن غير صحيح، لأنه مناف لمقتضى الرهن وهو كون المال المفروض أنه للرهن وثيقه لما عليه من الدين، كما أنه لا معنى لاشتراط الخيار فيه للمرتهن لجواز الرهن من قبله.

وأيضاً يقال: أنّ ما ذكر من أنّ كل عقد يدخل فيه الإقاله يدخل فيه شرط الخيار منتقض بالرهن، حيث إنه يدخل فيه الإقاله ولا يدخل فيه شرط الخيار، وهذا نقض على الكبرى المزبوره.

أقول: شرط الخيار لا ينافى مقتضى الرهن، لأنه لا يعتبر فيه إلا أنّ يجعل للدين مورداً للاستيفاء. وأما كون المرتهن على ثقته من الاستيفاء بمعنى الوصف فلا يعتبر، بل هو وصف حقيقى يترتب على الرهن غالباً، ويعبّر عن الرهن بذلك الوصف المترتب عليه؛ ولذا يصح جعل الحيوان المريض مع احتمال تلفه رهناً.

والحاصل: أنّ جعل المورد لاستيفاء الدين المعبر فيه بالوثيقه أمر إنشائى يتحقق مع شرط الخيار أيضاً، لأن المال مورد له على تقدير بقاء الرهن ثم على تقدير

هل يدخل خيار الشرط فى القسمة؟

واعلم أنه ذكر فى التذكرة تبعاً للمبسوط دخول خيار الشرط فى القسمة [١] وإن لم يكن فيها ردّ. ولا- يتصور إلا- بأن يشترط الخيار فى التراضى القولى بالسهم. وأما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناءً على وجوب ذكر الشرط فى متن العقد. ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاه

الشرح:

الإغماض، فاشتراط الخيار فيه مشروطاً بحصول رهن آخر لا ينافى الوثوق.

ثم إنه لا مورد فى الرهن للإقاله أيضاً فإنّ مع ندم المرتهن على الرهن يفسخه لجواز الرهن، وكذا مع ندامه الراهن أيضاً، حيث إنّ المرتهن يفسخ الرهن استقلالاً ولو استجابته للراهن، وما دل على مشروعيه الإقاله موردها ما إذا لم يتمكن كل من طرفى العقد على فسخه إلا اجتماعاً ولو لم يكن هذا ظاهر الإقاله، فلا أقل من احتمالها، ومعه لا يمكن الأخذ فى الرهن بما دل على مشروعيه الإقاله.

نعم التمكن من فسخ العقد فى بعض الحالات والأزمان لا يمنع عن الإقاله فيه على ما تقدم.

[١] القسمة تعيين الحصه فى بعض المال المشترك بحيث يتميّز تلك الحصه عن حصه صاحبه خارجاً ولا يخفى أنّ هذا التعيين يحصل بالفعل تاره، كما إذا عدل السهام أولاً سواء كان فى التعديل ردّ أم لا، ثم عيّن لكل من الشركاء سهمه فى السهام بالقرعه على ما هو المذكور فى كتاب القسمة.

وقد يكون تعيين كل من السهام وتمييزه خارجاً بالقول كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندى.

ولو كان شرط الخيار فى القسم الثانى كان بلا إشكال، ولو مع الالتزام بكون القسمة سواء كانت قسمة افراز أو تعديل أو ردّ ليس من البيع ولا الصلح، لكون المنشأ فيها هو التمييز المزبور.

وإن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف، والسّرّ فى ذلك: أنّ الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى. وذكر فيهما أيضاً دخول الخيار فى الصداق [١]. ولعلّه لمشروعته الفسخ فيه فى بعض المقامات، كما إذا زوّجها الوليّ بدون مهر المثل، وفيه نظرٌ. وذكر فى المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار فى السبق والرمايه، للعموم.

الشرح:

والوجه فى عدم الإشكال دخول الإقاله فيها.

وأما إذا كانت بالفعل كما فى الفرض الأول فاشتراط الخيار فيه مشكل بناءً على اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد والقسمه فى الفرض الأول باعتبار كونها بالقرعه وهى سنخ الفعل لا ترتبط بما ذكر قبلاً ليكون نتيجة القرعه خيارياً.

ومما ذكر يظهر الإشكال فى جريان شرط الخيار فى المعاطاه بناءً على لزومها من أول الأمر أو بعد حدوث أحد الملزمات، ولكن قد تقدم أنّ الصحيح عدم اعتبار ذلك فى شرط شىء فى المعامله سواء كانت قوليه أو فعليه؛ وانما المعتبر كون المعامله مبنيه بالالتزام بذلك الشىء وهذا البناء كما يحصل بذكره فى المعامله كذلك يحصل بالتبانى عليه خارجاً وإنشاء العقد مبنياً على ذلك التبانى قولاً أو فعلاً.

[١] الصداق فى النكاح هو المال أو الحق يجعل للزوجه لكون هذا الجعل من رسوم النكاح عرفاً وشرعاً، سواء كان هذا فى عقد النكاح أو بعده بالتراضى عليه، وليس عوضاً عن بضع المرأه، لأن النكاح ليست بمعاوضه فيهما، كما لا يكون شرطاً فى النكاح كسائر الشروط فى المعاملات بحيث يوجب تخلفه الخيار فى النكاح، كما إذا ظهر المهر ملكاً للغير، بل هو نوع تعويض للزوجه فى نكاحها تملكه الزوجه بالفرض فى عقد النكاح أو بعده أو بالدخول مع عدم فرضه فيه وعدم التراضى به بعده.

أقول: والأظهر بحسب القواعد إناطه دخول خيار الشرط بصحّهِ التقايل في العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطته أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كافٍ في ذلك بعدما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إتياءه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه الشرح:

وذكر في التذكرة^(١) والمبسوط^(٢) دخول خيار الشرط في الصداق، وذكر المصنف رحمه الله في وجهه لأنّ الصداق يقبل الفسخ، كما لو زوجها وليها بدون مهر المثل فإنه يكون لها مهر المثل.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه قد ذكر جملة من الأصحاب أنّ الولي لو زوجها بدون مهر المثل كان لها مهر المثل، وهذا باعتبار فضوليته المهر لا قبوله الفسخ بعد صحته، فإن نفوذ فعل الولي في المهر كالنكاح مشروط بعدم كونه على خلاف صلاح المولى عليه. كما يشهد لذلك مثل موثقه عبيد بن زرار، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد»^(٣).

وقد يقال: إنّ الاشتراط بعدم الفساد بالإضافة إلى نفس النكاح، وأما بالإضافة إلى المهر فلا، لأن نفوذ عفو الولي عن المهر، كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ» يقتضى ذلك.

ص: ٩٢

١- (١) التذكرة ١ : ٥٢٢ .

٢- (٢) المبسوط ٢ : ٨١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٨٩ ، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٢ .

قائماً مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه، وإن لم يرضَ فعلاً. وأما إذا لم يصحّ التقايل فيه لم يصحّ اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضٍ منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثراً، لما عرفت: من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلاّ فائده الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً، والله العالم.

الشرح:

إلا أن يقال: عفو الولي أيضاً مشروط بذلك أخذاً بظهور الولي حيث إن ظاهر الولاية ملاحظه صلاح المولى عليه، ولا أقل من عدم الافساد، وللکلام محل آخر.

وربما يستدل على مشروعيه الفسخ في الصداق بما ورد في نكاح المرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً.

وفيه ان ظاهر الصحيحه الوارده في المسأله ثبوت الأرش لا ثبوت الخيار.

وكيف ما كان فإن ثبت إطلاق أو عموم في دليل مشروعيه الإقاله بحيث تعم الصداق فلا بأس باشتراط الخيار فيه، والا فمشروعيه الخيار لا يمكن إثباتها بعموم (المسلمون عند شروطهم) كما تقدم.

وما ورد في مشروعيه الإقاله، بعضه يختص بالبيع ولا يعم غيره، والعمده روايه سماعه بن مهران عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «أربعة ينظر الله عزّ وجلّ إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً أو أغاث لهفان أو أعتق نسمةً أو زوج عزباً» (١) وظاهر الإقاله نقض البيع ونحوه بموافقه الطرف الآخر، وهذه الروايه، وان كان ظهورها في مشروعيه الإقاله في كل عقد لا بأس به إلا أنّ في سندها ضعف، لأنّ الصدوق رواه عن حمزه بن محمد العلوى، ولم يعرف منه إلاّ كونه من مشايخ الصدوق رحمه الله (٢).

ص: ٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ٤٦ ، الباب ١٢ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الحديث ٤ .

٢- (٢) رجال الطوسى : ٤٣٦ ، الرقم ٦٢٤٢ ، ومن لا يحضره الفقيه ٤ : ٤٣٤ و ٤٥٤ (مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقمّ المشرفه) .

خيار الغبن

وأصله الخديعه[١]، قال فى الصحاح: هو بالتسكين فى البيع، وبالتحريك فى الرأى. وهو فى اصطلاح الفقهاء: تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. وتسميه المملك غابناً والآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدع أصلاً كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعاوضه على وجه الخدع. والمراد بما يزيد أو ينقص: العوض مع ملاحظه ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى مئه دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا- غبن، لأن المبيع بيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط. والظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه، بخلاف الجهل بقيمته. ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه فى التذكرة إلى علمائنا،

الشرح:

ولا- يبعد أن يقال بمشروعيه الإقاله فى كل معاوضه ماله أو عقد تتضمن المعاوضه الماله، لثبوت السيره العقلائييه فيها من المتدينين وغيرها، ولم يرد من الشارع المنع عنه بل ورد النقل فى الترغيب فيها كما ذكر، وأما غير تلك المعامله من العقود كانت متضمنه للإيقاع أم لا، فلا دليل عليها.

نعم لو أمكن إعادة الحاله الأولى بالمعامله الجديده فالمعامله الجديده ليست إقاله كما لا يخفى، ولكن تعود الحاله الأولى بتلك المعامله.

[١] الغبن فى اللغه: الخديعه، قال فى الصحاح(١): إذا كانت الخدعه فى معامله يستعمل فيه بتسكين باء «الغبن»، وإذا كانت فى القول والاعتقاد يستعمل بتحريك باء «الغبن»، وفى اصطلاح الفقهاء: يطلق على تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر بالحال، بلا فرق بين كون التمليك ابتداءً، كما إذا باع ماله بأكثر من ثمنه أو تبعياً،

ص: ٩٤

وعن نهج الحقّ نسبته إلى الإماميّة، وعن الغنيه والمختلف الإجماع عليه صريحاً. نعم، المحكّي عن المحقّق قدس سره فى درسه إنكاره. ولا يعدّ ذلك خلافاً فى المسأله، كسكوت جماعه عن التعرّض له. نعم، حكى عن الإسكافى منعه. وهو شاذٌّ. واستدلّ فى التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: «إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» قال: ومعلومٌ أنّ المغبون لو عرف الحال لم يرض. وتوجيهه: أنّ رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه مبنئى على عنوانٍ مفقودٍ، وهو عدم نقصه عنه فى المائيه، فكأنّه قال: «اشترى هذا الذى يسوى درهماً بدرهم» فإذا تبين أنّه لا يسوى درهماً تبين أنّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع، لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التى لا يوجب تبين فقدها إلّا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعامله الشرح:

كما إذا اشترى المبيع بأقل من قيمته، ويسمى المملك بالكسر غابناً والآخر مغبوناً، وربما لا يكون فى التمليك المزبور خديعه، كما إذا كانا جاهلين بالحال ولكن حيث يكون غالباً على وجه الخديعه يطلق على التمليك المزبور غبناً مطلقاً.

والظاهر أنّ الجهل بالحال معتبر فى صدق الغبن، فلو كان المشتري عالماً بالحال، ومع ذلك اشترى المال بالزيادة على ثمنه لبعض الدواعى لم يطلق على شرائه أنه غبن.

وأما كون الزيادة على قيمته بما لا يتسامح فيه، فهى شرط خارجى بمعنى أنه معتبر فى ثبوت خيار الغبن مع صدقه بدونه أيضاً، أى إذا كانت الزيادة مما يتسامح فيه.

ثمّ إنّ ثبوت الخيار مع شرط الجهل بالحال، وكون الزيادة مما لا يتسامح فيه مشهور بين الأصحاب قديماً وحديثاً، وان نقل انكاره عن المحقّق فى درسه (١) وعن

ص: ٩٥

إلزامه. بما لم يلتزم ولم يرض به. فالآية إنّما تدلّ على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي، كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولى والمُكره. ويضعّف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً. كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار ماليته، فقد يُقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى احتمال ذلك، مع أنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر فى متن العقد. ولو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» كان أولى، بناءً على أنّ أكل المال على وجه الخدع بيع الشرح:

بعض آخر السكوت عنه، ولكن عدم التعرض لهذا الخيار لا يدل على منعه. نعم حكى عن الاسكافى منعه (١).

وكيف ما كان فقد يستدل بما فى التذكرة (٢)، بأنه مقتضى عدم كون البيع المزبور تجاره عن تراض (٣) فان التراضى من المشتري مثلاً بشراء المبيع مبنى على عدم كون قيمته السوقية أقل من الثمن المسمى بكثير. وبتعبير آخر كون المبيع مساوياً قيمته السوقية مع الثمن المزبور وصف معتبر فى المبيع، وحيث إنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف غير المقومه، فيكون فقده موجباً لثبوت الخيار لا بطلان البيع فإنّ ثبوت الخيار باعتبار ان لزوم البيع المزبور إلزام عليه بما لم يلتزم ولم يرض به.

وقد ناقش المصنف رحمه الله فى هذا الوجه بأن كون قيمه المبيع مساويه للثمن المسمى قد يكون داعياً إلى الشراء لا أنه وصف معتبر فى المبيع بل لو كان وصفاً معتبراً

ص: ٩٦

١- (١) حكاه عن الشهيد فى الدروس ٣ : ٢٧٥ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٢٢ .

٣- (٣) يعنى قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، سورة النساء: الآية ٢٩ .

ما يساوى درهماً بعشره مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعامله وعدم نفوذ ردّه أكل المال بالباطل، أمّا مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يُعدّ أكلاً بالباطل. ومقتضى الآيه وإن كان حرمة الأكل حتّى قبل تبين الخدع، إلاّ أنّه خرج بالإجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعامله. لكن يعارض الآيه ظاهر قوله تعالى: «إلاّ أن تكون تجارّة عن تراضٍ» بناءً على ما ذكرنا: من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، فمع التكافؤ يرجع إلى أصاله اللزوم. إلاّ أن يقال: إنّ التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل.

الشرح:

فيه فلا اعتبار به لعدم ذكره فى عقد البيع، وقد تقدم اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد وإلاّ فلا يلزم، بل ربما لا يكون داعياً أيضاً، كما إذا كان المشتري بحاجة إلى المبيع فيقدم على شرائه بأيّ نحو.

والأولى الاستدلال عليه بدخول البيع المزبور فى أكل المال بالباطل فيما إذا اطّلع المشتري بالحال ولم يرض به، فإنه بعد الإطلاع والرضا يتم لفحوى ما دل على تمام بيع الفضولى، وبيع المكروه بلحوق الرضا بهما.

وأما قبل الاطلاع بالحال فالبيع المزبور، وإن كان داخلاً فى أكل المال بالباطل إلاّ أنه يحكم بالخروج عن الآيه بالاجماع.

ولكن الاستدلال بالآيه على البطلان فى صورته المغبون بالحال وردّه البيع المزبور معارض لقوله سبحانه: «إلاّ أن تكون تجارّة عن تراضٍ»، بتقريب أنّ البيع المزبور لم يشترط فيه الوصف بل وقع التراضى ببيع المال بالثمن المزبور، ومع التعارض يرجع إلى أصاله اللزوم.

بل يمكن تقريب المعارضه بوجه آخر وهو أنّ بيع المال بأكثر من ثمنه مع عدم الخدعه فى البين داخل فى التجاره عن تراض فينتفى الخيار مع الخدعه أيضاً لعدم

ويمكن أن يقال: إن آية التراضى يشمل غير صوره الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فبدلاً على نفى الخيار فى هذه الصورة من دون معارضٍ، فيثبت عدم الخيار فى الباقي بعدم القول بالفصل، الشرح:

القول بالفصل، كما أنّ البيع المزبور مع الخدعه داخل فى عنوان الأكل بالباطل فيلحق به صورته عدم الخدعه لعدم القول بالفصل، وبعد التعارض من الجانبين يرجع إلى أصاله اللزوم.

أقول: فى كلامه موارد للنظر:

منها: أنّ المهم فى المقام إثبات الخيار للمغبون بالإضافه إلى المعامله الغنيه كسائر الخيارات التى تكون عبارته عن ملك فسوخ العقد وإلزامه بإسقاط الخيار، وهذا غير لحوق الرضا بالبيع فى موردى الفضولى والإكراه، فإنّ اعتبار لحوقه فىهما شرط شرعى لتمام المعامله.

ولو استفيد حكم البيع فى المقام بعد العلم بالغبن والرضا به من فحوى أدله بيع الفضولى والمكره عليه، لكان اشتراط الرضا فى المقام كاشتراطه فىهما حكماً غير قابل للإسقاط.

ومنها: أنه لا- يمكن أن يلتزم بأن تصرف كل من الغابن والمغبون وتملكهما مال صاحبه بالبيع المزبور قبل العلم بالحال أكل للمال بالباطل، ولكنه بحسب الشرع لا بأس به للإجماع، فإنّ دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهومه، ولا يحتمل إن كان لدى الأصحاب مدرك فى المقام لم يصل إلينا، كما يظهر الوهم بجلاء تام بملا-حظه المحكى عن المحقق، وكلمات العلامة وغيرهما.

ومنها: إنه إذا كان البيع المزبور مع الجهل بالحال داخلاً- فى التجاره عن تراض كما هو مقتضى جعل وصف تساوى الثمن المسمى مع ثمن المثل داعياً إلى البيع، فكيف

فتعارضُ مع آيه النهي، المختصّه بصوره الخدع الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل وتكافئهما إلى أصاله اللزوم.

الشرح:

يدخل هذا في الأكل بالباطل (1)، مع أنّ التجاره عن تراض مع الأكل بالباطل عدلان، حتى بناءً على الصحيح من كون الاستثناء في الآيه منقطعاً، فلا معنى لوقوع المعارضه بينهما في البيع غبناً كما لا يخفى.

أقول: الأظهر ثبوت الخيار للمغبون لا لفقد التراضي في المعامله الغبنيه لما تقدم من أنّ المراد بالتراضي، التراضي المعاملي الذي لم يكن بإكراه لا طيب النفس الواقعي، وإلا لبطل في موارد تخلف الوصف حتى فيما كان الوصف غير مقوم للمبيع لفقد طيب النفس بالمعامله مع فقده.

ودعوى تعدد المطلوب في موارد التخلف، يدفعها ما إذا صرح المشتري قبل البيع أو معه بأنه لا غرض له إلا في الواجد للوصف وظهر المبيع مع ذلك فاقداً له، فإنه لا أظن أن يلتزم فقيه ببطان تلك المعامله لفقد الوصف.

والحاصل: أنّ التجاره فرد عن التراضي المعاملي، ولذا ذكر بعض المفسرين أنّ قوله سبحانه: «عَنْ تَرَاضٍ» (2) خبر بعد خبر، بمعنى أنه يجوز الأكل بالتجاره وعن التراضي، وعلى ذلك فيبيع البائع ماله بأزيد من ثمن مثله مع قبول المشتري ذلك البيع ولو مع جهله بالحال، يوجب حصول التراضي المعاملي، غايه الأمر الشرط الارتكازي في كل معامله مبنيه على المغابنه موجود وهو أنه له الخيار على تقدير كون الثمن أزيد من ثمن المثل بكثير بما يعد إجحافاً عليه نظير اشتراط الخيار له على تقدير عدم كون المبيع صحيحاً، والشرط الارتكازي المبنى عليه المعامله لا يحتاج إلى ذكره في

ص: ٩٩

١- (١) يعنى قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، سورة البقره: الآيه ١٨٨ .

٢- (٢) مَرَّتْ آنْفَاءً .

واستدل أيضاً في التذكرة: بأن النبي صلى الله عليه وآله أثبت الخيار في تلقى الركبان وإنما أثبتته للغبن. ويمكن أن يمنع صحه حكاية إثبات الخيار؛ لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل. وأقوى ما استدلل به على ذلك في التذكرة وغيرها [١] قوله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وكأن وجه الاستدلال: أن لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضررٌ عليه وإضرارٌ به فيكون منفياً، فحاصل الرواية: أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه

الشرح:

المعاملة، وإنما يحتاج إلغاء ذلك الشرط إلى التصريح به في المعاملة أو قبلها.

وبذلك يظهر أنه لا مورد في المقام للتشبث بقاعده نفي الضرر لإثبات الخيار فإن تلك القاعدة لو كانت جارية لكانت مقتضاها عدم صحه المعاملة لا نفي لزومها فإن الضرر بمعنى نقص المال يدخل بصحة البيع المزبور لا بلزومه، وإنما يكون نفي لزومه تداركاً للضرر. ومعنى القاعدة نفي الضرر لا لزوم التدارك، ووجه عدم جريان القاعدة أن نفي الحكم الضرري للامتنان، ولا امتنان في نفي صحه معاملة خياريه حيث يمكن للمتضرر تداركه بفسخها.

[١] وقد يقال: بأن ثبوت الخيار للمغبون مقتضى نفي الضرر، حيث إن المراد عن نفيه نفي حكم يوجب الضرر سواء كان ذلك الحكم من قبيل الإلزام بفعل أو تركه أو من قبيل إمضاء تصرف والحكم عليه بلزومه، كما يفصح عن ذلك المروى من أنه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (١)، فإن الإسلام عبارته عن القوانين الإلهية والأحكام الشرعية.

وعلى ذلك فيمكن إثبات خيار الغبن في كل معاملة يكون لزومها ضرراً على أحد الطرفين، سواء كانت المعاملة بيعاً أو إجاره، أو صلحاً لم يكن مبنياً على المسامحة

ص: ١٠٠

الضرر، ولم يسوّغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، ولم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضررٌ على الممضى عليه. ومنه يظهر صحّه التمسّك لتزلزل كلّ عقدٍ يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، وسواء كان في البيع أم في غيره، كالصلح الغير المبني على المسامحة والإجاره وغيرها من المعاوزات. هذا، ولكن يمكن الخدشه في ذلك: بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الردّ والإمضاء بكلّ الثمن، إذ يحتمل أن يتخيّر بين إمضاء العقد بكلّ الثمن وردّه في المقدار الزائد، غايه الأمر ثبوت الشرح:

كالتراضى بالمبادله على كل تقدير.

وأورد المصنف رحمه الله على ذلك بأن مقتضى قاعده نفى الضرر لا يكون ثبوت الخيار للمغبون، بحيث يكون له إمضاء البيع وفسخه رأساً، بل نفيه يكون ببقاء المعامله على لزومها مع استحقاق المغبون استرداد المقدار الزائد نظير ما ذكر بعضهم في المعامله المحاباته التي أجراها في مرض موته، حيث تبقى التملك والمعامله بحالها ويكون للوارث استرداد المقدار الزائد على الثلث، كما إذا اشترى متاعاً يساوى الفين بسته آلاف، والمفروض كون تمام تركته سته آلاف فان الوارث يسترجع ألفين وينفذ المعامله في مقدار الثلث.

ولكن لا يخفى ما في هذا الاحتمال فإنه لو كانت المقدار الذي يسترده المغبون أو الوارث فسخاً للمعامله في ذلك المقدار، فلانزومه رد مقابله من المبيع إلى الغابن أو البائع كما هو مقتضى فسخ المعامله في بعضها، وإن كان بعنوان التبريم، كما يذكر المصنف رحمه الله فيما بعد، فهذا من قبيل تدارك الضرر، لا من نفى الحكم الموجب للضرر.

وقد ذكر المصنف رحمه الله وغيره: أنّ نفى الضرر معناه نفى الحكم الموجب للضرر، لا إثبات حكم يوجب تدارك الضرر.

الخيار للغابن، لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، وحاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأ-كثر في معاوضات المريض المشتمله على المحاباه وإن اعترض عليهم العلامه بما حاصله: أنّ استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر، ينافى مقتضى المعاوضه. ويحتمل أيضاً أن يكون نفى اللزوم بتسلّط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكلّ، ومن تدارك ما فات على المغبون برّد القدر الزائد أو بدله، ومرجعه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبدول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبه مستقله كما الشرح:

وبهذا يظهر الحال في الاحتمال الثاني من أنه يجب على الغابن الالتزام بأحد الأمرين، أحدهما: إعطاء المقدار الزائد بعنوان التعرّيم والمال الذي أتلفه على المغبون. وثانيهما: فسخ المغبون بأن يثبت الخيار للمغبون مع امتناع الغابن عن دفع الغرامه.

ولكن لا- يثبت الخيار للمغبون في الاحتمال الأول، وما في كلام المصنف رحمه الله من أنّ مرجع الإحتمالين إلى ثبوت الخيار للمغبون في فرض عدم دفع الغرامه لعله سهو القلم، ووجه الظهور ما ذكرنا من ان دفع الغرامه تدارك للضرر الحاصل ومقتضى قاعده نفى الضرر نفى حكم يوجبه لا إثبات حكم يوجب تداركه .

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله من أن الالتزام بأحد الاحتمالين أولى من الالتزام بثبوت الخيار للمغبون، فإنه ربّما يتعلق غرض المشتري بتملك المتاع ذي قيمه فيكون تملك غيره ضرراً من جهة نقض الغرض فلا يخفى ما فيه، فإنّ الضرر هو النقص في المال أو العرض أو النفس ونقض الغرض لا- يكون نقصاً في شيء منها وإلا- فيمكن أن يقال بتعلق غرض البائع أيضاً بتملك الثمن، وجواز فسخ المغبون ضرر عليه.

فى الإيضاح وجامع المقاصد، حىث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت : بأن الهبه المستقله لا تُخرج المعامله عن الغبن الموجب للخيار، وسيجىء ذلك. وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامه فى التذكره واحتمله فى القواعد: من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه فى إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري، فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورته امتناع الغابن من البذل. ولعلّ هذا هو الوجه فى استشكال العلامه فى التذكره فى ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعده كما يظهر من الرياض. ثم إنّ المبذول ليس هبهً مستقلهً حتى يقال: إنها لا تُخرج المعامله المشتمله على الغبن عن كونها مشتملهً عليه، ولا جزءً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض وتمام المعوض منافياً

الشرح:

والمتحصل: أن العمده فى ثبوت خيار الغبن ما ذكرنا: من أنه مقتضى الشرط الارتكازى، وإلا فلا يمكن الاعتماد على التسالم والإجماع لكونه مدركياً، ولا لما روى عن النبى صلى الله عليه و آله من أنه أثبت الخيار فى تلقى الركبان(١)، لأن ضعف سنده واحتمال كونه خياراً آخر يثبت للركب لا يصلح مدركاً فى المقام.

وأما الروايات الوارده فى كون «غبن المؤمن على المؤمن حرام»(٢)، أو «غبن المسترسل سحت»(٣)، فلا دلالة فى شىء منها على ثبوت الخيار، بل مقتضاها إما حرمة

ص: ١٠٣

١- (١) نقله العلامه فى التذكره ١ : ٥٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٢ ، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١ ، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

لمقتضى المعاوضه، بل هي غرامه لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعامله الغبنيه، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرش في المعيب. ومن هنا ظهر الخدشه فيما في الإيضاح والجامع، من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب: بأن بذل التفاوت لا يُخرج المعامله عن كونها غبنيه، لأنها هبه مستقله، حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه، إذ لا ريب في أن من قبل هبه الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه.

وجه الخدشه: ما تقدم، من احتمال كون المبدول غرامه لما أتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفى الضرر.

وأما الاستصحاب، ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به، إذ المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البذل. ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له، لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر، لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضرر وإن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، إلا أنه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الرد والإمضاء بكل الثمن، إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمه، لكون المقصود اقتناءها للتجمل، وقد يستكف عن اقتناء ذات قيمه اليسيره للتجمل، فتأمل.

وقد يستدل على الخيار بأخبارٍ وارده في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحت». وعن ميسر عن

الشرح:

نفس الغبن تكليفاً في المعامله أو غيرها أو بطلان المعامله الغبنيه، وشيء منهما غير المهم في المقام كما لا يخفى.

ص: ١٠٤

يُثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال

أبى عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام»، وفي روايه أُخرى: «لا تغبن المسترسل، فإنَّ غبنه لا يحلّ».

وعن مجمع البحرين: أنَّ الاسترسال الاستئناس والطمأنينه إلى الإنسان والثقه به فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث: «أيما مسلمٍ استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا»، ومنه: «غبن المسترسل سحتٌ»، انتهى. ويظهر منه أنَّ ما ذكره أولاً حديثٌ رابعٌ.

والإنصاف: عدم دلالتها على المدعى، فإنَّ ما عدا الروايه الأولى ظاهره في حرمه الخيانه في المشاوره، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء. وأمَّا الروايه الأولى، فهي وإن كانت ظاهره فيما يتعلّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل والخديعه في أخذ المال. ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقّه بمنزله السحت في الحرمة والضمان. ويحتمل إرادته كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورهِ خاصه، وهي اطلاع المغبون وردّه للمعامله المغبون فيها. ولا- ريب أنَّ الحمل على أحد الأولين أولى، ولا أقلّ من المساواه للثالث، فلا دلالة. فالعمده في المسأله الإجماع المحكّي المعتضد بالشهره المحقّقه، وحديث نفى الضرر بالنسبه إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثمَّ إنّ تنقيح هذا المطلب يتمّ برسم مسائل:

مسأله: يشترط في هذا الخيار أمران:

الأول: عدم علم المغبون بالقيمه [١]، فلو علم بالقيمه فلا خيار، بل لا غبن

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه لو علم المشتري بزياده الثمن المسمى عن ثمن المثل أو علم البائع

كما عرفت بلا- خلايفٍ ولا إشكالٍ، لأنه أقدم على الضرر. ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمرة أو ملتفتاً إليها، ولا- بين كونه مسبقاً بالعلم وعدمه، ولا- بين الجهل المركب والبسيط مع الظن بعدم الزيادة والنقيصه أو الظن بهما أو الشك. ويشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانياً على المسامحة على تقدير الزيادة أو النقيصه فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، ومن حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه، والحاصل: أن الشاك الملتفت

الشرح:

بنقصان الثمن المسمى عن القيمة السوقية فلا خيار لهما، بل لا غبن في الفرض لما تقدم من دخول الجهل بالحال في مفهومه. والوجه في عدم الخيار عدم حكومه قاعده نفي الضرر في فرض العلم لأنها لا تعم موارد الإقدام على الضرر، فإن الضرر فيها مستند إلى اختيار الشخص لا إلى الشارع وحكمه.

والحاصل: أنه إنما يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال، سواء كان الجهل مركباً بأن يعتقد المشتري عدم زيادة الثمن المسمى عن القيمة السوقية أو يعتقد البائع عدم نقصان القيمة المسماة عن القيمة السوقية، أو كان جهلاً بسيطاً بأن كان ظاناً عدم الزيادة أو النقيصه أو ظاناً بهما أو شاكاً فيهما.

ولكن ناقش أولاً في حكومه قاعده نفي الضرر لنفي لزوم البيع في صورتى الظن بالزيادة أو النقيصه أو الشك فيهما بأن المعاملة المزبوره مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما إقدام على الضرر، ولذا يستحق الذم على ذلك الإقدام.

وأجاب ثانياً: بأنه ليست المعاملة المزبوره مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما إقداماً على الضرر، لأن المعاملة المزبوره تصدر عن الظان والشاك لرجاء عدم الغبن،

إلى الضرر مُقدِّمٌ عليه. ومن أن مقتضى عموم نفي الضرر وإطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم، بل مطلق الشاك ليس مُقدِّماً على الضرر، بل قد يُقدِّم برجاء عدمه، ومساواته للعالم في الآثار، ممنوعه حتى في استحقاق المدح والذم لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه، ولذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يُقدم عليه. نعم، لو صرح في العقد بالالتزام به ولو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن.

الشرح:

ولذا يمسك عن المعاملة المزبوره على تقدير علمه بالغبن.

أقول: قد تقدم أن الخيار يثبت للمغبون باعتبار الشرط الارتكازي الثابت بين المتعاقدين في المعاملات المبنيه على المداقه.

ومن الظاهر عدم المعنى للاشتراط المزبور مع علم المغبون بالحال.

ومع الإغماض عن ذلك والبناء على كون المدرك للخيار في المقام قاعده نفي الضرر النافيه للزوم البيع، فقد يقال: إن إقدام المغبون على الضرر لا- يوجب خروج حكم الشارع بالزوم عن كونه ضررياً، ولذا لا يكون الإقدام على الوضوء أو الغسل أو الصوم وغيرها من الواجبات الشرعيه مع الإقدام عليها في موارد الضرر محكوماً بوجوباتها، ولو كان الإقدام موجباً لعدم استناد الضرر إلى حكم الشرع ووجوبه لكان الواجب مع الإقدام محكوماً بالوجوب.

ولكن لا يخفى ما فيه فإن الإقدام على الفعل فيما إذا كان الحكم المتعلق به وجوباً يرتفع مع كونه ضررياً لأن إيجاب الفعل معلقاً على الإقدام عليه من قبيل طلب الحاصل.

ولا- يقاس بالحكم الوصفى الثابت لموضوعه أضف إلى ذلك أنه لو قيل بحرمة الإضرار على النفس فانتفاء وجوب الغسل أو الوضوء في الفرض المزبور ليس لمجرد

ص: ١٠٧

ومما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل وإن كان قادراً على السؤال، كما صرح به في التحرير والتذكرة.

ولو أقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه ومن المعلوم، فلا يبعد الخيار [١]. ولو أقدم على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً أو بما لا يتسامح، ففي الخيار وجهٌ.

الشرح:

نفى الحكم الضررى بل لحرمة الإضرار بالنفس، حيث إن ما دل على حرمة من قبيل الخطاب المتضمن لحرمة الوضوء أو الغسل، وغيرهما من الأفعال بعنوانها الثانوى. ما دل على وجوبها من قبيل الخطاب المتضمن للحكم لها بعناوينها الأولى، ولذا لو قلنا بجواز الإضرار بالنفس فى غير الموارد المخصوصه لكان الوضوء أو الغسل المزبورين محكوماً بالصحة، أخذاً بما دل على استحباب التطهر والوضوء.

والحاصل: إن المحذور المزبور أمر يختص بالواجبات التكليفية، ولا يقاس بها المعاملات التى يمكن أن يقال: نفى لزومها مع الإقدام عليها لا يناسب الامتنان، نظير ما يقال من عدم حكومه لا ضرر فى موارد الهبه والصدقه المندوبه، وغير ذلك من موارد تملك المال مجاناً، حيث إن نفى صحتها لا يناسب الامتنان كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن ما يتسامح به معناه عد الإقدام على الثمن المزبور إقداماً عليه أيضاً ويقابله ما لا يتسامح، به وأنه لا يكون الإقدام على الثمن المزبور إقداماً عليه.

وعلى ذلك فظهور الغبن بما يتسامح به لا يوجب الخيار سواء كان مقدار المعلوم من الغبن مع الظاهر ممّا لا يتسامح فيه، وكان كل واحد بانفراده متسامحاً فيه أو كان الغبن المعلوم بمقدار لا يتسامح فيه وظهر أزيد منه بما يتسامح فيه.

نعم لو ظهر الغبن بما لا يتسامح فيه بانفراده بالإضافة إلى الغبن المعلوم فلا يكون إقدام بالإضافة إلى ذلك المقدار الظاهر فيثبت الخيار من غير فرق بين كون

ثم إنَّ المعتبر القيمة حال العقد [١]، فلو زادت بعده ولو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لأنَّ الزيادة إنَّما حصلت في ملكه والمعامله وقعت على الغبن. ويحتمل عدم الخيار حينئذٍ لأنَّ التدارك حصل قبل الردِّ، فلا يثبت الردُّ المشروع لتدارك الضرر، كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه، بل في التذكرة: أنَّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردِّ سقط حقُّ الردِّ.

الشرح:

المدرک لخيار الغبن قاعده نفى الضرر أو الشرط الارتكازى.

ودعوى أنه لو كان المدرک له الشرط الارتكازى فلا يثبت الخيار، لأن العلم بالغبن بمقدار لا يتسامح فيه يلازم إلغاء الشرط التساوى بين الثمن المسمى والقيمة السوقية المرتکز فى المعاملات، لا يمكن المساعدة عليها، فإنَّ إلغاء مرتبه من شرط عدم الغبن لا يلازم إلغاء اشتراط سائر مراتبه.

ومما ذكرنا يظهر أنَّ خيار الغبن يثبت فى الفرض الأخير فقط من الفروض الثلاثه فى عبارته الماتن.

[١] إذا كان الثمن زائداً على القيمة السوقية للعين بما لا يتسامح فيه، ولكن حصل التعادل بين القيمتين قبل اطلاع المغبون على غبنه، ففي ثبوت الخيار له إشكال؛ لأن نفي اللزوم بقاعده نفى الضرر أنَّما هو لتدارك ضرر المغبون.

والمفروض حصول التدارك قبل العلم بالغبن بل لا- يبعد عدم الخيار فيما إذا تساوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى قبل الفسخ، ولو كان حدوث التساوى بعد اطلاع المغبون، كما ذكر ذلك العلامة رحمه الله (١) فى خيار العيب حيث ذكر سقوط الرد ببراء المعيوب قبل الفسخ.

ص: ١٠٩

وأشکل منه ما لو توقّف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقصٍ في قيمته.

الشرح:

ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك، ولو قلنا: بأنّ المدرك لخيار الغبن هو الشرط الارتكازي، لأنّ الموضوع للخيار بحسب الارتكاز وان كان هو اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بما لا يتسامح فيه حال العقد.

ولكن هذا كما يأتي أنّما هو موجب لحدوث الخيار؛ وبقاء ذلك التفاوت معتبر في بقاء الخيار، ولذا يأتي منا بعد ذلك أنه لو فسخ العقد قبل العلم بالغبن، ثم ظهر الغبن نفذ الفسخ السابق فيما لو حصل التساوي بين القيمتين حال العلم بالغبن السابق.

وأولى بعدم الخيار ما إذا كان القبض شرطاً في صحته المعامله كالصرف والسلم، وحصل التساوي بين القيمتين قبل حصول القبض، فإنه لا- يحصل بالعقد المزبور ضرر ونقص للمشتري أو البائع لينفي صحته البيع أو لزومه بقاعده نفي الضرر. ولو قلنا بوجود التقابض، فإن المنفي على تقدير الالتزام به وجوب التقابض لا صحته البيع ولزومه ليثبت الخيار للمغبون، فإن الخيار حكم للبيع بعد تمامه وحصوله لا إلغاء العقد قبل تمامه.

وأما إذا كانت القيمة السوقية حين العقد مساوية للثمن المسمى ثم حصلت الزيادة أو النقصه فإنه لا- يوجب الخيار، لأن الموضوع للخيار للشرط الارتكازي هو اختلاف القيمتين حال العقد وبقاء الخيار بعد تمام العقد ببقاء ذلك الاختلاف.

نعم لو كان المدرك للخيار قاعده نفي الضرر فيمكن أن يقال: بأنّ مقتضاه ثبوت الخيار فيما إذا علم بعد القبض بحدوث الزيادة أو النقصه، قبله فيما كان القبض شرطاً لصحة البيع لأن البيع المزبور صحته أو لزومه ضرر على المغبون.

لا يقال: مقتضى قاعده نفي الضرر انتفاء لزوم العقد حتى فيما لو حصلت الزيادة

نعم، لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار، لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابله الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض. ولو ثبت الزيادة أو النقيصه بعد العقد، فإنه لا عبره بهما إجماعاً كما في التذكرة.

ثم إنه لا عبره بعلم الوكيل [١] في مجرد العقد في مجرد العقد، بل العبره بعلم الموكل وجهله. نعم، لو كان وكيلاً في معامله والمساومه، فمع علمه وفرض

الشرح:

أو النقيصه بعد العقد أو بعد القبض.

فإنه يقال: لا يكون مقتضاه ذلك، فإن قاعده نفي الضرر لا يعم ما إذا كان نفيه إضراراً للغير، ونفي اللزوم بالزيادة أو النقيصه الحاصله بعد العقد أو بعد القبض إضراراً بالطرف الآخر، كما لا يخفى.

[١] إذا كان وكيلاً في مجرد إجراء صيغه الشراء، فلا ينبغي الريب في أنه لا اعتبار بعلم الوكيل وجهله في ثبوت الخيار للموكل؛ لأن الخيار الغبن إما للاشتراط الارتكازي على قرار ما تقدم، وإما الدليل نفي الضرر، ومقتضى كل منهما ثبوت الخيار للموكل مع جهله سواء كان الوكيل عالماً أو جاهلاً لأن توكيله في إجراء الصيغه توكيل أيضاً في اشتراط الخيار لنفسه على تقدير التفاوت الفاحش بين الثمن المسمى والقيمه السوقيه، كما أنّ لزوم البيع المفروض مع فرض جهل الموكل بالحال ضرر عليه.

وأما إذا كان وكيلاً في المساومه والشراء، فإن كان الوكيل المزبور عالماً بالتفاوت، ومع ذلك أقدم على الشراء الغبنى للموكل وفرض صحه البيع المزبور لقيام القرينه على التوكيل في الشراء المزبور أيضاً، كما إذا كان الموكل بحاجة إلى شراء الدابه للسفر بعد أيام، وقال للوكيل المزبور «حصل لي الدابه بأى طريق تمكنت»، واشترى الوكيل الدابه مع العلم بتفاوت القيمتين، فلا خيار للموكل عند المصنف وغيره، ومع جهل

صحة المعامله حينئذٍ لا- خيار للموكل، ومع جهله يثبت الخيار للموكل، إلا أن يكون عالماً بالقيمه، وبأن موكله يعقد على أزيد منها ويقره له. وإذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصه، إلا أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذٍ، وقد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس.

الشرح:

الوكيل بالحال يثبت الخيار للموكل فيما كان هو أيضاً جاهلاً بالحال.

أقول: لا يبعد عدم ثبوت الخيار للموكل مع علم وكيله المفروض بالحال؛ لأن الشرط الارتكازي مع علم الوكيل المزبور بالحال غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه، وإقدام الوكيل على الضرر يعد إقداماً للموكل عليه مع ثبوت الوكالة، كما هو الفرض.

وأما مع جهل الوكيل المزبور بالحال، فلا يبعد ثبوت الخيار للموكل حتى مع علمه بغبن الوكيل في شرائه، لأن الوكيل لجهله بالحال لم يسقط الخيار المشترط بالشرط الارتكازي.

نعم لو كان المدرك لخيار الغبن قاعده نفى الضرر الظاهره في نفى الحكم الضرري عن المتضرر، فلا يرفع لزوم البيع بالإضافة إلى الموكل العالم بالحال لأن توكيله وإبقاء ذلك التوكيل مع إحراز أن شراء وكيله غبني يكون إقداماً على البيع الضرر بمعنى أنه لا ينسب الضرر في الفرض إلى الشارع.

لا- يقال: علم الموكل بالحال مع جهل وكيله المفروض لا يكون إقداماً على الضرر، ولعل تقرير الوكالة وعدم منع وكيله عن إجراء العقد المزبور اعتقاده بأنه سوف إذا حصل على المبيع بقيمته السوقية أقدم على فسخ شراء وكيله.

فإنه يقال: لا يختص هذا الإشكال بالمقام بل ما ذكر يرد على من اشترط الجهل بالحال في المغبون بدعوى أنه مع علمه يكون مقدماً على الضرر فيقال عليه: بأن العالم بالحال أقدم على البيع لا على لزمه، وإقدامه على البيع يكون باعتقاده أنه إذا لم يظفر

ثم إنَّ الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن [١] وبالبيّنه إن تحققت، ويقول مدّعيه مع اليمين، لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصالة اللزوم، مع أنه قد يتعسر إقامه البيّنه على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه، لجهله بالحال فتأمل.

الشرح:

بالمبيع بالقيمه السوقيه بمعامله أخرى الترم بالغبن وإلا يفسخ.

والحاصل: الاشكال أنه لو كان الضرر لا في الشراء بل في لزومه، فالمشترى العالم لم يقدم عليه.

ولكن الجواب عن ذلك كله ظاهر: وهو أنّ خيار الغبن على تقدير كون المدرك له قاعده نفى الضرر من الخيارات الشرعيه التأسيسيه، وبما أنّ البيع مع قطع النظر عن هذا الخيار الشرعى لازم في بناء العقلاء، فمع علم المغبون بالحال وإقدامه على المعامله لا يستند الضرر فيها إلى حكم الشارع بلزوم البيع بل يستند إلى اختيار المكلف وإقدامه على المعامله المزبوره. ومفاد لا ضرر نفى الحكم الشرعى فيما كان الضرر مستنداً إلى الشارع، ولا يرتبط هذا المفاد بكون نفى الضرر امتنائياً، بل الاستناد المزبور معتبر في القاعده حتى لو قلنا بجريانها في موارد خلاف الامتنان، كما لا يخفى.

[١] لا شبهه في ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا اعترف الغابن بجهله بالقيمه السوقيه لنفوذ الإقرار على نفسه.

والكلام في تشخيص المدعى من المنكر ليجرى عليهما الحكم الثابت في حق المدعى وخصمه، فنقول كما ذكرنا في بحث القضاء: الميزان في كون أحد الخصمين مدعياً كونه بصدد إثبات حق لنفسه أو لمن يتعلق به على الغير، أو يذكر أنّ له مالا بيد الغير أو على الغير أو يذكر سقوط حق للغير عنه أو نقل مال عنه إليه، بحيث يكون مقتضى الحجه المعتبره في حق الشاك عدم ثبوت ذلك الحق أو المال أو عدم

الشرح:

الإسقاط والنقل إليه فمن يكون من الخصمين بصدد الإثبات المزبور مع عدم مطابقه قوله للحجه المزبوره يعد مدعياً، ومن كان بصدد نفى الحق المزبور لخصمه أو عدم إسقاطه الحق أو النقل عنه مع مطابقه قوله للحجه المزبوره يعد منكرأ.

وعلى ذلك فإن قلنا: بأنّ المستند لخيار الغبن قاعده نفى الضرر، يكون مدعى الجهل مدعياً، لأنه يدعى خيار الفسخ لنفسه لكون لزوم البيع عليه ضررياً، والغابن منكرأ لذلك الحق، لأن الأصل عدم ثبوت الخيار للمغبون بمعنى أنّ استناد الضرر في الفرض إلى حكم الشارع غير محرز، ومقتضى الأصل أى استصحاب بقاء الملك بعد فسخ المغبون لزوم البيع.

وما ذكر المصنف رحمه الله من مطابقه قول المغبون لأصالة عدم علمه بالحال، فيكون منكرأ والغابن مدعياً لا يمكن المساعده عليه، لأن أصالة عدم علم المغبون أو أصالة عدم إقدامه على الضرر لا يثبت استناد ضرره إلى حكم الشارع بلزوم البيع.

وعلى ذلك فأنما يثبت الخيار للمغبون باعتراف الغابن بجهله بالحال أو بالبينه لو أمكنت البينه على جهله.

وأما ثبوته بدعوى المغبون مع يمينه فمبني على رد اليمين إلى المدعى فيما إذا لم يمكن للخصم الحلف على نفى دعواه أو بأن الدعوى إذا كانت مما لا يعلم إلا من قبل مدعيه، تثبت مع يمين مدعيه.

وإذا قلنا: بأن المدرك لخيار الغبن الاشتراط الارتكازي الثابت في المعاملات يكون الأمر على العكس بأن يكون الغابن مدعياً بإسقاط المغبون خياره بعلمه بالغبن والمغبون ينكر هذا الإسقاط.

وبتعبير آخر: يكون الاختلاف فيما نحن فيه نظير دعوى البائع إسقاط مشتري

هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة [١]، بحيث لا يخفى عليه القيمه إلا لعارضٍ من غفله أو غيرها، وإلا فلا يقبل قوله كما فى الجامع والمسالك. وقد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، الشرح:

المعيوب خيار عيبه أو مشتري الحيوان إسقاط خياره عند العقد وينكره المشتري، فإن مقتضى الأصل عدم الإسقاط فى المقامين، ولا يفرق فى ذلك كله بين كون المغبون من أهل الخبرة أو من غيرها فيما إذا احتتمل جهله بالقيمه السوقيه حال البيع، لأن مجرد كون شخص من أهل السوق مثلاً لا يوجب العلم، بل ولا الاطمئنان بعلمه بالقيمه السوقيه حتى يعتبر وينقطع الأصل.

ولو فرض فى مورد ظهور بحيث يوجب للقاضى الاطمئنان بعلم المغبون بالحال حال العقد، يكون دعوى الجهل منه محتاجاً إلى الإثبات؛ لانقطاع أصله عدم سقوط الخيار الاطمئنان بالخلاف، فيجرى فيه ما ذكر من أنه لو كان الدعوى مما يتعسّر إقامه البينه عليها هل تسمع فيها قول مدعيها بيمينه؟ ويأتى الكلام فى تلك الكبرى وكون العلم والجهل من تلك الأمور مطلقاً.

ينبغى فى المقام الإشاره إلى أمر، وهو أنّ كل مورد يكون الخصم فيه شاكاً فى دعوى المدعى، فإن كان للمدعى حجه تكون تلك الحجه معتبره فى حق خصمه الشاك كالبينه فلزم الأخذ بتلك الحجه، ولا يحتاج الواقعه إلى المحاكمه إلى القاضى. وأما إذا كان الخصم جازماً بخلاف دعوى المدعى فيحتاج المخاصمه إلى فصلها بالقضاء فيما لم يقدم على المصالحه بينهما.

وبهذا يظهر أنّ بعض صور دعوى الجهل تحتاج إلى القضاء وبعضها لا يكون من موارد القضاء فتدبر جيداً.

[١] يعنى إذا كان المغبون المدعى بجهله بالقيمه السوقيه حال العقد من أهل

فغايه الأمر أن يصير مدّعياً من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسر إقامه البيئه عليه، ولا يُعرف إلا من قبله يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. إلا أن يقال: إن معنى تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لا جعل مخالفه مدّعياً يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى في قبول قوله إذا تعسر عليه إقامه البيئه، ألا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامه البيئه على سبب الفساد؟ مع أن عموم تلك القاعده، ثم اندراج المسأله فيها محلّ تأملٍ.

الشرح:

الخبره، فلا- يعتبر أصاله عدم علمه بالقيمه السوقيه ليكون المغبون المزبور منكراً، بل يعتبر الظهور المزبور فلا يكون منكراً ليقبل قوله مع يمينه.

ولكن قد يقال: اعتبار الظهور المزبور لا يوجب عدم قبول قوله مع يمينه، لأن غايه اعتبار الظهور المزبور جعل من يوافق قوله معه منكراً والمخالف له مدّعياً، والمدعى إذا تعسر عليه إقامه البيئه لكون المدعى به مما لا يظهر لغيره، يقبل قوله مع يمينه، فالمغبون المفروض كونه من أهل الخبره يقبل دعواه الجهل بالقيمه السوقيه من هذه الجهه.

وفيه: أن اعتبار الظهور ليس بمعنى جعله ميزاناً لتشخيص المدعى عن المنكر، بل مقتضاه قبول قول من يوافق ظهور مع يمينه في المخاصمه، لا جعله منكراً وخصمه مدّعياً، ليلحق بالخصم المزبور ما يذكر من أن المدعى إذا تعسر عليه إقامه البيئه على دعواه يقبل دعواه مع يمينه.

ألا ترى أن من موارد اعتبار الظهور ما إذا اختلفا في صحه العقد الواقع وفساده، وحيث إن ظاهر حال المسلم إقدامه على العقد الصحيح يقبل قوله بصحته مع يمينه لا أن يجعل خصمه مدّعياً ليلحق به ما ذكر من أنه إذا تعسر على المدعى إقامه البيئه

ص: ١١٤

ولو اختلفا فى القيمة وقت العقد أو فى القيمة بعده [١] مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن، لأصالة عدم التغير وأصالة اللزوم. ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير واختلفا فى تأريخ العقد. ولو علم تأريخ التغير فالأصل وإن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن.

الشرح:

يقبل قوله مع يمينه.

أقول: قد تقدم أنّ الميزان فى تشخيص المدعى والمنكر: مطابقه قول أحدهما للحجة المعتمده فى حق الشاك فى الواقعه أى القاضى، ومخالفه قول الآخر معها، وأصالة الصحة الجارية فى العقد المزبور حجه معتبره وحاكمه على أصالة الفساد، فمن وافق قوله أصالة الصحة منكر والآخر مدع. وأما إذا لم يكن فى البين ظهور معتبر يكون الميزان الأصل الجارى فى الواقعه.

نعم قد يثبت فى بعض الموارد تقديم قول من يوافق مثل الظهور المزبور مع يمينه كدعوى أحد الزوجين الدخول بعد الطلاق، وتحقق الخلوه قبله، فهذا لا يدل على كونه منكراً، بل هذا الحكم تخصيص فيما دل على كون البينه على المدعى واليمين على من أنكر.

فتحصّل: أنّ الكبرى الموهومه وهى قبول قول المدعى فيما إذا تعسر عليه إقامه البينه مطلقاً، وكون الجهل والعلم منه كلاهما محلّ تأمل، بل منع.

[١] الاختلاف تاره فى ثبوت الخيار لمن يدعى الغبن وأخرى فى بقاء الخيار له لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ.

فإن كان الاختلاف فى ثبوت الخيار فلا ينبغى الريب فى أنّ الأصل عدم ثبوته كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك على حاله بعد فسخ أحدهما بغير توافق الآخر، بل

الشرح:

يجرى استصحاب عدم كون البيع المزبور غبنياً، ولو بنحو الاستصحاب عدم الأزلى.

وأما إذا كان الشك في بقاء الخيار لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فاستصحاب كون البيع على ما هو عليه مقتضاه بقاء الخيار.

وأما أصاله عدم تغير القيمة السوقية فلا تفيد في المقام؛ لأنه إذا أحرز القيمة السوقية فعلاً، واحتمل تغيرها بحيث كان البيع زمان وقوعه غبنياً، فهي لا تنفي عدم اختلاف الثمن المسمى عند البيع مع القيمة السوقية المعبر عنه بالغبن لينتفى الخيار.

وكذا الحال فيما إذا علم تغير القيمة السوقية عما كانت عليه في السابق، وشك في تقدم البيع على زمان التغير لئلا يكون في البين خيار أو تأخره عنه ليثبت الخيار فإن أصاله تأخر البيع وعدم وقوعه إلى زمان التغير لا يثبت وقوع البيع على ثمن يختلف مع القيمة السوقية ولو مع العلم بزمان التغير.

وذكر النائيني رحمه الله (١) في المقام ثلاثة فروض:

الأول: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع الثمن المسمى كما إذا بيع العين بثمانيه واتفقا على كون القيمة السوقية الفعلية تساوى ثمانيه وادعى البائع: أنّ القيمة السوقية حال العقد كانت عشره فله خيار الغبن، وقال المشتري: أنها كانت حال العقد أيضاً ثمانيه فلا خيار له، فأصاله عدم التغير لا تجرى في الفرض لأنه يرجع إلى الاستصحاب القهقرائى لأن التغير ليس أمراً مسبوقاً بعدم .

مع أنه مثبت لأن خيار الغبن لا يترتب على التغير بل على منشأ انتزاعه وهو وقوع العقد على ما يختلف مع القيمة السوقية.

ص: ١١٨

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً [١]. فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب الغبن. وحده عندنا كما في التذكرة: ما لا يتغابن الناس بمثله. وحكى فيها عن مالك: أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار وإن كان بأكثر من الثلث أوجبه. الشرح:

أقول: مع تساوى القيمة السوقية فعلاً مع الثمن المسمى لا خيار للبائع حتى لو أحرز كون القيمة حال العقد عشره؛ لما تقدم من أنّ بقاء خيار الغبن دائر مدار بقاء تفاوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى.

الثاني: ما إذا اتفقا على القيمة السوقية قبل العقد بأن كانت قيمة العين قبل البيع عشره، وأن البيع وقع على الثمانية فالغابن يدعى أنها كانت عند البيع ثمانية فلا خيار، وأصالة عدم التغير في الفرض يوجب الخيار مع الإغماض عن كونه من الأصل المثبت، لأن استصحاب القيمة السوقية على العشره لا يثبت اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية.

الثالث: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع القيمة السوقية حال العقد، غايه الأمر يدعى البائع: أنّ القيمة السوقية الفعلية هي العشره، والثمن المسمى ثمانية فله الخيار، والمشتري: بأنّ الثمن السوقية هي ثمانية فلا خيار، فإنه لا مورد لأصالة عدم التغير في الفرض أصلاً لأنّ الشك في الغبن غير ناشئ عن تغير القيمة السوقية أصلاً.

[١] قد تقدم أنّ الموجب لخيار الغبن كون التفاوت بين الثمن والقيمة السوقية فاحشاً بحيث لا يتسامح فيه غالب الناس ولا يقدمون على المعاملة بذلك التفاوت إلاّ مع الاضطرار على تلك المعاملة.

وفي هذه الصورة يكون اشتراط الخيار مع الاختلاف الفاحش ارتكازياً، بل لو قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن هي قاعده نفى الضرر فالأمر كذلك لأنه لا امتنان في موارد

وردّه: بأنّه تخمينٌ لم يشهد له أصل في الشرع، انتهى. والظاهر أنّه لا- إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً. نعم، الإشكال في الخمس، ولا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه، كما سيجيء التصريح به من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين. ثمّ الظاهر أنّ المرجح عند الشكّ في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار، لأنّه ضررٌ لم يُعلم تسامح الناس فيه. ويحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأنّ الخارج هو الضرر الذي يُناقش فيه، لا مطلق الضرر.

الشرح:

الاختلاف غير الفاحش في رفع اللزوم، حيث لا- يكون وضعه فيها ثقلاً- عليهم كما أنّ الرفع في سائر الموارد مما يكون امتثانياً كذلك فمن أكره بشرب الخمر متوعداً بضرر يتحمّله عامه الناس لا يكون فيه رفع الحرمة.

ويظهر من المصنف رحمه الله أنّ الاختلاف بنصف العشر بل العشر لا يكون فاحشاً وناقش في كون الاختلاف بالخمس فاحشاً ولكن لم يبعد كونه فاحشاً.

ولا- يخفى اختلاف المعاملات وعدم انضباط الغبن المتعارف بشيء من النسب، ولو اشترى داراً بألف وظهر الغبن فيه بمئة يعد فاحشاً، بل الأمر في تفاوت الخمسين أيضاً كذلك، ولكن لو اشترى متاعاً بخمسين وظهر الغبن فيه بخمس فقد لا يعدونه غبناً فاحشاً، بل الميزان كون التفاوت مما يتحمّله الناس في مثل تلك المعاملة بحيث يعدون الإقدام على تلك المعاملة إغماضاً عن ذلك المقدار من التفاوت.

ولا- يقال: الضرر اليسير مما يتسامح فيه الناس ضرر أيضاً، وظاهر قاعده نفيه عدم لزوم البيع مطلقاً حتى فيما إذا فرض كون التفاوت غير فاحش، غايه الأمر أنّ نفى اللزوم في البيع للامتنان على المتضرر ونفيه عن المتضرر بالضرر غير الفاحش أيضاً مشمول للامتنان، نظير وجوب القصر على المسافر بسفر لا- تعب فيه، فإنّ نفى وجوب التمام عن ذلك المسافر أيضاً مشمول للامتنان.

ص: ١٢٠

الشرح:

وعلى ذلك فالتفاوت غير الفاحش غير شرط في ثبوت خيار الغبن، ولم يقع عنوان الغبن وارداً في شيء من الأدلة ليقال بانصرافه عن التفاوت غير الفاحش بدعوى عدم عد ذلك التفاوت غبناً.

فإنه يقال: نفى الضرر منصرف عن نفى الحكم في مورد يمسك فيه المشتري بزمام العقد ولو مع علمه بذلك التفاوت، وأن الضرر فيه غير ناشئ عن حكم الشارع حيث لا يقدم المتضرر به على الفسخ، ولو بعد اطلاعه بالغبن المزبور بل يقدم على البيع المزبور، ولو مع اطلاعه بالحال.

وثانياً: قد ظهر مما ورد في مثل وجوب القصر على المسافر أنّ الإمتنان فيه من قبيل الحكمه بخلاف المقام حيث مع ورود نفى الضرر في الامتنان نظير رفع الإكراه أو الاضطرار ظاهره دوران النفي والرفع على الامتنان.

والكلام فيما إذا لم يحرز كون التفاوت مما يتسامح الناس فيه أم من غيره فذكر المصنف رحمه الله أنه يرجع مع عدم الإحراز إلى قاعده نفى الضرر في الحكم بالخيار، لأنّ الخارج عن قاعده نفى الضرر تخصيصاً أو تخصصاً موارد إحراز التسامح، واحتمل الرجوع إلى استصحاب اللزوم لاختصاص قاعده لا- ضرر بموارد الاختلاف الفاحش لا- موارد إحرازه، فيكون التمسك به كالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه.

أقول: المورد من موارد الشك في شرط الخيار والأصل عدمه فتدبر جيداً.

بقى هنا شيءٌ وهو: أنّ ظاهر الأصحاب وغيرهم أنّ المناط في الضرر الموجب [١] للخيار كون المعاملة ضرريّةً مع قطع النظر عن ملاحظه حال أشخاص المتبايعين، ولذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامّة. وظاهر حديث نفي الضرر ملاحظه الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة، ولذا استدّلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثيرٍ إذا أضرّ بالمكلف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرّ به ذلك، مع أنّ أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضرريّةً في حقّ الكلّ.

الشرح:

[١] إذا كان التفاوت بين الثمن والقيمه السوقية فاحشاً فقد يتيّسّر تحمله لبعض الأشخاص وذلك التفاوت لا يتحمّله بعض آخر في مثل ذلك البيع، فهل يكون المعيار في عدم لزوم البيع بالتفاوت الفاحش المعبر عنه بالضرر المالي مع الإغماض عن حال المغبون من جهة يسر تحمله الضرر وعدمه، أو يلاحظ مع التفاوت الفاحش حال المتضرر أيضاً، بحيث لا يرفع لزوم المعاملة بقاعده نفي الضرر مع يسر المغبون.

فإن قيل بالأول وعدم ملاحظه شيء إلا الضرر المالي فما الفرق بين المقام وبين موارد التكاليف.

مثلاً- ذكروا في شراء الماء للوضوء أنه يجب لو وجد المال وإن بلغ الثمن ما بلغ بخلاف من لا يجد المال ولا يتيّسر له الشراء المزبور فإنه يجوز له التيمم وترك الشراء لنفي الضرر، حيث إن مقتضى ما ذكر ملاحظه حال المكلف بالإضافة الى وجوب الوضوء الموقوف على شراء الماء وعدم كون تمام الملاك في نفي وجوبه بالضرر المالي والاغماض عن حال المكلف.

وإن قيل بالثاني أي ملاحظه حال الشخص، فاللازم في المقام أيضاً ملاحظه حال المغبون من حيث يسر تحمله الضرر وعدمه.

والحاصل: أنّ العبرة إن كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره. والأظهر اعتبار الضرر المالى، لأنّه ضررٌ فى نفسه من غير مدخلية لحال الشخص. وتحمله فى بعض المقامات كالتيمم إنّما خرج بالنص، ولذا أجب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور: بأنّ الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. ويمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لعدم كونه ضرراً بملاحظه ما يزاؤه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يشتري به مالٌ كثير».

الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك: بأنّ المعيار فى نفي الضرر نفس الضرر المالى؛ لأن يسر تحمل المكلف الضرر وعدمه لا يخرج الحكم عن كونه ضرراً بلا فرق بين المقام والتكاليف، غاية الأمر قاعده نفي الضرر كسائر العمومات قابله للتخصيص وقد خصّصت فى مسأله شراء الماء للوضوء، حيث دل النص على وجوبه على واجد المال.

وفى صحيحه صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاه وهو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمئه درهم أو بألف درهم وهو واجد لها، أيشترى ويتوضأ أو يتيمم؟ قال: لا بل يشتري، قد أصابني مثل ذلك فاشترت وتوضأت وما يسوئني بذلك مال كثير»^(١).

وعلى ذلك فيرفع اليد عن قاعده لا ضرر بالاضافه إلى من يمكنه الشراء، ويبقى غير الواجد للمال المزبور بحيث كان صرف المال على الشراء مجحفاً به مندرجاً فى

ص: ١٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٣: ٣٨٩، الباب ٢٦ من أبواب التيمم، الحديث ١.

نعم، لو كان الضرر مجحفاً بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج، لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكاليف لا يتحقق إلا إذا كان تحمّله حرجاً.

الشرح:

قاعده نفي الضرر.

بل يمكن أن يقال: إن خروج مثل هذه التكاليف عن قاعده نفي الضرر بالتخصص لأن ما يصيب المكلف بإزاء الضرر المالي من الأجر الأخرى يخرج عن عنوان الضرر كما يشير إلى ذلك ذيل الروايه، فيجب الشراء على كل من لا يكون الشراء مجحفاً به، وبالإضافه إلى المكلف الذي يكون الشراء مجحفاً به ينفي وجوب الشراء بقاعده نفي الحرج.

أقول: لا يخفى ما فيه فإن ترتب الأجر الأخرى على امتثال تكليف لو كان موجباً لخروجه عن كونه ضرورياً وجب الوضوء فيما لو كان تحصيل الماء موجباً لذهاب المال الكثير أو مع خوف ذهابه، كما إذا خاف من سرقة ماله لو ترك متاعه وذهب في طلب الماء ونحو ذلك، بل لا يمكن استفاده نفي اللزوم في البيع الغبني، فإن وجوب الوفاء بالبيع عند المصنف رحمه الله وغيره تكليف، ويترتب على امتثاله الأجر الأخرى، فلا يكون اللزوم المزبور ضرورياً حيث يمكن للمكلف الوفاء به بقصد القربه حتى لا يحصل الضرر فيكون الوفاء به من غير قصد التقرب إقداماً من المغبون على الضرر إلى غير ذلك.

وعن النائيني قدس سره (1) أنّ وجوب شراء الماء بالمال الكثير فيما إذا لم يكن الشراء غنياً بأن تكون قيمه الماء في ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع بحيث يكون الضرر في نفس التكليف بالوضوء الموجب لصرف الماء المزبور، وإلا فيمكن نفي لزوم الشراء بقاعده نفي الضرر فيجوز له التيمم إلا أن يؤخذ بذيل الروايه.

ص: ١٢٤

إشكال:

ذكر في الروضه والمسالك تبعاً لجامع المقاصد [١] في أقسام الغبن: أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما، انتهى. فيقع الإشكال في تصوّر غبن كلٍّ من المتبايعين معاً. والمحكى عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضه الشرح:

أقول: حمل الروايه على كون القيمة السوقية في ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع حمل بعيد، فاللازم على ظاهر الروايه الإقدام على المعاملة المزبوره لواجد المال، وإن كانت غبتيه، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر في الروضه (١) والمسالك (٢) وجامع المقاصد (٣): أنه قد يكون المغبون في المعاملة هو البائع والأخرى المشتري وثالثه هما معاً، وقد وقع الإشكال في تصوير الغبن لكل من المتبايعين في بيع واحد.

وعن بعض المحشّين للروضه (٤): عدم إمكان ذلك، فإنّ غبن البائع يكون ببيع الشيء بالناقص عن قيمته السوقية وغبن المشتري ببيعه بأزيد من قيمته السوقية، ولا يمكن أن يكون الثمن في بيع واحد زائداً على قيمته السوقية وناقصاً عنها.

وقد تصدّى جمع لتصوير الغبن لكل منهما في معامله وذكروا في ذلك وجوهاً.

الأول: ما عن المحقق القمي رحمه الله: من أنه لو باع متاعه بثمان و اشترط في البيع دفع بدل معين عن ذلك الثمن، كما إذا باع متاعه بأربعة توأمين على أن يدفع المشتري عن تلك التوأمين بثمانيه دنانير، ثم ظهر أنّ المتاع يسوى خمسه توأمين، وأن أربعه توأمين

ص: ١٢٥

١- (١) الروضه ٣: ٤٦٧ .

٢- (٢) المسالك ٣: ٢٠٥ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٢٩٥ .

٤- (٤) جامع الشتات ٢: ٥٩، ٦٠، المسأله ٤٨ .

ما حاصله استحاله ذلك، حيث قال: قد عرفت أنّ الغبن في طرف البائع إنّما هو إذا باع بأقلّ من القيمة السوقية، وفي طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، ولا- يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين، وحينئذٍ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، وإلاّ- لزم كون الثمن أقلّ من القيمة السوقية وأكثر، وهو محالٌ، فتأمل، انتهى. وقد تعرّض غير واحدٍ ممّن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض:

منها: ما ذكره المحقّق القمّي صاحب القوانين في جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضه قال: إنّها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنّها تسوى أربعة توأمين، ثمّ تبين أنّ المتاع يسوى خمسه توأمين وأنّ الدنانير تسوى خمسه توأمين إلاّ- خمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقلّ من القيمة السوقية بخمس تومان، والمشتري مغبوناً من جهه زياده الدنانير على أربعة توأمين، فالبائع مغبونٌ في أصل البيع، والمشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن وإن لم يكن مغبوناً في أصل البيع، انتهى.

الشرح:

يساوى ثمانية دنانير إلا- خمس دينار؛ ففي الفرض يكون البائع مغبوناً لبيعه ماله بأقل من قيمته السوقية والمشتري مغبون في اشتراط دفع ثمانية دنانير بدل أربعة توأمين فيكون لكل منهما خيار الغبن.

وناقش المصنف رحمه الله في الجواب بأن الغبن يحسب في المعامله بملاحظه الشرط المأخوذ فيها مثلاً: إذا باع ما يسوى بخمسه دنانير بدینارين مع اشتراط خياطه المشتري ثوباً تكون أجرتها ثلاثه دنانير لا يتحقق الغبن.

وعلى ذلك ففي الفرض المزبور يكون المغبون هو البائع فقط لأنه قد دفع متاعه

أقول: الظاهر أنّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسه دراهم بدرهمين على أن يخيّط له ثوباً مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم، ومن هنا يقال: إنّ للشرط قسطاً من العوض. وإن أبيت إلاّ عن أنّ الشرط معاملهً مستقلّةً فلا مدخل له في زياده الثمن، خرج ذلك عن فرض غبن كلّ من المتبايعين في معاملهٍ واحده. لكن الحقّ ما ذكرنا: من وحده معامله وكون الغبن من طرفٍ واحدٍ.

ومنها: ما ذكره بعض المعاصرين، من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين في عقدٍ واحدٍ بثمانين، فغبن البائع في أحدهما والمشتري في الآخر.

الشرح:

ووصل إليه بإزائه ما ينقص عن قيمته السوقيه بخمس دينار.

ومع الغمض وحساب الشرط معامله أخرى لا يكون في البين معامله واحده، بل معاملتان يكون المغبون في إحدهما هو البائع، وفي الأخرى هو المشتري.

الثاني: ما ذكره بعض (١): من بيع متاعين بصفقه واحده بثمانين، كما إذا قال: «بعت هذا المتاع وذلك المتاع الأول بخمسه، والثاني بأربعه»، وقال المشتري: «اشتريتهما»، وظهر أن المتاع الأول يسوى بأربعه، والثاني بخمسه فيكون كل من البائع والمشتري مغبوناً؛ بالإضافة إلى أحد المتاعين.

وهذا الجواب قريب من الأول في الضعف، لأنّ معامله المزبوره إن كانت واحده فلا غبن فيها لأحدهما أصلاً، وإن كانت معاملتين بحيث يكون للمغبون في كل منهما خيار تخرج عن فرض وحده معامله.

الثالث: أن يكون المراد بالغبن معناه الأعم (٢)، بحيث يشمل ظهور المبيع على

ص: ١٢٧

١- (١) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٤٤ .

٢- (٢) كذا عن العلامة في القواعد ٢ : ٢٢ ، والشهيد في اللمعه دمشقيه : ١١٣ .

وهذا الجواب قريبٌ من سابقه في الضعف، لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصّة حتّى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصّة، فهما معاملتان مستقلّتان كان الغبن في كلّ واحدٍ منهما لأحدهما خاصّة، فلا وجه لجعل هذا قسمًا ثالثًا لقسمي غبن البائع خاصّة والمشتري خاصّة. وإن لم يجر التفكيك بينهما لم يكن غبنٌ أصلاً مع تساوي الزيادة في أحدهما للنقيصه في الآخر، ومع عدم المساواة فالغبن من طرفٍ واحدٍ.

ومنها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعمّ الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقاً على خلاف ما شاهده، أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، وقد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعمّ العلّامه في القواعد والشهيد في اللمعه، وعلى هذا المعنى الأعمّ تحقّق الغبن في كلّ منهما.

الشرح:

خلاف الرّويه السابقه، كما إذا اشترى الفرس الذي رآه سابقاً سميناً بخمسه دنانير ثم ظهر هزاله، وأن قيمته عند البيع مع هزاله سته، فيكون لكل من البائع والمشتري خيار الفسخ. أما المشتري لتخلف شرط الرّويه السابقه، وأما البائع لكونه مغبوناً.

فذكر المصنف رحمه الله: أنّ هذا الوجه حسن، ولكن لا يساعده ظاهر كلام الروضه، لأن ظاهره فرض الغبن المفروض في خيار الغبن.

الرابع: ما ذكره بعض: من فرض اختلاف قيمه المبيع بحسب مكان البائع، ومكان المشتري، كما إذا حاصر العسكر بلده، وكانت قيمه الطعام خارج البلده ضعف قيمته داخل البلده واشترى أحد من داخل سور البلد الطعام من خارج السور بقيمه متوسطه بين القيمتين فيكون البائع مغبوناً، لكون قيمه المبيع عنده أزيد من الثمن المسمى والمشتري مغبوناً لكون قيمه المبيع عنده ناقصه عن الثمن المسمى.

وفيه: أنّ الملاك في الغبن القيمه السوقيه للمبيع في مكانه، وإذا نقصت قيمته

وهذا حسنٌ، لكن ظاهر عبارته الشهيد والمحقق الثانيين إرادته ما عنون به هذا الخيار وهو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسّروه به.

ومنها: ما ذكره بعضٌ: من أنّه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمنٍ متوسطٍ بين القيمتين، فالمشتري مغبونٌ لزيادته الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبونٌ لنقصانه عن القيمة في مكانه.

الشرح:

بانتقاله إلى مكان المشتري فلا يكون ذلك غبناً للمشتري، فإنّ نقله إليه إتلاف لبعض ماله.

الخامس: ما ذكره في مفتاح الكرامة (1): من دعوى كل من البائع والمشتري الغبن في معامله واحده ولم يمكن استعلام الحال، ومع تحالفهما يثبت خيار الغبن لكل منهما.

وأورد المصنف رحمه الله على ذلك: بأنّ لازم التحالف لزوم المعامله عن كلا الطرفين مع أنّ الكلام في ثبوت الغبن واقعاً لكل منهما.

أقول: يمكن أن يكون تحالفهما برد كل منهما اليمين إلى صاحبه فيثبت الخيار لكل منهما. نعم كون الكلام في الغبن الواقعي صحيح.

وقد يقال: بفرض الغبن بمعنى الضرر لكل من البائع والمشتري في بيع واحد كما إذا كانت قيمة الحيوان مع ولده عشره في بيعهما معاً أربعة للأم وستة للولد، وباع المالك الأم باعتقاد أنّ الولد يعيش بدون الأم بسته، ثم ظهر أنّ الولد لا يعيش بدونها،

ص: ١٢٩

ويمكن ردّه بأنّ المبيع بعد العقد باقٍ على قيمته حين العقد، ولا غبن فيه للمشتري ما دام في محلّ العقد، وإنّما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله إياه إلى مكان الرخص. وبالجملة، الطعام عند العقد لا يكون إلاّ في محلّ واحدٍ له قيمة واحدة.

ومنها: ما ذكره في مفتاح الكرامه: من فرضه فيما إذا ادّعى كلّ من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوبٌ بفرس بظنّ المساواه، ثمّ ادّعى كلّ منهما نقص ما في يده عمّا في يد الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع إليه، فتحالفاً، فيثبت الغبن لكلّ منهما في ما وصل إليه. قال: ويتصوّر غبنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمئة درهم، ثمّ ادّعى البائع كونه يسوى بمئتين والمشتري كونه لا يسوى إلاّ-بخمسين، ولا مقوم يرجع إليه فتحالفاً، ويثبت الفسخ لكلّ منهما، انتهى. وفيه: أنّ الظاهر أنّ لازم التحالف عدم الغبن لأحدهما، مع أنّ الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري. والأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، والله العالم.

مسأله: ظهور الغبن شرط شرعيّ [١] لحدوث الخيار، أو كاشفٌ عقليّ عن ثبوته حين العقد وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم ومعاهد إجماعهم واستدلالاتهم. فظاهر عباره المبسوط والغنيه والشرائع وغيرها هو الأوّل، وفي الغنيه: الإجماع على أنّ ظهور الغبن سببٌ للخيار. وظاهر كلمات آخرين الشرح:

وأنه لا يصلح إلاّ للذبح وقيمه بدون الأم دينار فيكون مشتري الأم مغبوناً لشرائه الأم منفرداً بسته والبائع متضرراً لأنّ البيع المزبور قد أتلّف عليه ثلاثه دنانير، ولكن لا يخفى أنّ هذا أيضاً لا يكون من الغبن المراد في المقام.

[١] يقع الكلام في ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد، فإنّ كلمات

الثانى. وفى التذكرة: أنّ الغبن سببٌ لثبوت الخيار عند علمائنا. وقولهم: «لا يسقط هذا الخيار بالتصرّف» فإنّ المراد التصرّف قبل العلم بالغبن، وعدم السقوط ظاهرٌ فى ثبوته.

ومما يؤيد الأول: أنّهم اختلفوا فى صحّة التصرفات الناقله فى زمان الخيار ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعه من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها وانتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. ويؤيده أيضاً: الاستدلال فى التذكرة والغنيه على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان: «إنّهم بالخيار إذا دخلوا السوق» فإنّ ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن. هذا، ولكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً فى المعنى الآخر.

الشرح:

الأصحاب يختلف ويظهر من بعضهم الأول كالشيخ قدس سره فى مبسوطه (١)، وابن زهره فى الغنيه (٢)، والمحقق فى الشرائع (٣)، بل ظاهر الغنيه التسالم على اشتراط الخيار بظهور الغبن. ويظهر من بعض آخر (٤) الثانى؛ بل ظاهر التذكرة الاتفاق عليه (٥)، وتصريح بعضهم: بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف (٦) المراد به التصرف قبل العلم بالغبن ظاهر فى ثبوته قبل ظهور الغبن حيث إنّ عدم سقوط الخيار به فرع ثبوته.

ص: ١٣١

١- (١) راجع المبسوط ٢ : ٨٧ .

٢- (٢) الغنيه : ٢٢٤ .

٣- (٣) الشرائع ٢ : ٢٢ .

٤- (٤) مثل ظاهر المختصر ١ : ١٢١ ، والرياض ٨ : ١٩٠ .

٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٢٢ .

٦- (٦) كما فى الشرائع ٢ : ٢٢ ، والإرشاد ١ : ٣٧٤ ، والقواعد ٢ : ٦٧ ، وغايه المراد ٢ : ٩٩ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧٢ .

وتوضيح ذلك: أنه إن أُريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ والإمضاء قولاً أو فعلاً، فلا يحدث إلا بعد ظهور الغبن. وإن أُريد به ثبوت حق للمغبون لو علم به لقيام بمقتضاه، فهو ثابت قبل العلم، وإنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق، فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما.

الشرح:

ولكن يظهر الوجه الأول من كلامهم حيث ذكروا فى المقام صحه تصرفات الغابن فيما انتقل إليه قبل علم المغبون بالحال ونفوذها، غايه الأمر أن المغبون بعد علمه بالحال وفسخه البيع يرجع ببدل ذلك المال مع اختلافهم فى صحه تصرفات مع عليه الخيار فيما انتقل إليه زمان خيار صاحبه.

ويؤيد الأول أيضاً الاستدلال فى التذكرة (١) على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه وآله فى حديث تلقى الركبان: «أنهم بالخيار إذا دخلوا السوق» (٢) فإن ظاهره حدوث الخيار بظهور الغبن الحاصل بدخول السوق.

ويمكن إرجاع كلماتهم إلى أحد الوجهين المزبورين بحيث يرتفع الاختلاف، بأن يقال: خيار الغبن يطلق تاره على السلطنة الفعلية الثابتة للمغبون بحيث يجوز له فعلاً فسخ البيع، وهذه السلطنة لا تحصل إلا بظهور الغبن.

ويطلق أخرى على الحق الواقعى بحيث لو حصل العلم به كان صاحبه متمكناً على استعمال ذلك الحق، فيكون الجاهل بموضوع خيار الغبن كالجاهل بحكم خيار الغبن أو بحكم خيارى المجلس والحيوان وغيرهما.

ص: ١٣٢

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٢.

٢- (٢) راجع سنن البيهقى ٥: ٣٤٨، باب النهى عن تلقى السلع.

ثم إن الآثار المجعوله للخيار: بين ما يترتب على السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف، فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجيء، ومنه التلف، فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً ولو قلنا بعموم قاعده «كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض وتردد فيه آخر. وبين ما يترتب على المعنى الثاني كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره،

الشرح:

ثم إن الآثار المترتبة على الخيار تختلف:

فإن منها ما يترتب على السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد فعلية السلطنة ليكون التصرف دالاً على رضا ذى الخيار ببقاء العقد والإغماض عن خياره، وكالتلف فإن تلف المنتقل إلى المغبون من مال المغبون قبل ظهور الغبن. وإنما يكون من الغابن بناءً على عموم القاعده لخيار الغبن أيضاً بعد ظهور الغبن للمغبون.

ومن الآثار ما يترتب على ثبوت الحق واقعاً كإسقاطه بعد العقد فان إسقاطه يصح ولو كان قبل ظهور الغبن.

ومن الآثار ما يحتمل فيه الأمران: أن يكون أثراً للحق الواقعي، وأن يكون أثراً للحق الفعلي كالتصرفات الناقله من الغابن فيما انتقل إليه فإن تعليل عدم جوازها بكونها مفوته لحق المغبون مقتضاه ترتبه على الحق الواقعي.

ولكن يظهر من بعض من ذكر عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ان عدم الجواز مترتب على الحق الفعلي، حيث ذكر هذا البعض أن تصرفات الغابن فيما انتقل إليه قبل ظهور الغبن للمغبون لا بأس بها.

وكيف كان فاللازم في تمييز الآثار ملاحظه الدليل الدال عليها.

وتظهر الثمره بين الوجهين من كون ظهور الغبن شرطاً شرعياً أو كاشفاً في نفوذ فسخ المغبون فيما إذا فسخ المغبون البيع قبل ظهور غبنه اقتراحاً أى من غير ملاحظه

وبين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقله، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوّتة لحقّ ذى الخيار من الغبن، ظاهرٌ فى ترتّب المنع على وجود نفس الحقّ وإن لم يعلم به. وحُكْمُ بعضٍ من منع من التصرّف فى زمان الخيار بمضىّ التصرّفات الواقعه من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلى. والمتّبع دليل كلّ واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتّب الأثر على نفس الحقّ الواقعى ولو كان مجهولاً لصاحبه، وقد يظهر منه ترتّبه على السلطنه الفعليه.

الشرح:

أمر، أو بملاحظه سبب خيار غير موجود بأن يعتقد بقاء خيار المجلس أو غيره.

أقول: الأظهر فى المقام الالتزام بثبوت الخيار للمغبون من حين العقد، فإنّ المدرك له إما قاعده نفى الضرر أو الشرط الإرتكازى الثابت فى المعاملات المبيته على المدأقه ومقتضى نفى الحكم الضرر على الأول، وتخلّف الشرط على الثانى، نفى اللزوم وثبوت الخيار من الأول، وليس الخيار إلّا السلطنه الفعليه التى يكون فسخ العقد بها نافذا سواء كانت السلطنه محرزه أم لا، فإنه إذا صادف الفسخ تلك السلطنه ينفذ وإلّا لم يكن فى البين خيار.

وعلى ذلك فالأحكام المترتبه على الخيار كضمان تلف المال على من لا خيار له بناءً على جريانه فى المقام يثبت من حين تمام العقد.

ودعوى الإجماع على عدم ضمان الغابن التلف قبل ظهور الغبن؛ إمّا تخصيص فى قاعده الضمان أو منع عن جريانها فى خيار الغبن أصلاً، هذا إذا أمكن دعوى الإجماع التعبدى فى أمثال المقام.

وأما تصرف الغابن فيما انتقل إليه فهو أمر جائز سواء كان ذلك قبل ظهور الغبن أم بعده، فإنّ الخيار ليس إلّا حق يتعلّق بفسخ العقد لا بما انتقل من ذى الخيار إلى صاحبه، غايه الأمر أنّ من له الخيار لو وجد بعد الفسخ ما صار ملكاً له بالفسخ أخذه وإلّا يأخذ بدله.

ص: ١٣٤

وتظهر ثمره الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظنٍّ وجود سببٍ معدومٍ في الواقع فصادف الغبن.

ثمَّ إنَّ ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جارٍ في العيب [١] جارٍ في العيب. وقد يستظهر من عبارته القواعد في باب التدليس الوجهُ الأوَّل، قال: وكذا يعنى لا ردَّ لو تعيبت الأمه المدلّسه عنده قبل علمه بالتدليس انتهى، فإنَّه ذكر في جامع المقاصد: أنَّه لا فرق بين تعيبتها قبل العلم وبعده، لأنَّ العيب مضمون على المشتري، ثمَّ قال: إلا أن يقال: إنَّ العيب بعد العلم غير مضمونٍ على المشتري لثبوت الخيار. وظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له. لكن الاستظهار المذكور مبنيٌّ على شمول قاعده التلف ممَّن لا خيار له لخيار العيب، وسيجيء عدم العموم إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وأما تصرف المغبون فيما انتقل إليه، فإن كان قبل ظهور الغبن فهو كتصرف الغابن بخلاف ما إذا كان بعد ظهور الغبن، فإن التصرف في ما انتقل إليه بعد ظهور غبنه يكون مسقطاً لخياره باعتبار دلاله ذلك التصرف على التزامه بالعقد على قرار ما استفيد مما ورد في سقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه.

ولا يختص ذلك بالتصرف الناقل بل كلما يكون ظاهراً في التزامه ببقاء العقد والإغماض عن خياره، بل لو كان في البين ظهور للتصرف حتى قبل علمه بغبنه يكون الإسقاط الفعلي كالإسقاط القولي في نفوذه سواء كان بعد العقد أو حين العقد كما ذكرنا سابقاً في شرط سقوط الخيار في العقد.

[١] الكلام في كون خيار العيب مشروطاً بظهور العيب أو أنَّ ظهوره كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد كما تقدم في خيار الغبن.

وأما خيار الرؤية: فسيأتى أنّ ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: إسقاطه بعد العقد [١] وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، ولا إشكال في صحته إسقاطه بلا عوضٍ مع العلم بمرتبه الغبن، ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن

الشرح:

وربما يستظهر من كلام العلامة في القواعد (١) حدوثه بظهور العيب كحدوثه بظهور الغبن حيث قال في القواعد: إنه لو حدث في الأمه المدلّسه عيب قبل ظهور التدليس فلا ردّ، بمعنى أنّ مشتريها يأخذ أرش ذلك التدليس.

وذكر في جامع المقاصد (٢): أنّ هذا الكلام من العلامة مبنى على ضمان من لا- خيار له تلف العين أو الوصف حتى في خيار العيب، ولذا يجوز الرد بالعيب الحادث بعد ظهور التدليس، ولا يجوز قبل العلم به بالعيب الحادث.

ولكن الظاهر عدم جواز الرد بالعيب الحادث سواء كان حدوثه قبل ظهور التدليس أم بعده، لأن قاعده الضمان في زمان الخيار ممن لا خيار له لا تجرى في خيار العيب، بل ضمانه على المشتري على كل تقدير.

[١] لإسقاط خيار الغبن صور:

الأولى: إسقاطه بعد ظهور الغبن بلا عوض. الثانية: إسقاطه بظهور الغبن بالعوض. الثالثة: إسقاطه قبل العلم بالغبن بلا عوض أو بالعوض.

أما الأولى: فلا إشكال في صحه الإسقاط ونفوده فيما إذا علم مرتبه الغبن وأسقط خياره، أو جهل مرتبه وأسقط خياره من أى مرتبه من الغبن، لأن مقتضى كون الخيار

ص: ١٣٦

١- (١) القواعد ٢: ٧٧.

٢- (٢) انظر جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

المسبب عن أى مرتبه كان، فاحشاً كان أو أفحش. ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرةً فظهر منه، ففي السقوط إشكال: من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرضٍ يزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. ومن أن الخيار أمرٌ واحدٌ مسببٌ عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به ولا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

الشرح:

حقاً للمغبون جواز اسقاطه. ولكن هذا فيما كان المدرك لخيار الغبن الشرط الارتكازى أو ثبوت الخيار فى المعامله الغبتيه بسيره العقلاء.

وأما بناءً على أن المدرك له قاعده نفي الضرر فإثبات كون جواز البيع مع الغبن حقياً لا حكماً مشكل جداً.

لا- يقال: بأن المنفى فى مثل البيع اللزوم الحقى لا الحكمى، حيث إن اللزوم الحكمى غير ثابت فى البيع، كما هو مقتضى ما دل على مشروعيه الإقاله فيه.

فإنه يقال: نعم الحكم المنفى كما ذكر، ولكن الجواز الثابت مع عدم اللزوم الحقى، حقياً أيضاً أو انه حكمى، فلا يثبت بنفى الضرر إلا- أن يتمسك بذيل الاجماع، فإن احتمال ثبوت الجواز الحكمى غير موجود فى كلام أحد من الأصحاب فضلاً عن الفتوى به، ولكن يبقى كون هذا الإجماع تعدياً، كما لا يخفى.

وكيف ما كان فإذا اعتقد مرتبه من الغبن وأسقط خياره أو اعتقد أن الغبن لا يزيد عن كذا، ثم ظهر كون غبنه أكثر من ذلك ففي سقوط الخيار إشكال.

ووجهه عدم طيب نفسه بسقوط خياره فى الفرض لأن الرضا كان بغبن كان المتحقق غير ذلك الغبن، فيكون نظير ما اعتقد أن حق عرضه شتم فأسقطه، ثم ظهر أنه قذف، فإنه لا يسقط بذلك حق القذف؛ وأن خيار الغبن الموجود أمر واحد من غير فرق بين حصوله بأى مرتبه من الغبن. وإذا أسقط ذلك الأمر الواحد ولو باعتقاد حصوله

ص: ١٣٧

وأما الإسقاط بعوضٍ بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب. ولو أطلق وكان للإطلاق منصرفاً، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعاملة، هو كون التفاوت أربعة أو خمسة في العشرين، الشرح:

بمرتبه تكون في الواقع غيرها فلا خيار بعده.

ولا يقاس بالشتم والقذف فإن حق الشتم غير حق القذف؛ وإذا اسقط الأول باعتقاد أنه الموجود، وبأن الثاني لا يسقط الثاني لعدم إسقاطه.

وكذلك ليس من قبيل الدين الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فإنه إذا أسقطه دينه على الغير باعتقاد أنه لا يزيد على الألف، ثم بان الدين ألفان يسقط الألف ويبقى الألف الآخر.

وذكر السيد اليزدى قدس سره (١): أنه لا فرق بين المقام مما يكون الموجود على كل تقدير فرداً من نوع وبين حقى الشتم والقذف، أو الدين.

والعمده ملاحظه أن الاعتقاد المزبور من قبيل الداعي إلى إسقاط الحق، فيسقط حتى في مسأله اعتقاد حق العرض شتماً، ثم بان أنه قذف، أو أن الاعتقاد المزبور يوجب تقييد الحق الذى يسقطه، وهذه مسأله فى جميع موارد الاعتقاد بالخلاف.

وأورد على ذلك النائنى قدس سره (٢): بأن الموجود من الخيار فى الفرض أمر واحد خارجى بسيط، ولا يختلف ذلك الأمر الواحد البسيط باختلاف مراتب الغبن.

وهذا الأمر الواحد لا يقبل التقييد حيث إن القابل له هو الطبيعى لا الشخصى؛ ومسأله دوران الامر بين كونه داعياً أو تقييداً تجرى فى مثل العبادات مما تكون الفاعل فيها بصدد إيجاد الطبيعى كالقضاء والأداء، بأن يصلح باعتقاد أنه فى الوقت فبان أنه

ص: ١٣٨

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٥٤٢ .

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣ : ١٣٠ ١٣١ .

فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم. فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، وأن المبيع يسوى درهمين، ففي بطلان الصلح، لأنه لم يقع على الحق الموجود. أو صحته مع لزومه لما ذكرنا: من أن الخيار حق واحد له سبب واحد وهو التفاوت الذي له أفراد متعددة، فإذا أسقطه سقط. أو صحته مترزلاً، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن الشرح:

خارجة، أو توضاً قبل الوقت باعتقاد دخوله ووجوب الوضوء، ثم بان الوقت لم يدخل.

وأما في موارد كون الموجود شخصاً واحداً بسيطاً كما في المقام، فالإسقاط إسقاط لذلك الأمر الواحد، ولا يعقل فيه التقييد.

وإذا فرض عدم التعليق في الإسقاط فلا محاله يسقط ذلك الخيار، وإلا بطل الإسقاط لأنه من الإيقاع والتعليق فيه موجب لبطلانه.

وبتعبير آخر: لو قال: «إن كان غبني في المعاملة كذا مقداراً أو لا يزيد على كذا فأسقطت خيارى»، بطل الإسقاط للتعليق في الإيقاع، وإذا كان الإسقاط منجزاً سقط خيار الغبن لأن خيار الغبن لا يقبل التخصيص بمراتب الغبن نظير التخصص بالمجلس والحيوان.

أقول: أما قضيه عدم طيب النفس بسقوط الخيار على تقدير كون الغبن أكثر مما أعتقده المغبون، فقد تقدم أن المعبر في المعاملات التراضى المعاملى وعدم حصول العقد أو الإيقاع بالاكراه، وأما طيب النفس بمعنى ابتهاجها بالمعاملة ونحوها، فلا يعتبر.

وأما حديث أن الخيار أمر واحد بسيط لا يقبل التقييد، وإنما يقبل إسقاطه التعليق، ومع عدم التعليق في إسقاطه كما هو الفرض يسقط ذلك الأمر الواحد، واعتقاد أن الغبن في المعاملة بالمرتب الفلانيه مع أنه كان في الواقع غيرها يكون من قبيل التخلف في الداعي، كما أفاده النائينى رحمه الله (1) أيضاً، لا يمكن المساعدة عليه فإنه، قد تقدم أن

ص: ١٣٩

عوضه المتعارف درهمٌ تبين كونه ممّا يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنّه كلّما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد ممّا يبذل في مقابله لو كان أقلّ فيحصل الغبن في المصالحه، ولا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه. وجوهٌ وهذا هو الأقوى فتأمل.

الشرح:

المشترى إذا علم بالغبن، ولكن اعتقد أنه بالعشر ومع ذلك اشترى المال، ثم ظهر أنّ الغبن أكثر يكون له خيار الغبن، وإذا فرض أنّ مع العلم بالغبن لا يكون في البين اشتراط عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين، فكيف يثبت للعالم بالغبن خيار، فإن الشراء مع العلم إلغاء لذلك الشرط الارتكازي لا محاله.

والجواب: فيه وفي إسقاط الخيار بعد العقد باعتقاد أنّ الغبن مقدار كذا واحداً وهو أنّ الموجب لخيار الغبن، وإن كان تحقق الاختلاف الفاحش بين القيمه السوقيه والتمن المسمى، لكن هذا الاختلاف على تقدير حصوله في ضمن أي مرتبه يوجب الخيار لا لخصوصيه لحد تلك المرتبه، بل بما هي اختلاف فاحش.

وعلى ذلك فأى مرتبه اعتقدها المشتري حين العقد، ومع ذلك أقدم معه بالشراء يكون ذلك بمنزله إلغاء تلك المرتبه وما دونها في الشرط الارتكازي، بمعنى أنه لو كان الغبن في ضمن تلك المرتبه وما دونها فلا حق له في فسخ البيع.

وأما سائر المراتب فهي باقيه على الشرط الارتكازي فتكون النتيجة ثبوت خيار الغبن في بعض فرض الغبن وعدم ثبوته في بعضها الآخر.

والأمر في الإسقاط بعد العقد أيضاً كذلك، فإن تعليق إسقاط الخيار على حصول الخيار واقعاً لا بأس به، كما يأتي وكما أن تعليق الإسقاط على تحقق الدين واقعاً لا بأس به، فإن هذا التعليق حاصل سواء أتى به المسقط في إنشائه، أو لم يأت به، فإنه لا معنى لإسقاط دين معدوم أو خيار معدوم، وإذا أحرز الشخص حصول الخيار، ولكن لم يدر

الشرح:

حصوله بتحقق الاختلاف الفاحش في ضمن أي مرتبه من الغبن فيمكن له أن يسقط خياره مطلقاً، كما يمكن له إسقاطه في بعض احتمالاته بأن يقول أسقطت خيار الغبن لو ثبت الخيار بالاختلاف بالعشر بين القيمتين وما دون.

والكلام في المقام في أن اعتقاد مرتبه من الغبن وإسقاطه خيار الغبن بذلك الاعتقاد، بمنزله تقييد الخيار الذي يسقطه بحصوله بالتفاوت الفاحش في ضمن تلك المرتبه، أو ما دونها ولو كان ذلك التقييد بمعنى تعليق الخيار الذي يسقطه أو أن الاعتقاد المزبور لا يوجب تقييد الخيار ولا تعليق حصوله.

وهذا غير تعليق الإسقاط الموجب لبطلانه، كما إذا قال «لو جاء ولدى من سفره، فقد أسقطت ما لي عليك من الدين»، فإنّ البطلان فيما كان المسقط بالفتح على إطلاقه، والتعليق في إسقاطه كما في الفرض لا فيما كان التعليق في الإسقاط حاصلًا بتقييد المسقط بالفتح أو تعليقه كما في المقام.

والظاهر أن مجرد الاعتقاد بوصف في المسقط بالفتح، لا يوجب تقييداً فيه أو في إسقاطه، كما أن مجرد الإعتقاد بوصف في المبيع كالاعتقاد بكون الفرس من نسل كذا، لا يوجب التعليق في المبيع في مقام شرائه؛ بل التقييد والتعليق يحتاج إلى مؤنه زائده في العقد والإنشاء.

فمع إسقاطه بدون تلك المؤنه يسقط مطلقاً، ومع الصلح عليه بشيء يسقط ذلك الخيار، غايه الأمر يكون نفس الصلح في بعض الموارد غنياً، فيثبت له خيار الغبن، فيما إذا لم يكن الصلح المزبور مبنياً على المحاباه.

ولكن مع ذلك يظهر من صحيحه أبي ولاد أن الاعتقاد المزبور في موارد إسقاط الحق والمصالحه عليه يوجب التقييد والتعليق حيث سئل الإمام عليه السلام: «انى كنت أعطيته

هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟

وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن [١] فالظاهر أيضاً جوازه، ولا يقدح عدم تحقق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار، إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، وهو الغبن الواقعي وإن لم يعلم به. الشرح:

دراهم ورضى بها وحللتني. فقال: إنما رضى بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفيتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك» (١).

[١] لا يخفى أنه بناءً على ثبوت الخيار بتمام العقد على تقدير الغبن لا إشكال في جواز إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن، فإنه من إسقاط ما يجب.

وقد تقدم أن تعليق الخيار على ثبوته واقعاً في مقام إسقاطه وسرايه ذلك إلى تعليق السقوط لا بأس به لتعلق السقوط عليه واقعاً وإن أتى به منجزاً فإنه لا معنى لإسقاط الخيار على كل تقدير.

وأما بناءً على تحقق الخيار بظهور الغبن، ففي إسقاط الخيار بعد العقد وقبل ظهور الغبن إشكال فإنه من إسقاط ما لم يجب، أي إسقاط ما هو غير موجود بالفعل قطعاً.

وأجاب المصنف رحمه الله: أنه يكفي في جواز الإسقاط أي إسقاط المسبب تحقق سببه، وإن كان تحقق المسبب موقوفاً على حصول الشرط مستقبلاً، كما إذا أعار ثوبه من زيد واسقط بعد العاربه أو تعدى المستعير ضمان ذلك المستعير، فإن تعديه بالإضافة إلى ضمانه من قبيل السبب، لأن الضمان يحصل بتلف المال، وقد أسقط ذلك المسبب عند تحقق سببه، وكبراءه البائع ان العيوب الموجودة في المبيع حال البيع، فإن البيع سبب للخيار وشرطه ظهور العيب، فالبراءة المزبوره إسقاط لما يتحقق سببه، وأما شرطه فأمر استقبالي.

ص: ١٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

وهذا كافٍ في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفترط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. ولا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق، إذ لا مانع من ذلك إلا- التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه. وأما ما نحن فيه وشبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية، وإعتاق مشكوك الرقبة منجزاً، والإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم في شرائط الصيغه: أنه لا مانع منه، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع وضمناً ذرّك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير.

الشرح:

والحاصل: كما أن الإسقاط في نظير هذه الموارد ليس من إسقاط المعدوم، بل إسقاط للشيء معلقاً على تحقق ذلك الشيء مستقبلاً، وكذلك إسقاط الخيار بعد العقد، وقبل ظهور الغبن.

أقول: لو كان ثبوت الخيار بظهور الغبن باعتبار الشرط الإرتكازي الثابت في المعاملة، فلا ينبغي التأمل في جواز إسقاطه بعد العقد، لأن الشرط وهو عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين حق للمشروطه، فله إلغاء ذلك الشرط، ولو قبل ظهور الغبن، وهذا من إسقاط الحق الموجود.

وأما إذا قيل بأن خيار الغبن شرعي وموضوعه ظهور الغبن، واستفاده ذلك من قاعده نفى الضرر، أو روايه تلقى الركبان فإسقاطه بعد العقد، وقبل ظهور الغبن لا يخلو من صعوبه، لأن تعليق الإسقاط باعتبار تعليق المسقط على تقدير حصوله زمان الإسقاط وان كان لا بأس به كما تقدم.

ولكن الإسقاط فعلاً مع كون المسقط على تقديره أمراً استقبالياً، وإن كان ممكناً

ص: ١٤٣

نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنّه لا- بدّ من وقوع شىءٍ بإزائه وهو غير معلوم، فالأولى ضمّ شىءٍ إلى المصالح عنه المجهول التحقّق، أو ضمّ سائر الخيارات إليه بأن يقول: «صالحتك عن كلّ خيارٍ لى بكذا»، ولو تبين عدم الغبن لم يقسّط العوض عليه، لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

الثانى من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد [١]، والإشكال فيه من الجهات المذكوره هنا، أو المتقدّمه فى إسقاط الخيارات المتقدّمه قد علم التفصّل عنها. نعم، هنا وجهٌ آخر للمنع مختصّ بهذا الخيار وخيار الرؤيه، وهو لزوم الشرح:

إلا أنّ نفوذه يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ولذا لا يصح الإسقاط، بأن قال: «أسقطت مالى عليك لو اقترضت منى مستقبلاً».

ومسأله إسقاط المعير ضمان المستعير قبل الإفراط والتفريط، أو بعده داخله فى الإذن فى إتلاف المال مجاناً، فيرتفع الضمان وبراءه البائع من العيوب أو الغبن أو نحو ذلك انما يفتح لكون الإسقاط المزبور إلغاء اشتراط السلامه أو الغبن، أو لكون الإسقاط المزبور نافذاً لدخوله فى عنوان الشرط، كما لا يخفى.

وأما المصالحه بالغبن المحتمل فلا إشكال فيه لأنه لا يعتبر فى المصالحه بشىء كون الحق ثابتاً، بل يكفى فيه الحق المحتمل وتفصيل ذلك موكول إلى محله.

[١] يقع الكلام فى المقام فى غير الجهه التى تجرى فى شرط سقوط عامه الخيارات، وهى أنّ شرط سقوطها فى متن العقد داخل فى إسقاطها بنحو شرط النتيجة، ولا- ينافى الكتاب الدال على لزوم الوفاء بالعقود حيث إن لزوم البيع حقى لا حكمى، بقرينه مشروعيه الإقاله؛ وفى غير الجهه التى تقدم الكلام فيه فى المسقط الأول وأن اشتراط ثبوت الخيار بظهور الغبن لا ينافى إسقاطه بعد العقد أو حينه بالاشتراط لأنه

الغرر من اشتراط إسقاطه. قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: ولو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤيه، فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى. ثمّ احتمال الفرق بين الخيارين: بأنّ الغرر فى الغبن سهل الإزالة. وجزم الصيمرى فى غايه المرام ببطلان العقد والشرط، وتردّد فيه المحقّق الثانى، إلاّ أنّه استظهر الصحّه. ولعلّ توجيه كلام الشهيد هو: أنّ الغرر باعتبار الجهل بمقدار ماله المبيع كالجهل بصفاته، لأنّ وجه الشرح:

يكفى فى الإسقاط ثبوت السبب للخيار.

والجهه التى يقع الكلام فيها فى المقام ما يقال من عدم جواز شرط سقوط خيار الغبن وخيار الرؤيه، لأنّ اشتراط السقوط فيهما يوجب الغرر فى البيع، كما ذكر ذلك الشهيد قدس سره فى الدروس (١)، وذكر أنّ رفع الإشكال فى شرط سقوط خيار الغبن أسهل من دفعه فى شرط سقوط خيار الرؤيه.

وعن الصيمرى فى غايه المرام (٢) الجزم ببطلان البيع والشرط باشتراط سقوط خيار الغبن.

وعن جامع المقاصد (٣) التردد فى ذلك وإن ذكر أنّ الظاهر جوازه.

والوجه فى دعوى الغرر هو أنّ الغرر يحصل فى البيع بالجهل بالماليه، ولذا لا يعتبر فى البيع العلم بالصفات التى لا دخل لها فى ماليه المبيع، بل يعتبر العلم بالصفات التى يوجب اختلافها الاختلاف فى الماليه، وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بالمنع عن كون البيع بشرط سقوط الخيار غريباً، لأنّ المعتبر فى البيع العلم بالمبيع من حيث النوع والصنف وكمّه والتمكّن من تسليمه وكذا فى الثمن والعلم بالقيمه السوقيه.

ص: ١٤٥

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

٢- (٢) غايه المرام (مخطوط) ١ : ٢٨٨ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ : ٣٠٣ ٣٠٢ .

كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار مألوفه، ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في قيمه. لكن الأقوى الصّحّه، لأنّ مجرّد الجهل بمقدار المألوف لو كان غرراً. لم يصحّ البيع مع الشكّ في قيمه، وأيضاً فإنّ ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتّى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، وإلّا لم يصحّ البيع، إذ لا يجدى في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار، لأنّه حكم شرعيّ لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلّا لصحّ كلّ بيعٍ غرريّ على وجه التزلزل وثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده والمتعذّر تسليمه.

الشرح:

وعدم الاختلاف الفاحش بينها وبين الثمن المسمى لا- يعتبر في البيع، وإلّا- لكان الجهل المزبور موجباً لبطلان البيع ولا ينفعه ثبوت خيار الغبن، فإنّ الخيار لا يصحح البيع مع كونه غررياً، لأنه حكم شرعيّ يترتب على البيع الصحيح.

ولو كان الخيار موجباً لارتفاع الغرر لصحّ بيع كل مجهول من حيث الوجود أو من حيث التمكن من تسليمه بشرط الخيار.

هذا بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الغبن. وأما بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الرؤية فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإنّ الخيار لا يرفع الغرر فيه، بل الموجب لارتفاع الغرر فيها اشتراط الأوصاف وشرط سقوط الخيار لا ينافى اشتراطها حيث إنه لا منافاه بين اشتراطها والتزام المشتري بعدم فسخ البيع على تقدير تخلف تلك الأوصاف.

أقول: قد تقدم أنّ اشتراط الأوصاف لا معنى لها إلا شرط ثبوت الخيار مع تخلفها، والتزام المشتري بعدم فسخه إن كان بمعنى شرط الفعل فهو راجع إلى الالتزام بترك الفسخ مع ثبوت الخيار له، ولذا لو فسخ نفذ الفسخ، وإن فعل حراماً، وإن كان بمعنى عدم الخيار فهو مناف لا اشتراط الأوصاف.

نعم أخبار البائع بأوصاف المبيع موجب لارتفاع الغرر عن البيع. واشتراط

وأما خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطه من الأوصاف في العين الغير المرئيه، فكأنهما تبايعا سواءً وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحة البيع موقوفه على اشتراط تلك الأوصاف، وإسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان. مع احتمال الصحة هناك أيضاً، لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطه من الأوصاف، ولا- تنافى بين أن يُقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل. وسيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية.

الشرح:

سقوط الخيار بتخلف بعض الأوصاف لا ينافى الأخبار المزبوره.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أن الخيار حكم شرعى يلحق بالبيع الصحيح، فهذا بالإضافة إلى مثل خيار المجلس والحيوان من الخيارات الشرعيه التأسيسيه صحيح، ولكن لا- يصح بالإضافة إلى الخيار المشترط، فإنّ هذا الخيار ربما يوجب خروج البيع عن كونه غريباً، وبذلك يدخل في خطاب الإمضاء.

وما ذكره قدس سره من أن شرط الخيار لو كان موجباً لارتفاع الغرر لصح بيع ما يتعذر تسليمه بشرط الخيار غير صحيح، فإن شرط الخيار، وإن يوجب في بعض الموارد خروج البيع عن الغرر، لأن الغرر الجهل الخاص، وهو الذى فيه خطر، ولا خطر مع اشتراط الخيار إلا- أن الأخبار الوارده في اعتبار الضميمة في بيع العبد الآبق ونحوه دلت على عدم الاعتبار بشرط الخيار في تصحيح بيع ما يتعذر تسليمه.

والحاصل: أن شرط سقوط خيار الغبن لا بأس به ولا يوجب الغرر في العوضين، والعلم بعدم الاختلاف بين قيمه السوقيه والتمن المسمى غير معتبر في صحة البيع، والجهل بها حال البيع كالجهل بها بعد البيع في عدم كونه قادحاً في صحة البيع ولزومه،

ص: ١٤٧

وكيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غررٌ.

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه [١] بعد علمه بالغبن، ويدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس والشرط به مع عدم ورود نص فيهما واختصاص النص بخيار الحيوان وهو: إطلاق بعض معاهد الإجماع، بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازةً وفيما انتقل عنه فسخ، والعلّة المستفاده من النص في خيار الحيوان المستدل بها في كلمات العلماء على السقوط، وهى الرضا بلزوم العقد. مع أنّ الدليل هنا إما نفي الضرر وإما الإجماع، الشرح:

وإن شرط سقوط خيار الرّويه مع إحراز الأوصاف، ولو بأخبار البائع لا يوجب أيضاً الغرر في البيع. والله سبحانه هو العالم.

[١] تصرف المغبون فيما انتقل إليه بعد علمه بغبنه مسقط لخياره، ويستفاد ذلك مما دل على سقوط خيارى المجلس والشرط بتصرف ذى الخيار فيهما.

ووجه الاستفاده أنّ النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف وان كان وارداً في خيارى الحيوان والشرط، ولكن وقع الإجماع على أنّ تصرف مطلق ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة للبيع وتصرفه فيما انتقل عنه فسخ.

ويظهر أيضاً من التعليل الوارد فى سقوط خيار الحيوان بالتصرف، أنّ رضى ذى الخيار ببقاء البيع مسقط لخياره.

وعلى ذلك فيؤخذ فى الحكم بسقوط خيار المغبون بتصرفه فيما انتقل إليه بعد العلم بالغبن بديل الإجماع وعموم التعليل.

ويضاف إلى ذلك أنّ المدرك لخيار الغبن، إما قاعده نفي الضرر أو الإجماع والقاعده كما لا مجرى لها فى صورته الإقدام بالضرر كذلك لا تجرى فى مورد الرضا

والأول منتفٍ، فإنّه كما لا يجرى مع الإقدام عليه كذلك لا يجرى مع الرضا به بعده. وأما الإجماع فهو غير ثابتٍ مع الرضا. إلا أن يقال: إنَّ الشكَّ في الرفع لا- الدفع، فيستصحب، فتأمّل. أو ندعى أنّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إنَّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف» شموله للتصرّف بعد العلم بالغبن واختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك. لكنَّ الإنصاف عدم شمول التصرّف في كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، وغرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أنّ التصرّف مسقطٌ لكلِّ خيارٍ ولو وقع قبل العلم بالخيار كما في العيب والتدليس سوى هذا الخيار. ويؤيد الشرح:

بالضرر، والإجماع أيضاً على الخيار مع التصرف فيما انتقل إليه بعد العلم بغبنه مفقود.

ولكن هذا الوجه المضاف لا يثمر في المقام فإن غايه الأمر أنّ قاعده نفي الضرر لا تثبت بقاء خيار الغبن مع التصرف كما أنه ليس في البين إجماع على بقاء الخيار مع التصرف بعد العلم بالغبن، لكن يتمسك في بقاء الخيار بالاستصحاب.

فالعمده التشبّث بذيل الإجماع على أنّ تصرف ذي الخيار مسقط لخياره، وبالتعليل الوارد في خيار الحيوان من أنّ تصرف المشتري الحيوان فيه رضئ بالبيع.

ولكن هذا التشبّث أيضاً لا يخلو عن المناقشه لأنهم ذكروا عدم سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون، ويمكن أن يؤخذ بإطلاق عدم السقوط في كلامهم حيث يعم التصرف بعد العلم بالغبن أيضاً، ولكن لا يبعد اختصاصه بالتصرف قبل العلم بالغبن، كما صرح بذلك الاختصاص الشهيد الثاني في المسالك^(١) وتبعه جماعه^(٢)، ومع هذا الاختصاص يؤخذ بمقتضى التعليل الوارد في خيار الحيوان، ويحكم بسقوط خيار

ص: ١٤٩

١- (١) المسالك ٣: ٢٠٧.

٢- (٢) المستند ١٤: ٣٩٥، وانظر مجمع الفائده ٨: ٤٠٤، والرياض ١: ٥٢٥.

ذلك ما اشتهر بينهم: من أنّ التصرف قبل العلم بالعيب والتدليس ملزّم، لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الردّ، وإنّما يثبت الأرش في خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب.

وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم. نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك وتبعه جماعة، مع أنّه إذا اقتضى الدليل للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح. بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصرف قبل العلم، والاعتذار بالنصّ إنّما يتمّ في العيب دون التدليس، فإنّه مشتركٌ مع خيار الغبن في عدم النصّ، ومقتضى القاعده في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحداً.

الشرح:

الغبن بالتصرف بعد العلم بالغبن، بل مقتضاه كون التصرف قبل العلم بالغبن أيضاً كذلك، فإنه لا فرق بين خيار الغبن وخيار التدليس حيث ذكروا في خيار التدليس بسقوطه بتصرف ذي الخيار، ولو قبل علمه بالتدليس وكذا الأمر في خيار العيب(1).

والاعتذار عن السقوط في خيار العيب والتدليس بالنص غير صحيح، لأنّ النصّ وارد في خيار العيب(2) لا التدليس، فينبغي في خيار التدليس ملاحظه دليله.

وعلى كل تقدير فإن كان تصرف المغبون بعد العلم بغبنه دالاً على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن خياره فهو، وإلا فمقتضى استحباب بقاء الخيار عدم سقوطه بسائر التصرف.

ص: ١٥٠

١- (١) الغنيه : ٢٢٢ ، والمختلف ٥ : ١٨٣ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٢٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار .

والتحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعده عدم السقوط، لبقاء الضرر، وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد وتحمل الضرر. نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط، وادعى عليه الإجماع، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش وإن كان نفس إمساك المعيب قد يكون ضرراً، فإن تم دليل في التدليس أيضاً قلنا به، وإلا وجب الرجوع إلى دليل خياره.

ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن، مبنئ على ما تقدم في الخيارات السابقه: من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلا كان اللازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف، الرجوع إلى أصله بقاء الخيار.

الشرح:

أقول: المراد بالتصرف الموجب لسقوط الخيار بعد العلم بالغبن يعم التصرف المتلف والناقل والتصرف الانتفاعي، وكل هذه التصرفات فيما إذا كان بقصد إقرار البيع والإغماض عن الخيار فلا إشكال في كونه مسقطاً فإنه لا يعتبر في الإسقاط أن يكون بالقول.

وأما إذا لم يكن بذلك بل كان لأجل كون المال ملكه فعلاً فله ذلك التصرف مع التردد في الفسخ أو مع الجزم به، كما إذا علم المغبون غبنه وبنى على الفسخ، ومع ذلك باع العين لأنه رأى أن إبقائها للاسترداد إلى بايعها يوجب فسادها أو سقوطها عن الماليه ونحو ذلك، فلا يكون التصرف الناقل مسقطاً فضلاً عن غير الناقل.

وما تقدم في خيار الحيوان من كون التصرف الانتفاعي من الحيوان مسقطاً كان من قبيل التعبد بصغرى الإسقاط في بعض الموارد، ولا يعم ذلك غير مورده فضلاً عن سائر الخيارات.

كما أن دعوى أن بقاء العين يعتبر في الخيار المشروط بالشرط الارتكازي

الرابع من المسقطات: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرّفًا مخرجًا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق. فإنّ المصرّح به في كلام المحقّق ومن تأخّر عنه هو سقوط خياره حينئذٍ، وقيل: إنّهُ المشهور، وهو كذلك بين المتأخّرين. نعم، ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحةً عند كذب البائع: أنّه لو هلك السلعة أو تصرّف فيها، سقط الردّ.

والظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن: «ولا يسقط الخيار بتلف العين» فراجع. واستدلّ على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك. وهو بظاهره مشكّل، لأنّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين. ويمكن أن يوجّه بأنّ حديث «نفى الضرر» لم يدلّ على الخيار، بل المتيقّن منه جواز ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، وتضرّر المغبون من جهه زياده الثمن معارضٌ بتضرّر الغابن بقبول البدل، فإنّ دفع الضرر من الطرفين إنّما يكون بتسلّط المغبون على ردّ العين، فيكون حاله من حيث إنّ له القبول والردّ حال العالم بالغبن قبل المعامله في أنّ له أن يشتري وأن يترك، وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أنّ إخراج المغبون العين عن ملكه التزامٌ بالضرر، ولو جهلاً منه به.

الشرح:

يدفعها ملاحظه ما تقدم من المثال.

وممّا ذكرنا يظهر أن التصرف الناقل، وغير الناقل فيما إذا كان قبل العلم بالغبن بقصد إقرار البيع على تقدير الغبن واقعاً أيضاً مسقط وبغير ذلك الداعي لا يسقط الخيار بل المغبون بعد فسخه البيع يرجع بماله إلى الغابن على تقدير عدم بقاء العين.

ودعوى تضرر الغابن بذلك يدفعها أن العين لو كانت مثلياً فقد أخذ البائع بدل ماله، وإن كانت قيميه كان بيعها إقداماً على أخذ قيمتها.

ص: ١٥٢

لا فرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري

هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيدة في اللمعة بما توضيحه: أنّ الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، لما عرفت من أنّ الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالمياً به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد بردّ نفس العين مع بقائها على ملكه وبدلها مع عدمه، وفوات خصوصيته العين على الغابن ليس ضرراً، لأنّ العين إن كانت مثليّة فلا- ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادته قيمتها، فلا- ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زياده الثمن على القيمة، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة.

والإنصاف أنّ هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعاً.

أقول: والظاهر عدمه، لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق فيما تتبعت.

ثم إنّ مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف [١] بين البائع

الشرح:

مع ما تقدم من أن قاعده نفي الضرر لا ينفي الحكم، أو الحق فيما إذا كان في كل من ثبوته ونفيه ضرر، كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكر ضابط التصرف المسقط والتصرف غير المسقط بلا فرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري، حيث لا وجه للقول باختصاص ما ذكر بما إذا كان المغبون مشترياً، فلاحظ وتدبر.

[١] لو بنى على أنّ تصرف المغبون مع جهله بالغبن فيما انتقل إليه يوجب سقوط خياره والمراد بالتصرف ما كان من قبيل النقل اللازم أو فك الملك كالوقف والعتق أو

والمشترى. قال فى التحرير بعد أن صرّح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً : «ولا يسقط الخيار بالتصرّف مع إمكان الردّ»، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، وبين فكّ الملك كالعتق والوقف، وبين المانع عن الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاء، بل ويعمّ التلف. وعن جماعة: تخصيص العبارة بالمشترى. فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يُعرف له وجه، إلاّ أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعنى نفي الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع. ثم إنّ ظاهر التقييد بصوره امتناع الردّ، وظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرّح به جماعة:

الشرح:

من قبيل إيجاد المانع عن رد العين كالاستيلاء أو كان من تلف العين فلا يفرق بين كون المغبون هو المشتري أو البائع.

وعن جماعة اختصاص سقوط الخيار بالتصرف المزبور بما كان المغبون هو المشتري، ولم يعلم وجه لذلك إلاّ أن يقال: سقوط خيار المغبون بالتصرف حال جهله بغبنه مخالف لمقتضى الخيار الثابت بقاعده نفي الضرر، فيقتصر فى مخالفه دليل الخيار بمورد اليقين وهو المشتري.

وأما إذا كان المغبون هو البائع فيكون له الخيار بعد ظهور غبنه، وبعد فسخه البيع يردّ الثمن إلى المشتري ويأخذ منه بدل المبيع مثلياً كان أم قيمياً.

أقول: قد تقدم أنه لا موجب لسقوط الخيار بتصرف المغبون مع جهله بالغبن إلاّ إذا كان ذلك التصرف بقصد الإغماض عن الخيار على تقدير غبنه.

ولا فرق فى هذا الإسقاط الفعلى بين كون المغبون بائعاً أو مشترياً، ويؤخذ فى غير هذا الفرض بمقتضى الخيار، وهو تعلق الحق بفسخ البيع وبعد فسخه يرجع الغابن إلى بدل ماله.

لا يقال: لو فرض العين بتصرف المغبون تالفاً ويكون فسخ البيع موجباً لانحلاله

من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير والوصية من التصرفات الغير الموجه للخروج عن الملك فعلاً، وهو حسن، لعموم نفي الضرر، ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن. ولو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد وفسخ العقد اللازم لعيب أو غبن ففي جواز الرد وجهان: من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع. وربما يُبينان على أن الزائل العائد كالذي لم يُزل أو كالذي لم يُعد. وكذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد، وعدم الخيار هنا أولى، لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ برفع السبب السابق.

الشرح:

من حين الفسخ لا من الأول فيرجع ما بيد الغابن إلى ملك المغبون ولكن التالف بيد المغبون لا يمكن رجوعه إلى ملك الغابن لأنه من قبيل تملك المعدوم، وكذا إذا انتقل المال بتصرف المغبون إلى الغير بالملك اللازم أو فك الملك فإن لازم انحلال البيع بفسخ المغبون انحلال التصرف المزبور أيضاً، وكيف يرجع الغابن في جميع ذلك إلى بدل ماله.

فإنه يقال: للتالف في اعتبار العقلاء جهات خصوصيه عينيه وجهه نوعيه وجهه ماليه، ويكفي في فسخ المعامله الجاريه على الشخص إمكان رد ذلك الشخص ولو ببعض جهاته فيكون رده في جهتي نوعيته وماليته فيما كان مثلياً وبجبهه ماليته فيما إذا كان قيمياً كما أوضحنا ذلك في التكلم في معنى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) وتعلق الخمس والزكاه بالعين بنحو الإشاعه في الماليه.

وكذا الحال فيما إذا كان تصرف المغبون موجباً لعدم إمكان رد الخصوصيه كالاستيلاء أو انتقال ذلك المال إلى الآخر أو فك الملك.

ص: ١٥٥

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

وفى لحوق الإجاره بالبيع قولان: من امتناع الردّ، وهو مختار الصيمرى وأبى العباس، ومن أنّ مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك، وهو المحكى عن ظاهر الأكثر.

الشرح:

والحاصل: أنّه كلما كانت العين على ملك المغبون ولم يكن مانع عن ردّها إلى الغابن فيستحق الغابن بالفسخ تلك العين، وإلا يأخذ البدل ولا فرق فى ذلك بين عدم خروجها عن ملك المغبون أصلاً أو رجوعها إليه بعد خروجها، حيث إن الرد بالسبب السابق بعد الفسخ والمفروض كونه حلاً للبيع من حينه لا من الأصل.

ثم بناءً على كون تصرف المغبون مع جهله بالحال مسقطاً لخياره، فلا يسقط خياره بالتصرف الذى يخرج به المال عن ملكه، ولكن لا بنحو اللزوم، لأن الدليل على مسقطيه التصرف هو عدم إمكان رد العين، ويمكن للمغبون بعد علمه بغبنه رد العين ولو بفسخ ذلك الناقل.

وبهذا يظهر الحال فى التصرف الذى لا يخرج به العين عن ملك المغبون فعلاً، كما فى تدبير العبد أو الوصيه بما انتقل إليه حيث يكون فسخ البيع بعد ظهور الغبن إبطاً للتدبير والوصيه، بل يمكن أن يقال: بعدم سقوط خيار الغبن فيما إذا ارتفع المانع عن الرد بموت ولد أم الولد أو حصول الفسخ فى الناقل اللازم بعيب أو فسخ بالإقاله.

فإنه مع ارتفاع المانع أو حصول الفسخ المزبور يمكن للمغبون مع ظهور غبنه رد ما انتقل إليه واسترداد ماله.

وربما يبنى بقاء خيار الغبن وسقوطه بحصول الفسخ فى النقل على أنّ الزائل العائد أى ملك المغبون ما انتقل إليه الذى زال وعاد كالذى لم يعد، وكذا الكلام فيما إذا رجع الملك إلى المغبون بناقل جديد.

ويمكن القول بسقوط خيار الغبن فى الفرض لأن هذا التملك بسبب جديد

هل يلحق الامتزاز بالخروج عن الملك؟

ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجاره توجه الرد، وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

وفى لحوق الامتزاز مطلقاً أو فى الجملة [١] بالخروج عن الملك وجوه، أقواها اللقوق، لحصول الشركه، فيمتنع رد العين الذى هو مورد الاستثناء، وكذا لو

الشرح:

لا زوال للسبب الأول ليقال مقتضى زواله كأنه لم يحصل.

وهل إجاره المغبون العين المشتره كالنقل اللازم فى كونها مسقطه لخياريه أو أنه له الخيار فيفسخ البيع بعد ظهور غبنه فيرجع إلى ملك الغابن، كما يرجع الغابن إلى عوض المنفعه الفائتة بالإجاره، ولو ظهر الغبن بعد انقضاء مدته الإجاره فلا تكون الإجاره السابقه مسقطه لخيار الغبن لإمكان الرد.

[١] ولو فرض امتزاز ما انتقل إلى المغبون بغيره من ماله، فإن كان الامتزاز المزبور موجباً لاستهلاكه أو خروجه مع غيره إلى شىء ثالث، كما فى إلقاء الملح فى الطعام أو امتزاز الخل بالعسل، فهذا القسم من الامتزاز يوجب سقوط خياره، بل يسقط خياره بالامتزاز، ولو كان بمثله لأن حصول الشركه بالفسخ مانعه عن رد العين وجواز ردها هو الثابت فى مورد الغبن على ما تقدم.

أقول: هذا بناءً على اعتبار الرد المزبور فى جواز فسخ المغبون، وأما بناءً على ما ذكرنا من تعلق الخيار بالعقد ولا يعتبر فيه بقاء العوضين فان كان فسخ المغبون العقد بعد الامتزاز وظهور الغبن فهل يرجع الغابن إلى بدل ماله أو أنه يحصل الشركه بالفسخ المزبور، ولا يستحق الغابن إلا مطالبه المغبون بالقسمه فليل أنه يحسب الإمتزاز تلفاً سواء كان موجباً لاستهلاك المال أو خروجه إلى ثالث، أو كان الامتزاز بمثله لأن ما جرى العقد عليه لا يمكن رده فيرجع إلى بدله.

أقول: الظاهر أن الامتزاز الموجب لاستهلاك كذلك، وأما فى غيره فيحصل

تغيرت العين بالنقيصه، ولو تغيرت بالزيادة العينه أو الحكميه أو من الجهتين فالأقوى الردّ في الوسطى بناءً على حصول الشركه في غيرها المانع عن ردّ العين، فتأمل. هذا كلّ في تصرّف المغبون.

الشرح:

الشركه بحسب المالیه، كما في خروجه بالامتزاج إلى ثالث، أو مزجه بالأردأ أو الأـجود، وفي الامتزاج بمثله يحصل الشركه بحسب الكمیه، وذلك أنّ الامتزاج لو كان موجباً لتلف المال مطلقاً لجاز للمغبون التصرف في المال الممزوج بعد الفسخ، ولو قبل أداء البدل، لأن المال الموجود خارجاً ليس ملكاً للغابن والمغبون معاً على الفرض.

وما ذكر في مورد تلف العين حقيقه من عدم جواز تصرف الضامن في بقايا العين الخارجيه قبل أداء البدل لا يجرى في المقام فلاحظ.

وأيضاً يلزم أن يكون المال الممزوج بلا مالك فيما إذا حصل الامتزاج بفعل شخص ثالث، فإنه باعتبار كون المزج تلفاً للمالين فيضمن المال لكل منهما ولا يحصل ملك الضامن إلا بدفع البدل كما لا يخفى.

وأما إذا كان تصرف المغبون موجباً لنقص ما انتقل إليه أو حصل هذا النقص بنفسه بكون حصوله موجباً لسقوط خيار المغبون عند المصنف ولا يكون عندنا موجباً للسقوط، غايه الأمر على المغبون بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل في تلك العين.

ومن العجب أنّ ظاهر المصنف رحمه الله الجزم بسقوط خيار المغبون بالنقص هنا، واحتمل عدم سقوط خيار المغبون بإجاره العين مع أنّ إجارته نقص في منفعه العين كما لا يخفى.

وأما إذا كان التغير في العين بالزيادة فمع كونها حكماً فلا يسقط الخيار عند المصنف رحمه الله بخلاف ما إذا كانت عينه فقط أو مع الحكميه، فإنه مع حصول الشركه بالفسخ لا يمكن رد العين المعتر في بقاء الخيار.

وأما تصرف الغابن، فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به،^[١] وحينئذٍ فإن فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففي تسلطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها كالمرتهن والشفيع أو رجوعه إلى البدل، وجوه:

من وقوع العقد في متعلق حق الغير، فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبئية، وإنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار في استرداد العين إذا ظهر السبب، وحيث وقع العقد في ملك الغابن، فلا وجه لبطلانه من رأس.

ومن أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تزلزه من رأس كما في بيع الرهن ومقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني.

الشرح:

[١] إذا فسخ المغبون البيع بعد ظهور الغبن ووجد عين ماله أنه قد تصرف فيه الغابن بتصرف ناقل لازم أو فك ملك، فهل يستحق المغبون مطالبه الغابن بالبدل أو أنه يكون مسلطاً على إبطال ذلك التصرف من أصله، كما في تسلط المرتهن على إبطال بيع الراهن عين المرهونه، وتسلط الشفيع على إبطال بيع من عليه الشفعة الحصه من آخر أو أن المغبون يكون مسلطاً على إبطال تصرف الغابن من حين فسخه البيع، فيصح ذلك التصرف من الغابن إلى زمان حصول فسخ البيع ذكر رحمه الله لكل من الاحتمالات الثلاثة وجهاً.

وقال في وجه تسلط المغبون على إبطال ذلك التصرف من أصله: إن العين بيد الغابن كان متعلقاً بحق المغبون فيكون تصرف الغابن متزلزلاً من الأول، كما في بيع الراهن العين المرهونه، ولأن المغبون بفسخ البيع الواقع بينه وبين الغابن يتلقى العين من الغابن، ولازم ذلك انحلال تصرف الغابن من أصله وإلا يكون تلقى المغبون العين

ومن أنه لا- وجه للترزل، إمّا لأنّ التصرّف فى زمان خيار غير المتصرّف صحيح لازم كما سيجىء فى أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البديل، وإمّا لعدم تحقّق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً على وجه يمنع من تصرّف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعه هنا وفى خيار العيب قبل ظهوره، فإنّ غير واحدٍ ممن منع من تصرّف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكاله فيه حكم بلزوم العقود الواقعه قبل ظهور الغبن والعيب. وهذا هو الأقوى، وستأتى تتمّة لذلك فى أحكام الخيار. وكذا الحكم لو حصل مانع من ردّه كالاستيلاء، ويحتمل هنا تقديم حقّ الخيار، لسبق سببه على الاستيلاء. ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر، لأنّ معنى جوازه تسلّط أحد المتعاقدين على فسخه، الشرح:

ممن انتقل إليه عن الغابن.

وفى وجه تسلط المغبون على إبطال التصرف المزبور من حين فسخه البيع الأول: أن التصرف المزبور قد وقع من الغابن فى ملكه وحق المغبون بفسخ البيع يحصل حين ظهور الغبن فلا وجه لبطلان ذلك التصرف إلاّ من حين حصول فسخ الأول.

وفى وجه رجوع المغبون بالبديل من غير أن يكون فسخه موجباً لانفساخ تصرف الغابن من أصله، أو من حين الفسخ، أن الخيار باعتبار عدم تحقّقه إلاّ بعد ظهور الغبن لا يمنع عن نفوذ ذلك التصرف.

ولذا ذكر غير واحد من الأصحاب(١) من المانعين عن تصرف من عليه الخيار فى المال الذى انتقل إليه بلا رضا ذى الخيار، إن تصرف الغابن قبل ظهور الغبن للمغبون وتصرف من عليه الخيار قبل ظهور العيب للمشتري لازم باعتبار وقوع ذلك التصرف

ص: ١٦٠

١- (١) انظر المذهب البارع ٢: ٢٧٧، وجامع المقاصد ٤: ٢٩٥، والمسالك ٣: ٢٠٦ وغيرها.

أمّا تسلّط الأجنبيّ وهو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً. وفي المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسّخه الحاكم، فإن امتنع فسّخه المغبون. ويمكن النظر فيه: بأنّ فسخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه، وإمّا بدخول بدلها. فعلى الأوّل، لا حاجة إلى الفسخ حتّى يتكلّم في الفاسخ. وعلى الثاني، فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره. اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّه لا منافاه، لأنّ البديل المستحقّ بالفسخ إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنّما يتمّ مع كون العين على ملك المغبون، وأمّا مع عدمه وتملّك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

الشرح:

في زمان لا يكون فيه للمغبون أو مشتري المعيوب خيار.

واختار رحمه الله هذا الوجه وإن لزوم تصرفات الغابن ورجوع المغبون إلى بدل ماله بعد ظهور الغبن وفسخه هو المتعين.

أقول: قد تقدم عدم تعلق الخيارات، ومنها خيار الغبن الا بالعقد لا بالعوضين.

وعليه فلا بأس لمن عليه الخيار التصرف فيما انتقل إليه بتصرف ناقل أو غيره، وبفسخ من له الخيار يكون السبب السابق على البيع موجباً لرجوع ماله ذلك المال إلى الفاسخ في ضمن القيمة أو المثل.

وبهذا يظهر الحال في استيلاء الغابن الأمامة المشتراه من البائع المغبون، فإن البائع بعد ظهور الغبن وفسخه البيع يرجع إلى قيمتها كما هو مقتضى عدم جواز تملكها لغير مولاها، كما أنه لو وجد المغبون بعد فسخ البيع العين قد انتقلت إلى الآخر بنقل جائز لا يجوز له فسخ ذلك النقل، لأنه أجنبي بالإضافة إلى ذلك النقل وإنما يكون جوازه بالإضافة إلى الغابن.

ص: ١٦١

ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائر، لو اتّفق عود الملك إليه لفسخ فى العقد الجائر أو اللّازم فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب ردّ العين، وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه، لعدم الدليل بعد تملك البدل. ولو كان العود بعقدٍ جديد فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً، لأنّه ملكٌ جديد تلقّاه من مالكه، والفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الشرح:

وأيضاً لا- يجب على الغابن فسخ ذلك النقل وإن طالبه المغبون، لأنّ العين لا تدخل بفسخ المغبون فى ملكه. وإنما يكون له مالىتها على ما تقدم. وإنما العين للمغبون فيما إذا كانت حين الفسخ أو بعده فى ملك الغابن بانحلال النقل الجائر، أو اللّازم، لا ما إذا انتقلت إلى الغابن بتملكك جديد، فإن مع الملك الجديد لا يكون السبب السابق على بيع المغبون موجّباً لرجوع تلك العين إلى ملك المغبون، بل يرجع إليه بمالىتها، كما ذكرنا.

وبتعبير آخر: السبب السابق على بيع المغبون مع انحلال تصرف الغابن فى العين يوجب رجوع تلك العين إلى ملك المغبون بفسخه، وإذا كان رجوع العين إلى ملك الغابن بملكك جديد لا بمقتضى البيع الغبني الذى فسخه المغبون فلا يكون السبب السابق على بيع المغبون مقتضياً لرجوعها إلى ملك المغبون.

ودعوى أنّ البدل الذى ملكه المغبون بالفسخ من قبيل بدل الحيلولة عن العين، ومع تمكن الغابن على إرجاع تلك العين إلى المغبون يتعين عليه ذلك لا يمكن المساعده عليها أولاً: لعدم الاساس لبدل الحيلولة. وثانياً: أن المقام ليس من ذلك البدل لأنّ بدل الحيلولة ينحصر بما إذا كان المبدل باقياً على ملك المضمون له. وفى المقام لا يمكن أن تكون العين باقيه على ملك المغبون فإنه قد تصرف الغابن فى تلك العين بتصرف مخرج له عن ملكه مع عدم انحلال ذلك التصرف.

ص: ١٦٢

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغيراً للعين، فإمّا أن يكون بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتزاج. فإن كان بالنقيصه: فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش [١]، وإمّا أن يكون ممّا لا يوجهه.

فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأنّ الفأئ مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفأئ منه ببدله، ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين.

الشرح:

وظاهر المصنف رحمه الله أنه لو كان انحلال تصرف الغابن وعود العين إلى ملكه بعد فسخ المغبون فلا يستحق أيضاً المغبون المطالبة بالعين لأنّ المغبون بفسخه البيع قد تملك البدل على الغابن.

وفيه ما تقدم من أن الفسخ لا- يوجب إلّا- انحلال الناقل، والسبب السابق على ذلك الناقل يقتضى عود المالكين إلى مالتهما الأصليين مع بقاء العينين وعدم وجود ناقل آخر غير منحلّ، ولا منع أن يقتضى السبب السابق على بيع المغبون عود قيمه إلى ملك المغبون قبل انحلال تصرف الغابن ثمّ عود تلك العين بعد انحلاله فيما إذا لم يأخذ المغبون قيمه العين قبل ذلك.

وأما مع أخذه قيمه لا يقتضى السبب السابق شيئاً لسقوط ما للمغبون بأخذه قيمه، كما لا يخفى.

[١] يحتمل أن يكون مراده قدس سره من النقص الموجب للأرش فقد وصف الصحة، أو وصف الكمال.

الأول: كما في قطع الثوب.

والثاني: كما في سقوط الحيوان عن السمن الذي كان عليه حال العقد، فإنّ المغبون بعد فسخه يرجع بالعين مع أرش التفاوت.

وإن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيءٍ. ومنه ما لو وجد العين مستأجرةً، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدّه الإجاره، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المدّه بعد الفسخ، لأنّ المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد والفسخ، فهي ملكٌ للمفسوخ عليه، فالمنفعه الدائمه الشرح:

والمراد بالنقص غير الموجب للأرش ما كان النقص خارجياً، ولكن لا يختلف قيمه بذلك النقص، كما إذا أخذ من بعض شعر الفرس المشتري ونحو ذلك، فإن المغبون بعد فسخ البيع يرجع بالعين من غير أن يرد عليه شيء، لأن النقص المزبور لم يوجب اختلافاً في قيمه.

وتعليل الأرش في النقص الموجب للاختلاف في قيمه بما ذكر من أنّ مع الفسخ قد رجع تمام العوض إلى الغابن، فيرجع تمام المعوض إلى المغبون فيكون تلف الوصف بيد الغابن كتلف الجزء بيده، فيتدارك الجزء التالف أو الوصف التالف بالبدل لا يخلو عن المناقشه كما يأتي.

ولكن الظاهر أنّ مراده بالنقص الموجب للأرش تلف وصف الصحه، فإن هذا الوصف هو المعروف بموجب الأرش في البيع، والمراد من غير الموجب له تلف وصف الكمال.

وعلى ذلك فيرد عليه: أنّ ضمان وصف الصحه ليس باعتبار وقوع العوض بإزاء العين ووصف صحتها ليلزم من رجوع تمام العوض إلى ملك الغابن رجوع تمام المعوض إلى ملك المغبون، بل وصف الصحه كأوصاف الكمال لا يقابلها شيء من العوض، وإنما تكون موجه لزياده العوض المبذول بإزاء نفس الموصوف.

ولذا لا يكون ظهور العيب في المبيع كاشفاً عن بطلان البيع في بعض الثمن، وإلا لم يكن فرق بين وصف المبيع وجزئه.

تابعه للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمانٍ مَلَكَ منفعه العين بأسرها. ويحتمل انفساخ الإجاره في بقيه المدّه، لأنّ ملك منفعه الملك المترزل مترزل، وهو الذي جزم به المحقّق القمّي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع. وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعه.

الشرح:

والحاصل: أنّه لا- فرق بين وصف الصحه ووصف الكمال في أنّ الموجب للضمان فيهما أمر واحد وهو جريان يد الغابن على المال بذلك الوصف، حيث إن الضمان مادام البيع معاوضيّ ولا يدخل فيه الوصف، وبعد انحلال البيع الضمان لليد وهو يعم وصف الصحه ووصف الكمال معاً.

لا يقال: إذا كان حصول النقص في العين بعد فسخ المغبون فلا ينبغي الريب في ضمان الغابن ذلك الوصف باعتبار كون المال الذي بيده ملكاً للغير، فيضمن تلف وصفه سواء كان بفعله أو فعل الغير أو بحصوله بأمر سماوى، وأما إذا كان حصوله قبل فسخ المغبون فلا- موجب لضمان الغابن، لأن انحلال البيع يكون من حين الفسخ ولا- وصف للعين في ذلك الحين ليجرى عليه يد الغابن.

فإنه يقال: قد تقدم أن البيع الواقع على شيء مع الوصف له بقاء يتعلق الفسخ بذلك البيع فيرجع المبيع في ذلك الوقت إلى ملك الفاسخ بالسبب السابق على البيع.

وإن كان مبدأ الرجوع حين الانحلال فيرجع الباقي بعينه والتالف ببده وماليته، كما ذكرنا سابقاً.

ولو كان انحلال البيع من حين الفسخ موجباً لعدم ضمان الوصف الفاتت قبل ذلك لزم عدم المعنى للفسخ فيما إذا تلف العين بيد الغابن قبل فسخ المغبون.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما لو وجد المغبون العين بعد فسخه مستأجره، فإن المصنف رحمه الله وإن ذكر رجوع المغبون بتلك العين مع بقاء الإجاره بحالها، ولا يستحق

نعم، ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين: أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجره للمشتري المؤجر ووجب عليه للبائع أجره المثل للمدّه الباقيه بعد الفسخ، وقّرره على ذلك شراح الكتاب، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

الشرح:

على الغابن أو المستأجر شيئاً لأن المنفعه التي ملّكها الغابن للمستأجر كانت من الزوائد المنفصله التي استوفاه الغابن، ويأتي كون تلك الزوائد للغابن من غير أن يوجب عليه ضماناً.

واحتمال بطلان الإجاره بالإضافة إلى المده الباقيه، كما يظهر من المحقق القمّي قدس سره بدعوى أنّ ملكيه المنفعه للغابن كانت متزلزله غير صحيح، لأنه يكفي في صحه الإجاره كون المؤجر مالكاً في زمان الإجاره المنفعه التي يملّكها للمستأجر، وهو حاصل في المقام إلاّ أن الإجاره المزبوره يوجب النقص في العين بحيث تختلف قيمه العين مع ملاحظه الإجاره المزبوره عن قيمتها بدونها، ولذا يكون على الغابن الأرش دون أجره المثل للمدّه الباقيه.

والمنافع التي لا يوجب الأرش على الغابن هي التي حدثت في ملكه، وأما إذا كانت حال البيع وأوجب استيفائها نقصاً في قيمه العين فهي داخله في الضمان، ويجب على الغابن أرش نقص قيمه.

وما ذكره العلامة رحمه الله (1) في مسأله التفاسخ للاختلاف من أنه يكون على المشتري المؤجر أجره المثل للمدّه الباقيه غير صحيح، فإن المغبون مع الفسخ أو التفاسخ يرجع إلى صاحبه بالأرض لا بأجره المثل.

ص: ١٦٦

وإن كان التغيير بالزيادة: فإن كانت حُكْمِيَّةً محضه [١] كقصاره الثوب وتعليم الصنعه، فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزيادة، بأن تقوّم العين معها ولا معها وتؤخذ النسبه. ولو لم يكن للزيادة مدخل في زياده قيمه فالظاهر عدم شيء الشرح: وتفرقه المصنف رحمه الله بين فسخ المغبون والتفاسخ، لا يرجع إلى محصل، فتدبر جيداً.

[١] إن كانت الزيادة محضه، والمراد بها عدم تحقق شيء يكون بإزاء الزيادة في مقابل ما يكون بإزائها في الخارج عين، كغرس الشجر في أرض اشتراها من بائع مغبون، فإن كانت تلك الزيادة الحكميه موجب لزياده قيمه العين يكون فسخ المغبون موجباً لاشتراك الغابن مع المغبون بنسبه تلك الزيادة، بأن تقوم العين مع تلك الزيادة وتقوم بدونها فيحصل الاشتراك بتلك النسبه، كما إذا قيل: «إن العين معها يساوى مئه درهم، وبدونها ثمانين» فيشترك الغابن مع المغبون بالخمس.

وأما إذا لم يوجب تلك الزيادة تفاوتاً في القيمه فترجع العين إلى ملك المغبون بالفسخ، ولا يكون عليه ضمان عمل الغابن، فإن عمله حصل في العين حال كونها ملكاً، وعمل الشخص في ماله غير مضمون على أحد.

وعن النائينى قدس سره (١): أنّ الاشتراك فيما إذا كانت الزيادة بفعل الغابن بأن يكون عمله تامه لتلك الزيادة. وأما إذا كانت بفعل الله ولو كان بعض معداته من الغابن كتعليف الدابه وإشربها بالاضافه إلى حصول سمنها أو لم يكن بفعل أحد كاشتداد حموضه الخل بيد الغابن فلا وجه لحصول الشركه، فإنّ الحاصل خارجاً أمر يتبع العين في الملك خروجاً ودخولاً، فإن من ملك العين ملك سمنها بخلاف ما إذا كانت حاصله

ص: ١٦٧

لمحدثها، لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمونٍ على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الشرح:

بفعل الغابن كصبغ الثوب، فإن الصبغ من حيث كونه من فعل الغابن ملك له.

أقول: الظاهر عدم الفرق في جميع فروض الزيادة الحكمية في أن العين بعد فسخ المغبون تكون ملكاً له من غير اشتراك في العين أو قيمه، حيث إنه لا يمكن التفكيك بين العين ووصفه في الملك بأن تكون العين ملكاً لأحد ووصفها ملكاً لآخر، ولو لم يكن فعل الغابن إلاً موجباً لحصول الوصف في العين فالوصف يتبع العين في الملك دخولاً وخروجاً.

وأما نفس العمل فالمفروض حصوله في العين حال كونها ملكاً للغابن والشخص عمله في ماله غير مضمون على الآخر، كما تقدم، وإنما يضمن فيما إذا وقع في مال الغير مع الأمر به أو المعامله عليه كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر المصنف رحمه الله كون الشركة مع الزيادة الحكمية وشبهها شركة عينيه، ولكن هذه الشركة باطله جزمًا، فإن لازمها أن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في العين حتى بعد فرض زوال تلك الزيادة، كما إذا زال سمن الدابه أو زال لون المبيع.

ولذا وجه السيد اليزدي رحمه الله (١) الشركة بالشركة في المالية: بأن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في القيمة مادامت تلك الزيادة باقية، فتزول الشركة بعد زوال ذلك الوصف.

أقول: لازم ذلك، الالتزام بالشركة في المالية فيما إذا زادت القيمة السوقية للمبيع بيد الغابن، كما إذا كان قيمته السوقية وقت البيع مأتين وصارت في ملك الغابن قبل فسخ المغبون ثلاثمائة، فيلزم أن يشترك الغابن مع المغبون في المالية بالثلث مادامت

ص: ١٦٨

ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس [١]: ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش، كما اختاره في المختلف في الشفعه. أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري. أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا وقيل به في الشفعه والعاريه، وجوه: من أنّ صفه كونه منصوباً المستلزمه لزياده قيمته إنّما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغوله بماله، وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمه، مضافاً إلى ما في المختلف في مسأله الشفعه: من أنّ الفات لَمّا حدث في محلّ مُعرّضٍ للزوال لم يجب تداركه. ومن أنّ الغرس المنصوب الذي

الشرح:

القيمه السوقيه كذلك، وكما أن القول بهذه الشركه غير صحيح، لأن القيمه تابعه لملك العين كذلك في الزيادة الحكيمه على ما تقدم.

وبالجملة لا- يمكن بحسب اعتبار العقلاء التفكيك بين الموصوف ووصفه في الملكيه بأن يكون الموصوف ملكاً لشخص ووصفه ملكاً لآخر. وإنما يمكن التفكيك فيما إذا كانت للزيادة عينيه يمكن فصلها على العين كاللبن المكوّن في ضرع الحيوان بين العقد وفسخه.

وعلى ذلك فلو سمن الحيوان بيد المشتري الغابن ولو بتعليفه يكون فسخ البيع موجباً لرجوعه إلى ملك المغبون من غير موجب لشركه الغابن فيه.

وممّا ذكرنا، يظهر أنّ لو كان لفعل الغابن أثر يوجب زياده قيمه العين فلا يوجب ذلك الاثر حصول الشركه بالفسخ، ولو كان فعل الغابن عله تامه بالاضافه إلى ذلك الأثر كما تقدم.

[١] إذا كانت الزيادة عينيه محضه يمكن فصلها عن المبيع كالغرس والزرع فيقع الكلام في أنه هل يجوز للمغبون قلع الغرس بلا أرش للغابن كما ذكره العلامة في

هو مالٌ للمشتري مالٌ مغايِرٌ للمقلوع عرفاً، وليس كالمتاع الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله صلى الله عليه وآله: «ليس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ» فيكون كما لو باع الأرض المغروسة. ومن أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزلزلٍ، ولا- دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء، وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ إجارتها ولا تغرم لها أجره المثل فاسدٌ، للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

الشرح:

المختلف في الشفعة (١) فيما إذ وجد الشفيع الصفقة مغروسة بيد المشتري، أو أنه لا يجوز له القلع أصلاً بل عليه الصبر إلى فناء الغرس فيكون له مطالبه الأجره على بقاء الغرس في أرضه، كما ذكروا ذلك فيما إذا أفلس مشتري الأرض بعد غرسها فإنّ لبائعها الرجوع إلى الأرض، ولا يجوز له قلع الغرس بل يضرب أجره بقائه مع سائر الغرماء، أو أنه يجوز له القلع مع أرش الغرس كما عن المسالك في المقام (٢)، وفي غرس المستعير الأرض المستعارة، فيكون الاحتمالات في المسألة ثلاثة:

وذكر في وجه الأول: أنه بفسخ المغبون ترجع الأرض إلى ملكه فيكون الغرس المملوك للغابن نظير مال الغير في المكان المملوك للغير في أن لمالك المكان مطالبه مالك المال بإفراغه حتى فيما كان الافراغ موجباً لتنزل قيمه ذلك المال.

وفي وجه الثاني: أنه لا- يقاس غرس الأرض المرجوعه إلى ملك المغبون بالمال الموجود في مكان مملوك للغير، وذلك فإن المال المزبور بعد نقله إلى مكان آخر هو ذلك المال ولو مع تنزل قيمته السوقية بالنقل، بخلاف الغرس فان المغروس بما هو

ص: ١٧٠

١- (١) راجع المختلف ٥: ٣٥٦.

٢- (٢) لم نعثر عليه في المسالك، نعم صرح به في الروضة ٣: ٤٦٩.

فالتحقيق: أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له، فلكلّ منهما تخلص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طمّ الحفر، وإن أراد مالك الأرض تخلصها فعليه أرش الغرس، أعني تفاوت الشرح:

شجر ملك للغابن ووصف كونه منصوباً مقوم له، وبعد قلعه لا يكون شجراً.

وإذا كان الغرس بما هو منصوب وشجر ملكاً للغابن يكون قلعه إتلافاً لذلك المال، فلا يجوز كما يقتضيه مفهوم قوله صلى الله عليه وآله: «ليس لعرق الظالم حق»^(١)، حيث إن المفهوم لعرق غير الظالم حق فيكون لمالك الغرس حق البقاء، ولو مع الأجره لمالك الأرض.

وفى وجه الثالث: إن كون الشجر ملكاً للغابن لا- يوجب استحقاقه إبقاء الغرس على أرض الغير ولا يوجب أيضاً قياس الغرس ببقاء إجاره الغابن الأرض التي اشتراها، الذي تقدم فيه أنه مع رجوع الأرض إلى ملك المغبون تبقى إجارته بحالها.

والوجه في عدم القياس أن منفعة الأرض بعد كونها ملكاً لمؤجرها تدخل بالإجاره في ملك مستأجر الأرض بخلاف استحقاق الغرس في زمان فإنه لا يوجب استحقاق بقاءه.

واختار المصنف رحمه الله الوجه الأخير، وأضاف أنه كما لا يكون لصاحب الغرس حق في الأرض، كذلك لا يكون لمالك الأرض حق في الغرس فلكلّ منهما ماله، غاية الأمر أنه إذا أراد صاحب الأرض تخلصها فعليه أرش الغرس أى تفاوت قيمه الشجر منصوباً على الأرض وبين قيمته مقلوعاً كما أنه إذا أراد صاحب الغرس القلع وأوجب

ص: ١٧١

١- (١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧، الحديث ٦، رواه فى الوسائل ١٩ و ٢٥: ١٥٧ و ٣٨٨، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره و ٣ من كتاب الغصب، الحديث ٣ و ١ عن الصادق عليه السلام .

ما بين كونه منصوباً دائماً وكونه مقلوعاً. وكونه مالاً للمالك على صفه النصب دائماً ليس اعترافاً على عدم تسلطه على قلعه، لأن المال هو الغرس المنسوب، ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

الشرح:

ذلك الحفر في الأرض فعليه طم الحفر.

لا يقال: كون قيمة الغرس بما هو شجر ومنسوب مملوكاً للغابن مقتضاه استحقاقه بقاء الغرس على الأرض.

فإنه يقال: قيمة الغرس شجراً، وقيمته مقلوعاً تختلفان فإنه بالقلع قد يلحق بالحشيش أو الحطب، بخلاف كونه منصوباً وبما هو شجر فإن له قيمة، وان لم يكن مالكة مستحقاً لإبقائه في تلك الأرض، ولذا ربما تقدم مالك الأرض لاشترائه، ولا يباع منه بقيمه الحشيش أو الحطب.

وحاصل ما ذكر: تفاوت قيمة الغرس منصوباً مع استحقاق القلع لمالك الأرض وقيمته مقلوعاً، هو الأرض لا ما يظهر من المصنف رحمه الله، من تقويم الغرس مع ملاحظته نصبه دائماً مع قيمته مقلوعاً، فإن لحاظ كونه منصوباً دائماً هو عبارته أخرى عن فرض استحقاق مالك الغرس إبقائه ولو مع الأجره لمالك الأرض.

أقول: غرس الأرض المشتراه لا تكون كإجارتها إلى مده حيث تقدم أن مع فسخ البائع المغبون لا تبطل الإجاره المزبوره، وأن الإجاره استيفاء لمنفعه الأرض الموجوده حال البيع بعد دخول تلك المنفعه في ملك المشتري تبعاً لملك العين، غايه الأمر يكون للبائع بعد فسخ البيع المطالبه بأرش النقص الحاصل في المبيع في يد المشتري، بخلاف غرس المشتري الأرض بعد اشترائها، لأن الغرس استعمال الأرض بغرسها مادام الغرس، لا مادام يصلح المغروس للعمر بحسب نوعه أو صنفه وجواز

ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسأله التفليس، حيث ذهب الأ-كث إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرش. ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الشرح:

استعمال الأرض بالغرس أو نحوه من أثر ملك الأرض.

وبعد رجوعها إلى ملك بايعها بالفسخ ينتهى الجواز المزبور، فلا بد من لبقاء الجواز من موجب آخر، وهو غير حاصل على الفرض بل أصول المغروس يدخل فى عنوان عرق ظالم بقاءً.

وبهذا يظهر أنه لا- يكون على البائع المغبون أرش كون الغرس منصوباً لأن الأرش يثبت ما إذا كان مالك الغرس مالكاً للنصب المتلف، والمفروض عدم استحقاقه ذلك الوصف بانتهاء البيع بالفسخ ورجوع الأرض إلى مالكاها.

ومما ذكرنا: أنه لا يقاس المقام بما إذا كان للشخص أرض مغروسة وباع الأرض دون غرسها حيث لا يجوز لمشتري الأرض قلع الغرس، بل لا يجوز له مطالبه الأجره على الغرس، حيث إن المستثنى عن المبيع الغرس بما هو غرس مثبت فى تلك الأرض إلى آخر عمره.

ومن هذا القبيل إرث الزوجه من قيمه البناء والغرس دون نفس العرصه، وأعيانها حيث يلاحظ فى تقويم البناء والغرس بقائهما على تلك الارض إلى آخر عمرهما بلا أجره.

كما ظهر عدم الفرق فيما ذكر من عدم الأرش لمالك الغرس بقلعه بين الفسخ بخيار الغبن أو بخيار التفليس أو بالتفاسخ. وإن وصف النصب المتلف لا يستحقه بالفسخ مالك الغرس ليكون على القالع ضمانه.

نعم لو فرض فى مقام ضمان القلع كان على الضامن قيمه الغرس، كما يشهد

الغرس، بخلاف مسأله التفليس، لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبهه بيع الأرض المغروسه وليس للمشتري قلعه ولو مع الأرض بلا خلافٍ. بل عرفت أن العلامه قدس سره فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس.

الشرح:

لذلك موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل اكرتارى دارا وفيها بستان فزرع فى البستان وغرس نخلا وأشجارا وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار فى ذلك، فقال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمه عدل، فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلك، وإن لم يكن استأمره فى ذلك فعليه الكراء، وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء»^(١)، فإن ظاهر الاستثمار تضمين الغرس وبدونه لا يحتاج إلى أمر صاحب الدار كما لا يخفى.

لا يقال: كيف يجوز لبائع الأرض قلع الغرس بعد فسخ البيع، مع أن جواز القلع حكم ضررى على مالك الغرس وبقاء الغرس مع الأجره للبائع بعد الفسخ لا يكون ضررا عليه ليكون المورد من موارد تعارض الضررين، فيكون المورد من قبيل أكل مال الغير فى المخصصه، حيث يجوز ذلك الأكل لحفظ نفسه عن التلف مع ضمان الطعام.

فإنه يقال: بقاء الغرس فى الأرض المزبوره فى نفسه نقص للأرض المملوكه للغير، حيث ينقص به قيمتها وتدارك ذلك النقص بالأجره لا يدخل فى مورد نفي الضرر.

وجواز أكل مال الغير فى المخصصه مع ضمانه للتراحم بين وجوب التحفظ على النفس من الهلاك وعدم جواز التصرف فى مال الغير، ومقتضى تقديم الأهم، ويكون إتلاف مال الغير موجبا لضمانه.

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٥٦ ١٥٧، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره، الحديث ١.

ثم إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون [١] مباشرة القلع، أم له مطالبه المالك بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. ويحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، ولذا قيل فيه بعدم وجوب إجابته المالك الجار إلى القلع وإن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله. هذا كله حكم القلع.

الشرح:

[١] الاحتمالات ثلاثة: الأول: جواز قلع الغرس لمالك الأرض. الثاني: مطالبه الغابن بقلعه، ومع امتناعه عن الإجابة يجبره الحاكم على القلع. الثالث: مطالبه الغابن بالقلع ومع امتناعه عن القلع يقلعه المغبون.

وهذه الاحتمالات للوجه التي ذكروها فيما إذا دخلت أغصان شجر الجار إلى داره.

ويمكن الفرق بين المسألتين: بأنه لا- يجب لمالك الأغصان الإجابة للجار في رد الأغصان، أو قلعها حيث إن دخولها داره لم يكن من فعله بخلاف الغرس في المقام.

أقول: الأظهر هو الوجه الأخير لأن مطالبه مالك الغرس بالقلع مقتضى عدم حل التصرف في مال الغير وقلع الغرس تصرف فيه.

نعم مع امتناعه عن الإجابة يسقط احترام ماله نظير امتناع مالك المال عن نقله عن المكان المملوك للغير ولا يختلف الحال في ذلك بين كونه من فعل مالك المال أو بفعل غيره.

وقد يقال: بأنه يجوز لمالك الأرض قلع الغرس ابتداءً، لأن ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير، وإن كان مقتضاه عدم جواز القلع، إلا أن ما دل سلطنه مالك الأرض على الأرض جواز إفراغها عن الغرس، وبعد تعارضهما يرجع إلى أصاله الحل.

وكذا يجوز هذا القلع لمالك الغرس ولو مع عدم رضا صاحب الأرض به لأن هذا الجواز مقتضى أصاله الحل أيضاً بعد سقوط دليل السلطنه وعدم جواز حل التصرف

لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟

وأما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا [١] من عدم ثبوت حقٍّ لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجره على البقاء، لأنَّ انتقال الأرض إلى المغبون بحقٍّ سابقٍ على الغرس، لا بسببٍ لاحقٍ له. هذا كله حكم الشجر. وأما الزرع: ففي المسالك: أنه يتعين إبقاؤه بالأجره، لأنَّ له أمداً ينتظر. ولعله لإمكان الجمع بين الحقيين على وجه لا- ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسأله الشجر، فإنَّ في تعيين إبقائه بالأجره ضرراً على مالك الأرض، لطول مدّه البقاء، فتأمّل. ولو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستلزام نقص أرضه، فإنَّ كلاً منهما مسلط على ماله ولا يجوز تصرّفه في مال غيره إلا بإذنه، أم لا، لأنَّ التسلّط على المال لا يوجب منع مالكٍ آخر عن التصرّف في ماله؟ وجهان: أقواهما الثانى.

الشرح:

فى الأرض المملوكه للغير، ولكن إثبات الإطلاق لسلطنه المالك على التصرف فى ماله حتى ما لو استلزم التصرف فى مال الغير لا يخلو عن إشكال.

ثمّ إنه إذا قلع مالك الغرس غرسه وحصل بذلك نقص فى الأرض، فعليه أرش طمّ الحفر لأنّ النقص حصل فى الأرض المملوكه للغير بفعله.

ولا- يقاس بما ذكرنا من أنه لو حصل بقلع مالك الارض، الغرس خروج الشجر إلى الحطب أو الحشيش فلا يستحق مالك الغرس الأرش على مالك الأرض لأن وصف النصب المقوم للشجرية لم يكن مملوكاً لمالك الغرس ليكون على القالع ضمانه، كما لا يخفى.

[١] لا- يخفى أنّ الغرس قد حصل حال كون الأرض ملكاً للغارس ولو كان الغرس المزبور استيفاءً لمنفعه الأرض طول مدّه الغرس نظير إجارتها بعد شرائها عن بايع مغبون لكان على الغارس بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل للأرض نظير أرش النقص الحاصل بالإجاره.

ولو كان التغيير بالامتزاج: فإمّا أن يكون بغير جنسه [١] وإمّا أن يكون بجنسه.

الشرح:

وأما إذا كان الغرس كما ذكرنا استعمالاً للأرض مادام الغرس، فإن أراد الغابن قلع الغرس وامتنع المغبون عن الإجازة فلا يكون على الغابن أجره، لأن الغرس بقاءً مستند إلى إمساك مالك الأرض وحبس الغرس على مالكه فلا يستحق أجره. وإنما يستحق الأجره على البقاء فيما إذا امتنع مالك الغرس عن قلعه أو طلب بقاءه لا مجاناً.

ويجرى ذلك في الفسخ بخيار التفليس أيضاً، وتعليل الاستحقاق بسبق حق المغبون على الغرس غير صحيح، بل لا فرق في استحقاقها بين سبق الحق ولحوقه، لأن استيفاء منفعة الأرض المملوكة للغير موجب لضمان تلك المنفعة، إلا إذا كان للمستوفى حق الإستيفاء مجاناً، وهذا الحق لا يحصل للغارس بمجرد حدوث الغرس حال كونه مالكاً للأرض، ثم عادت إلى مالكتها الأصلية بخيار الغبن أو بخيار التفليس.

بقي في المقام ما أشار إليه المصنف رحمه الله: من أنه لو أراد مالك الغرس قلعه، فهل لمالك الأرض منعه لكون القلع موجباً لنقص أرضه، أو أنه يجوز لمالك الغرس قلعه، وليس حق المنع لمالك الأرض.

الأظهر هو الثاني، لأن منع مالك الأرض يكون حبساً للغرس على مالكه، فلا يجوز ولا يكون لقاعده نفي الضرر حكومه، لكون رفع عدم الجواز أيضاً ضرراً على مالك الغرس أو حرجاً عليه.

[١] ذكر قدس سره للامتزاج أى امتزاج المبيع بغيره من مال الغابن صوراً:

الصورة الأولى: امتزاج المبيع بغير جنسه بحيث يكون المبيع مستهلكاً في الممتزج بالفتح، كما إذا امتزج ماء الورد بالزيت والتزم في ذلك برجوع المغبون بعد الفسخ إلى بدل ماله، باعتبار أنّ الامتزاج بنحو الاستهلاك لا يوجب الشركة بل يعد المستهلك بالفتح تالفاً.

الشرح:

أقول: هذا بناءً على ما ذكرنا من عدم اعتبار العقلاء وصف الشيء ملكاً لواحد والموصوف ملكاً لآخر واضح.

وأما بناءً على إمكان ذلك وكونه موجباً للإشتراك في المالىه فلتوهم حصول الشركه وجه، لأن الوصف الحاصل للزيت بخلط ماء الورد ملك لبائع ماء الورد المغبون.

والمناقشه: بأن الوصف للزيت لم يحصل بماء الورد فقط، بل للإمتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل شخص ثالث، كما ترى.

الصوره الثانيه: ما إذا حصل الامتزاج بغير جنسه، ولكن بنحو لا يوجب الاستهلاك بل يصير المخلوط معنوياً بعنوان ثالث غير عنوانى الجنسين، كما فى امتزاج الخل بالعسل.

وذكر قدس سره فى هذه الصوره احتمالين أحدهما حصول الشركه فى العين بالفسخ بحسب مالىه الجنسين، فلو كان الخل المبيع يساوى دينارين والعسل أربعة دنائير يكون الاسكنجين الحاصل ثلاثه أسهم ساهمين لصاحب العسل وسهم لصاحب الخل، واحتمل أن يكون الإمتزاج فى الفرض أيضاً بحكم التلف لأن المبيع وهو الخل الجارى عليه البيع غير موجود، فينتفى الخيار بانتفاء الخل.

ولكن لا يخفى أن هذا من سهو القلم لأن تلف العين بيد الغابن لا يوجب سقوط الخيار، بل يوجب الرجوع إلى البدل.

وعن المحقق الايروانى قدس سره (١): أن الامتزاج فى هذه الصوره لو كان موجباً لتلف

ص: ١٧٨

الشرح:

المال فالمال الآخر أعنى العسل أيضاً تالف فيكون الموجود الخارجى أى الاسكنجيين بلا مالك، ولا يمكن إلا الالتزام بالشركه فى العين بحسب المالىه.

أقول: تلف الصوره النوعيه للمال لا- يوجب خروج مادته عن الملك وعلى ذلك فالغابن قبل الفسخ كان مالكا لكل من الخل والعسل وبعد خروجهما بالامتراج إلى شىء ثالث يكون ذلك الثالث أيضاً ملكاً له باعتبار ملك مادتهما، وفسخ المغبون يوجب خروج ما جرى عليه البيع بالسبب السابق إلى ملكه.

وبما ان تلك الصوره تالفه وضمانها فى المثلى بالمثل، وفى القيمي بالقيمه يكون للمغبون مطالبه الغابن بالمثل أو القيمه، ولكن مادام لم يؤدّ البدل يكون الموجود الخارجى مشتركاً بينهما؛ لحصوله بالمادتين أحدهما بعد الفسخ من بقايا ملك المغبون، ولذا لا يكون للمغبون الامتناع عن أخذ البدل. اللهم إلا أن يقال: إنّ الثابت فى المقام ثبوت حق المطالبه له، ولا يعين حقه فى المثل أو القيمه بحيث لا يكون له حق المطالبه بالعين الخارجيه، والإغماض عن المثل أو القيمه.

الصوره الثالثه: الامتراج بجنسه المساوى له فى الصفات، وقد ذكر المصنف رحمه الله فى هذه الصوره الاشتراك فى العين بحسب الكميّه.

ولا يجىء فى الفرض أن للمغبون حق المطالبه بما جرى عليه العقد يعنى البدل لأن المال المشترك قابل للقسمه الموجه لرجوع مال بعضه عين ما جرى عليه البيع فيكون أقرب إلى ما جرى عليه العقد من البدل. وبتعبير آخر: لا يعتبر عند العقلاء استحقاق البدل فى هذا الفرض.

الصوره الرابعه: ما إذا حصل الامتراج بجنسه، ولكن مع كون المال الأصلي للغابن أردأ، فقد ذكر المصنف رحمه الله حصول الاشتراك فى الفرض، ولكن احتمال الشركه

الشرح:

بحسب الكمية مع ضمان النقص الحاصل لمال المغبون بالامتزاج فيعطى الغابن للمغبون أرش ذلك النقص.

ولو كان مال المغبون مناً من الحنطه الجيده يساوى ثلاثه دنانير، وكان للغابن مناً من الردىء يساوى دينارين، وبعد الامتراج كان المن من الممتزج يساوى دينارين ونصف يعطى للمغبون نصف دينار كما احتمل الشركه بحسب المالىه بأن تكون العين الخارجيه مشتركه بين الغبن والمغبون بالأخماس ثلاثه أخماس منها للمغبون وخمسان للغابن.

واحتمل الشركه فى الثمن بأن تكون مجموع ما فى الخارج ملكاً لمجموعهما وبعد بيعها يأخذ المغبون ثلاثه أخماس الثمن والغابن خمسين نظير الشركه المتقدمه فى العين الخارجيه، بالإضافة إلى وصفه الحاصل بفعل الغابن.

أقول: بما أن أخذ الأرش والاشتراك فى العين بحسب المالىه يوجب محذور الربا، فالمتعين الاشتراك فى المالىه، بل لا يبعد ذلك فى الصوره الخامسه أيضاً، وهى إذا ما حصل الإمتراج بالأجود، فإن الاشتراك فى العين بحسب المالىه فيه محذور الربا بخلاف الاشتراك فى الثمن.

نعم مع إمكان الاشتراك فى العين بحسب الكمية لا تصل النوبه إلى الاشتراك فى القيمة خصوصاً فيما إذا كان الامتراج بحيث لا يكون معه مائز بين المالىين حقيقه كما فى امتزاج المايعين، ووصف الجوده التى كانت للمال الأصيلى للغابن وإن فرض تلفه فى هذه الصوره إلا أنه لا ضمان بالإضافة إليه لحصول الامتراج بفعله، فلا يجوز له مطالبه المغبون بالأرش، كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أنّ شبهه الربا كما تجرى فى الاشتراك فى العين بحسب المالىه

فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت ، فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته، وإن كان لا- على وجه يُعدّ تالفاً كالخلّ الممتزج مع الأنجيين ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم، وجهان.

الشرح:

كذلك تجرى في صورته استحقاق الأرش، ولا تختص بالأول، كما هو ظاهر عبارته المصنف رحمه الله .

لا- يقال: إذا كان الامتزاج بالأردأ أو الأجود، فلا موجب للالتزام بالشركة في الثمن بعد عدم إمكان الشركة في العين بحسب المالیه والشركة فيها بحسب الكمية للزوم الربا ولو بأخذ الأرش، وبما ان للمغبون المطالبه بما جرى عليه البيع ولا يمكن رده فيرجع إلى بدله فيكون الامتزاج بالأردأ أو الأجود موجبا لتلف ما جرى عليه البيع.

فإنه يقال: لم يحرز أن الامتزاج كذلك موجب لخروج كل من الممتزجين عن ملك مالكة الأصلي ولازم ذلك الشركة في الثمن.

لا- يقال: عدم خروجها عن الملك لا- يلزم عدم استحقاق المغبون المطالبه بما جرى عليه البيع، كما تقدم ذلك في خروج المالين بالامتزاج إلى شيء ثالث.

فإنه يقال: نعم، ولكن مع خروجهما إلى ثالث كان العنوان المقوم للبيع تالفاً بخلاف الامتزاج بالأجود والأردأ، فإن التالف وصفه أي تميزه، وجودته.

اللهم إلا- أن يقال: إنما لا- يرجع إلى بدل العين في تلف الوصف فيما إذا أمكن الرجوع إلى بدل الوصف التالف، ولا يمكن ذلك فيما نحن فيه فيرجع إلى بدل نفس العين.

وعلى ذلك فلا يبعد أن يكون للمغبون المطالبه ببديل ماله أي المثل خصوصاً فيما إذا كان هذا الامتزاج في المبيعات وتنحصر الشركة في العين في الامتزاج

وإن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى، يثبت الشركه، وإن كان بالأردأ فكذلك، وفي استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه، وجوه. ولو كان بالأجود احتمال الشركه فى الثمن، بأن يُباع ويُعطى من الثمن بنسبه قيمته، ويحتمل الشركه بنسبه قيمه، فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردىء، كان المجموع بينهما أثلاثاً، وردّه الشيخ فى مسأله رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا. قيل: وهو حسنٌ مع عموم الربا لكل معاوضه.

بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن [١]: وتفصيله: أنّ التلف إمّا أن الشرح:

بالمساوى من جنسه حيث يتعين فى الشركه فى العين بحسب الكميّه.

[١] التالف مع خيار الغبن إما المال المنتقل إلى المغبون أو المال المنتقل إلى الغابن، وفى كل منهما يكون التلف بآفه سماويه أو بفعل أحدهما أو بفعل الأجنبى.

فلو تلف ما بيد المغبون وكان ذلك بآفه سماويه، فقد يقال بسقوط خيار المغبون به لعين ما ذكر فى سقوطه بتصرف المغبون المخرج لذلك المال عن ملكه وهو عدم إمكان رد العين.

ولكن قد تقدم عدم صحه الاستدلال فى مورد التعليل أى فى التصرف المخرج فضلاً عن غير ذلك المورد مثل تلف المال بآفه سماويه، وإنما يكون التصرف مسقطاً فيما إذا كان بقصد الإعراض عن الخيار، ولو مع الجهل بالغبن.

وعليه فإن كان التلف المزبور مع الفسخ فيرجع الغابن إلى بدل ماله كما يرجع المغبون إلى عين ماله، ولو كان التالف قيمياً، ففى اعتبار قيمه يوم المطالبه أو يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم البيع ما تقدم فى ضمان القيمي، ومقتضاه ضمان يوم الفسخ، فإنه يوم ضمان اليد، وكذا الحال فيما إذا كان تلف ما عند المغبون بإتلافه.

وأما إذا كان بإتلاف الأجنبى فيجوز للغابن الرجوع إلى كل من المغبون والأجنبى

يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون. والتلف، إمّا بآفه أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبي.

الشرح:

لضمان كل منهما، وظاهر المصنف رحمه الله الرجوع إلى الأجنبي، ولكنه غير صحيح، بل مقتضى جريان يد المغبون على المال ومقتضى إتلاف الأجنبي التخيير للغابن في الرجوع.

نعم إذا أخذ المغبون بدل التالف من الأجنبي، ثم فسخ البيع بخيار الغبن يتعين على الغابن الرجوع إلى المغبون لخروج الأجنبي عن ضمان المال قبل ذلك.

ولو كان إتلاف ما بيد المغبون بإتلاف الغابن فأبرئه المغبون، ثم ظهر الغبن وفسخ البيع، فيرجع المغبون بما بيد الغابن ويأخذ الغابن قيمه ماله من المغبون؛ لأنّ إبراءه الغابن بمنزله قبضه بدل ذلك المال.

وأما إذا كان التالف ما بيد الغابن فإن كان تلفه بآفه سماويه أو بإتلاف الغابن وفسخ المغبون يأخذ بدل التالف، وإذا كان التالف قيمياً فهل الاعتبار بقيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر هو الأول.

ولكن ذكروا في مسأله أخرى: أنّ العبره بقيمه يوم الفسخ وهى ما إذا اشترى عيناً بعين وقبض البائع الثمن ولم يقبض المبيع، ثم باع البايح العين التى أخذها ثمناً من شخص ثالث ثم تلف المبيع الذى كان عنده فإنه بتلفه يفسخ البيع الأول ولا يبطل البيع الثانى، لأنّ تلف المبيع قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من الأول.

وعلى ذلك يأخذ المشتري بدل العين التى دفعها ثمناً، والبديل قيمتها يوم تلف المبيع أى تلف العين التى كانت عند بايعها، وقد تلفت قبل إقباضها، فإن ضمان قيمه الثمن يوم تلف المبيع صريح فى ضمان يوم الانفساخ، حيث إنه لو كانت العبره بقيمه يوم التلف، لكان اللازم ضمان العين التى دفعها المشتري ثمناً بقيمتها يوم بيعها من الشخص الثالث، فإن يوم بيعها زمان تلفها، كما لا يخفى.

ص: ١٨٣

وحكمها: أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بآفه فمقتضى ما تقدّم من التذكرة في الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار. لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن غيره، ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ، غرم قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ وأخذ ما عند الغابن أو بدله، وكذا لو كان بإتلافه.

ولو كان بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتلف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ. ولو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ قيمه من الغابن، وإن فسخ أخذ الثمن. ولو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامه ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه ردّ القيمة؛ لأنّ ما أبرأه بمنزله المقبوض.

ولو تلف ما في يد الغابن بآفه أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل. وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأوّل. ولكن صرح في الدروس والمسالك ومحكي حاشيه الشرائع للمحقّق الثاني وصاحب الحدائق وبعض آخر: أنه لو اشترى عيناً بعين، فقبض أحدهما دون الأخرى، فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض: أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض. وهذا ظاهر بل صريح في أنّ العبرة بقيمه يوم الانفساخ دون تلف العين. والفرق بين المسألتين مشكّل، وتمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله تعالى.

الشرح:

والحاصل: أنه لا يعلم الفرق بين المسأله وبين المقام.

ص: ١٨٤

ولو تلف بإتلاف الأجنبيّ رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن [١] لأنه الذى يُردّ إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله، ولأنه مَلِكُ القيمه على المُتلف. ويحتمل الرجوع إلى المُتلف، لأنّ المال فى ضمانه وما لم يدفع العوض فنفس المال فى عهده، ولذا صرّح فى الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف، بما الشرح:

[١] لو تلف ما بيد الغابن بإتلاف الأجنبيّ وفسخ المغبون، يأخذ البديل من الغابن لأنه يرد عليه ما بيده ولأن الغابن يملك قيمه التالف على عهده المتلف، فيكون ما على عهده القيمه، لا نفس المعوّض الذى يستحقه المغبون بالفسخ بنفسه أو ببدله.

ويمكن أن يقال: إنه يجوز للمغبون الرجوع إلى الأجنبيّ، لأن نفس المتلف على عهده، لا- أن قيمته دين بذمته للغابن، ولذا يجوز المصالحة على ما فى عهده بالأقل أو الأكثر، ولو كان نفس القيمه على عهده لكانت المصالحة بالأقل والأكثر ربا، بناءً على جريانه فى المصالحة أيضاً، كما لا يبعد.

وبهذا يظهر وجه تخيير المغبون فى الرجوع إلى كل من الغابن والمتلف بالكسر، أمّا الغابن فلأنه يرد المغبون ما بيده عليه فاللازم استرداد المعوض منه، وأمّا المتلف بالكسر فلأن المال على عهده.

أقول: الرجوع إلى الأجنبيّ لا- يتوقف على الالتزام بكون نفس التالف على عهده، بل يكفى فيه كون القيمه على عهده فإنّ تلك القيمه بفسخ المغبون تصير ديناً للمغبون على عهده، والعجب من المصنف رحمه الله أنه فرّق فى إتلاف الأجنبيّ، بين ما بيد الغابن وما بيد المغبون.

ولو تلف ما بيد الغابن بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ البيع يرد بدل التالف على الغابن، وإن إبراه الغابن ثم ظهر الغبن وفسخ المغبون فيجب أن يرد الغابن البديل على المغبون، لأن إبراه بمنزله أخذ البديل من المغبون فتدبر.

لو صالح به على قيمته لزم الربا، وصرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناءً على جريانه في الصلح. ويحتمل التخيير أما الغابن فلائنه ملكك البديل، وأما المتلف فلأن المال المتلف في عهده قبل أداء قيمه. وإن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله، ولو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، رد الثمن وأخذ قيمه المتلف، لأن المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي إحالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام [١]. والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفاؤه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيام.

مسأله: الظاهر ثبوت هذا الخيار في كل معاوضه مائيه [٢] بناءً على الاستناد الشرح:

[١] أي ينبغي إحالة الزائد مما ذكرنا في المقام على ما ذكره في غير هذا المقام أي في كتاب الغصب من أحكام ضمانى اليد والإتلاف.

[٢] يظهر من جماعه جريان خيار الغبن في غير البيع من سائر المعاوضات، وقد حكى التصريح بالعموم عن فخر الدين في شرح الإرشاد (١) وصاحبى التنقيح (٢) والإيضاح (٣)، وعن المهذب البارع: استثناء الصلح (٤).

ولعل الوجه فى الاستثناء، أن مشروعيه الصلح لقطع المنازعه وثبوت خيار الغبن فيه موجب لعودها.

وفيه: أنه لم يعلم أن مشروعيته منحصر بل ربما يجرى الصلح على المعاوضه

ص: ١٨٦

١- (١) حكاه عنه وعمّن بعده السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧١ ٥٧٠ .

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢ : ٤٧ .

٣- (٣) إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا .

٤- (٤) المهذب البارع ٢ : ٥٣٨ .

فى ثبوتة فى البىع إلى نفى الضرر. نعم، لو استند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع فى غير البىع إلى أصله اللزوم. وممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره فى شرح الإرشاد وصاحب التنقيح وصاحب إيضاح النافع، وعن إجاره جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم، حكى عن المهذب البارح عدم جريانه فى الصلح. ولعله لكون الغرض الأصلى فيه قطع المنازعه، فلا يشرع فيه الفسخ. وفيه ما لا يخفى.

الشرح:

باعتبار عدم التمكّن من رعايه شرط البىع من تقدير المبيع ونحوه، كما لا يخفى.

وفى غايه المراد: التفصيل بين الصلح المتضمن للمعاوضه بين المالىين فى جريانه فيه خيار الغبن، وبين الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق قبل ثبوت الدعوى ثم ظهر الغبن.

أقول: قد ذكرنا أنّ المستفاد من صحيحه أبى ولاد(١) الوارده فى تخلف المستأجر عن الإجاره: أنّ الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق مع اعتقاد الخلاف لا يكون خيارياً، بل محكوم بالبطلان.

وفى المسأله تفصيل آخر: وهو جريان خيار الغبن فى كل معامله لا تكون بشخصها مبنيه على المسامحه وعدم المبالاه، بل على المداقه وعدم جريانها فى معامله تكون بشخصها مبنيه على المسامحه حتى لو كانت تلك المعامله بيعاً فإنه لا يصدق فى الفرض الغبن. وفيه: ان لم يؤخذ عنوان الغبن فى الخطابات الشرعيه ليكون الخيار مدار صدقه، بل ذكر ذلك فى الفتاوى فى البىع.

ص: ١٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

وفى غايه المرام: التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجربى فيه، وبين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيّه ما يدعيه وكان مغبوناً فيما صالح به، والواقع على ما فى الذمم وكان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما على تأمل. ولعلّه للإقدام فى هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان، فقد أقدم على الضرر. وحكى عن بعض التفصيل بين كلّ عقدٍ وقع شخصه على وجه المسامحه وكان الإقدام على المعامله فيه مبيّياً على عدم الالتفات إلى النقص والزياده بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما فإنّه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظر: أنّ الحكم بالخيار لم يعلّق فى دليلٍ على مفهوم لفظ «الغبن» حتّى يتبع مصاديقه، فإنّ الفتاوى مختصّه بغبن البيع، وحديث نفي الضرر عامٌّ لم يخرج منه إلّا ما استثنى فى الفتاوى من صورته الإقدام على الضرر عالمّاً به. نعم، لو استدلّ بأيه التجاره عن تراضٍ أو النهى عن أكل المال بالباطل، أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم على المعامله محتملاً للضرر مسامحاً فى دفع ذلك الاحتمال.

الشرح:

والمستند لهذا الخيار قاعده نفي الضرر عند جماعه وتلك القاعده تعمّ الموارد إلّا إذا كان فى البين إقدام وهو التصديق للمعامله مع العلم بالتفاوت بين العوض المسمى والقيمه السوقيه.

وأما الشرط الارتكازى فى البيع وسائر المعاوضات الماليه فهو أيضاً يعمّ الموارد.

هذا مع ما فى الدعوى، لأن الغبن يصدق فى الموارد التى يقدم الشخص على المعامله لغرض مع احتمال التفاوت الكثير بين العوض والقيمه السوقيه، ولو قيل بأن المدرك لخيار الغبن السيره العقلانيه فالأمر كما ذكر من جريانه فى البيع وسائر المعاوضات إلّا فى المعامله مع العلم بالحال.

ص: ١٨٨

والحاصل: أنّ المسأله لا تخلو عن إشكالٍ: من جهه أصله اللزوم، واختصاص معقد الإجماع والشهره بالبيع، وعدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع [١] كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط، وتعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محلّ خلافٍ لبعض العائمه في بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع. ومن دلالة حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعامله المغبون فيها ولو في صورته امتناع الغابن عن بذل التفاوت، بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب. وقد استدللّ به الأصحاب على

الشرح:

[١] يشكل جريان خيار الغبن في سائر المعاوزات بعدم تعرض الأصحاب لجريانه فيها، ولو كان هذا الخيار من الخيارات العامه كخيار الشرط لذكروا جريانه فيها كما ذكروا جريان خيار الشرط.

ولا- يمكن أن يقال: إنّ عدم ذكرهم جريانه في سائر المعاوزات، لا يدلّ على اختصاصه بالبيع، وإلاّ لذكروا الاختصاص، كما ذكروا الاختصاص في خيار المجلس.

والوجه في عدم الإمكان أنّ تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع للتعرض بخلاف بعض العامه (١) من جريان خيار المجلس في بعض أفراد غير البيع، لا أنهم يلتزمون بذكر الاختصاص عند عدم جريان الخيار في غير البيع.

أقول: كيف ما كان، لو شكك في جريان خيار الغبن في معاملة كالجعله بناءً على كونها من العقود فالأصل عدم الخيار على ما يأتي، فيكون الشرط الإرتكازي، أو بناء العقلاء محتاجاً إلى الإثبات؛ وأما قاعده نفى الضرر فقد تقدم عدم جريانه لإثبات الخيار، بل مقتضاها في مورد جريانه الحكم ببطلان المعامله على ما تقدم.

ص: ١٨٩

١- (١) راجع الشرح الكبير (المطبوع ضمن المغنى لابن قدامه) ٤: ٦١، وراجع الخلاف ٣: ١٤، والمسأله ١٤ من كتاب البيوع.

الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

إثبات كثيرٍ من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوّه. نعم يبقى الإشكال في شموله للصوره المتقدمه، وهى ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنه والمكايسه من حيث المائيه كما إذا احتاج المشتري إلى قليلٍ من شىءٍ مبتذلٍ لحاجهٍ عظيمه ديتيه أو دنيويّه فأنه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدله لمثل هذا خفاءً، بل منعاً، والله العالم.

مسأله: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين:

واستند للقول الأوّل وهو المشهور ظاهراً إلى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقّن، وقرّره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود [١] يستتبع عموم الأزمنه، وإلا لم ينتفع بعمومه، انتهى.

الشرح:

[١] يعنى قرر في جامع المقاصد (١) كون خيار الغبن على الفور بالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) حيث إنّ عمومه الافرادى يستلزم العموم الأزمانى فيؤخذ بالعموم الأزمانى.

وعن بعض (٣) الالتزام بالتراخى لكونه مقتضى استصحاب بقاء الخيار فى غير الزمان الأوّل.

وذكر فى الرياض (٤): بأنّ المستند لخيار الغبن فى البيع إن كان هو الإجماع

ص: ١٩٠

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٣٨ .

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ١ .

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣ : ١٦١ ١٦٢ .

٤- (٤) راجع الرياض ١ : ٥٢٥ .

وللقول الثاني إلى الإستصحاب، وذكر في الرياض ما حاصله: أنَّ المسند في هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول أتجه التمسك بالإستصحاب، وإن كان نفي الضرر وجب الاقتصار على الزمان الأوّل، إذ به يندفع الضرر.

الشرح:

فيحكم بالتراخي أخذاً بالاستصحاب، وإن كان قاعده نفي الضرر فيحكم بالفور، وأنّه لا خيار بعد مضي زمان يتمكن فيه المغبون من فسخه حيث إن الضرر ينتفي بانتفاء اللزوم في ذلك الزمان.

وقد ناقش المصنف رحمه الله في التمسك بالعموم المزبور لإثبات الفور، وكذا في التمسك فيه بقاعده نفي الضرر(1) وبالتمسك بالاستصحاب لإثبات التراخي، وذكر في وجه المنع عن التمسك بالعموم ما ذكره في الأصول: من أنه لا مجال في التمسك بالعموم في موارد كون الزمان ظرفاً للحكم المجعول للفرد من العام بأن يكون مفاد خطاب العام ثبوت حكم واحد مستمر في عمود الزمان لكل فرد فيكون الاستمرار في حكم فرد فرع ثبوت حكم العام له، وإذا خرج عن حكم العام فلا يكون حكم ذلك الفرد مستفاداً عن خطاب العام، بل لا بد من خطاب آخر دال على ثبوت حكم العام له بعد ذلك الزمان.

وبتعبير آخر: بعد خروج فرد عن العام في هذا القسم، فلا يفرّق في مدلول العام بين خروجه إلى الأبد أو خروجه في زمان، بمعنى أنه لا يكون خروجه إلى الأبد زياده تخصيص ليقصر عند الشك بالقدر المتيقن، بل اللازم في هذا القسم عند الشك في حكم الفرد الخارج الأخذ باستصحاب حكمه المخالف لحكم العام.

وأما إذا كان خطاب العام متكفلاً لثبوت حكم مستقل لكل فرد في كل زمان بحيث يكون مدلوله بالإضافة إلى الأزمنة مفرداً، ففي مثل ذلك لا مجال لاستصحاب

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

أقول: ويمكن الخدشه في جميع الوجوه المذكوره. أما في وجوب الإقتصار على المتيقن، فلائنه غير متجه مع الاستصحاب. وأما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمئه فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبه إلى زمانه الراجع بدليل الحكمه إلى استمراره في جميع الأزمئه، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه،

الشرح:

حكم الخاص، بل يجب الرجوع إلى عموم العام بالإضافة إلى غير ذلك الزمان، ولو فرض عدم خطاب العام في الفرض لما جاز أيضاً التمسك باستصحاب الخاص، بل لابد من الرجوع إلى أصل آخر.

ثم إنه لا فرق فيما ذكر من القسمين من كون الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم، أو مفرداً لموضوعه بين استفاده ذلك من الإطلاق أو من أداه العموم.

وعلى ذلك فلا يصح الجواب عن جامع المقاصد في تمسكه بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإثبات الفوريه بأن الآيه مطلقه لا عامه.

نعم يصح هذا الجواب لو ثبت ان مقتضى الإطلاق هو كون الزمان ظرفاً للحكم لا كونه مفرداً بالإضافة إلى مصاديق العام بحسب الزمان.

وكيف كان: فقد ظهر فساد ما قيل: من أنّ الاستصحاب أى إستصحاب حكم الخاص مخصّص لخطاب العام (1)، كما في أخذ الزمان ظرفاً لحكمه، وفي مورد دلالة خطاب العام، كما في أخذ الزمان مفرداً لا مجال لاستصحاب حكم الخاص هذا بحسب الكبرى....

وأما الصغرى فظاهر آيه وجوب الوفاء بالعقود كونها من القسم الأول، وأن

ص: ١٩٢

١- (١) نقله عن المحقق النائيني رحمه الله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٤ : ٤٦٦ .

التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان

فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائماً أو في زمان ما، إذ ليس في خروجه دائماً زياده تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم وخرج منه فرداً خاصاً من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عام لجميعها،

الشرح:

الزمان ظرف لوجوب الوفاء بكل عقد، وإذا خرج بيع المغبون في زمان فلا يفرق بين خروجه إلى الأبد أو كونه مؤقتاً في عدم دلالة الآية على حكم ما بعد ذلك الزمان، وعدم لزوم تخصيص زائد لو كان خروجه إلى الأبد.

ولو أمكن استصحاب بقاء الخيار فهو، وإن لم يمكن جريانه كما يأتي فيحكم بلزوم العقد لا بالأخذ بالعموم، بل لاستصحاب بقاء الملكين على حالهما قبل الفسخ المعبر عنه بأصالة اللزوم.

أقول: ما ذكره قدس سره من جريان الاستصحاب في ناحيه حكم الخاص فيما إذا كان الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم في ناحيه أفراد العام إنما يصح مع كون الزمان في ناحيه الخاص أيضاً ظرفاً لحكمه.

وأما إذا كان قيداً لمتعلق حكم الخاص فلا يمكن استصحاب ذلك الحكم في غير ذلك الزمان.

وأيضاً ما ذكره من أنه لو كان الزمان في ناحيه أفراد العام مفرداً بأن ثبت لكل فرد من أفرادها في كل زمان حكم مستقل فيرجع في غير ذلك الزمان للعموم، ولا يصح الرجوع إلى الاستصحاب حتى ما لو لم يكن في البين عموم أيضاً، إنما يصح لو كان الزمان في ناحيه الخاص أيضاً مفرداً، وإلا لأمكن استصحاب حكم الخاص لو لم يكن في البين العام المزبور.

ولا يخفى أيضاً أن ثبوت حكم مستقل لكل من وجودات المتعلق، أو في كل فرد

فإنَّ اللانزم هنا استصحاب حكم الخاصِّ أعنى الحليِّه لا- الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، والسرِّ فيه ما عرفت: من تبعيِّه العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتَّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحدٌ، دام زمان خروجه أو انقطع.

الشرح:

من أفراد العام يستفاد من الإطلاق تاره وأخرى من الدال اللفظي كقوله: «أكرم كل عامل»، وقوله: «أكرم كل عالم في كل زمان»، حيث إن استقلال الحكم تابع لثبوت الملا-ك في كل من وجودات المتعلق لا- لمجموع تلك الوجودات، ولا لصرف وجود المتعلق، كما أنه لو كان الملاك في مجموع تلك الوجودات يكون العام بالإضافة إليها مجموعياً.

وقد ذكرنا في بحث الأصول: أنه لا- يختلف الحال في جواز التمسك بالعام بالإضافة إلى باقى الافراد بين كونه مجموعياً أو استغرافياً، وبلا فرق بين استفاده كل منهما بالإطلاق أو بالدال الوضعي، كما عليه جماعه من المحققين كالسيد اليزدى قدس سره (١).

وفي المقام تفصيل آخر بين دلالة دليل خاص بين خروج الفرد من الأول أو فى الأثناء، فإن العموم فى مثل قوله سبحانه «أوفوا بالعقود» (٢) مقتضاه ثبوت الحكم المزبور لكل فرد من أفراد العقد؛ لظهور أداه العموم فى الإستيعاب الوجودى للطبيعه، والإطلاق فى كل عقد مقتضاه أن تحقق العقد خارجاً تمام الموضوع لوجوب الوفاء المستمر ولا دخاله فيه لأى قيد.

وعلى ذلك فإن ورد فى الدليل أن العقد الفلانى لا يجب الوفاء به فى الزمان الأول

ص: ١٩٤

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٥٧٠ ٥٧١ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

نعم، لو فرض إفاده الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان أكثرًا لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرًا له في زمان آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما لاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى الشرح:

يعلم من ذلك أن العقد المزبور ليس بتمام الموضوع، بل مقيد بما يكون بعد ذلك الزمان بضميمة أصاله العموم في ذلك الفرد.

وبتعبير آخر: ثبوت الحكم الواحد المستمر من حين وجود الفرد إنما هو بالإطلاق ومقدمات الحكمه، ومع ورود التقييد بما لا يعمه الحكم من الأول، يعلم أن ذلك الحكم يثبت له بعد ذلك الزمان أخذًا بأصاله العموم بخلاف ما ورد التقييد في الأثناء، فإن مدلول العام منضمًا إلى أصاله الإطلاق في كل فرد ثبوت حكم واحد مستمر بحسب الأزمنه وبعد ورود التقييد في الأثناء لا يمكن أن يثبت فيه حكم واحد مستمر سواء حكم بالخروج إلى الأبد أو حكم بحكم العام بعد ذلك الزمان المتوسط.

أقول: حكم العام لكل فرد واحد مستمر في الأزمنه من الأول المستفاد من الإطلاق وعدم ورود القيد في الفرد، وإذا ورد القيد في الأول يستفاد من العموم بضميمة الإطلاق في ذلك الفرد استمرار الحكم من غير الزمان الأول، وإذا ورد القيد في الوسط يستفاد الحكم الواحد المستمر المنقطع في الوسط.

وبتعبير آخر: الوحده في الحكم إثباتاً متحقق بعد التقييد أيضاً والتعدد ثبوتاً، وإن كان حاصلًا إلا أنه بالإنقطاع وعدم ملاك لزوم العقد في البين لا لثبوت ملاك ملزم مستقل في كل من طرفي زمان عدم اللزوم.

لا- يقال: إذا لم يكن لخطاب الخاص دلالة على ثبوت حكم العام فيما بعد الزمان الأول كما هو الفرض فلا يمكن التمسك بخطاب العام بعد ذلك الزمان لدوران أمر

لعبدته: «أكرم العلماء في كل يوم» بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم الشرح:

خطاب الخاص بين كونه مقيداً لإطلاق الفرد، كما ذكر، أو مخصصاً لذلك الفرد ومخرجاً له من العام رأساً. وبتعبير آخر: يكون العلم الإجمالي بتخصيص العام في ذلك الفرد أو تقييد إطلاقه مانعاً عن الأخذ بأصالة عمومته.

فإنه يقال: هذا العلم لا أثر له بالإضافة إلى الزمان الأول، ويكون التمسك بأصالة العموم بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا معارض. وإن شئت قلت: أصالة الإطلاق لا مجال لها في المقام للعلم بعدم ثبوت حكم العام للفرد المزبور في الزمان الأول، إما تقييداً أو تخصيصاً، وبالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان يؤخذ بأصالة العموم والإطلاق، وكذلك في مورد التخصيص في الوسط.

والحاصل: أن أصالة العموم في ناحيه العام مع أصالة الإطلاق الجارى في كل فرد يجعل كل فرد من أفراد العقد من قبيل العام المجموعى، فيكون استثناء بعض أجزاء هذا العام المجموعى من الأول أو الوسط موجباً لرفع اليد عن العموم في ذلك الجزء، ويؤخذ به في الباقي، ولعله إلى ذلك يرجع ما ذكره السيد اليزدى قدس سره في المقام.

ثم إن هذا كله بناءً على أن الوفاء بالعقد وجوبه تكليفى، وأما بناءً على ما ذكرنا سابقاً من أنه في البيع ونحوه من المعاملات إرشاد إلى لزومها يكون اللزوم في كل زمان لاستمراره وحداً، ويمكن حصول التقييد فيه في بعض أفراد العقد بحسب أول الأزمته أو الوسط فيحصل في الثانى الانقطاع، ويمكن بعد ذلك الزمان مع فرض عدم حصول الفسخ فيه التمسك بالعموم المزبور، والإطلاق في الحكم بلزومه بعد ذلك الزمان.

لا يقال: كيف يلتزم بالحكم لكل عقد بلزومه في عمود الزمان، وإن ذلك يستفاد

وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم، لم يجز التمسك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما أنّ في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجّيه الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين!

الشرح:

من الإطلاق أي مقدمات الحكمه، وإنه لو أغمض النظر عنها فلا يكون لقوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) دلالة على ذلك.

ومن الظاهر أنه لو كان الأمر كذلك لكان المدلول الوضعي للخطاب وجوب الوفاء بكل عقد، ولو في زمان ما فيكون لغواً محضاً؛ لأن الوفاء بكل عقد في زمان حاصل لا محاله. ومقتضى الإحتراز عن اللغويه أن يكون لزوم الوفاء بالعقد دائماً، كما هو ظاهر جامع المقاصد.

بل عن المحقق الايرواني قدس سره: أن نفس متعلق التكليف أي الوفاء ظاهر في هذا الإستمرار؛ لأن الوفاء بشيء عبارة عن الإلتزام به عملاً في عمود الزمان، فيكون استمراره مدلولاً وضعياً للمتعلق، لا مستفاداً من قرينه لزوم اللغويه.

فإنه يقال: إن أريد أنه مع قطع النظر عن إطلاق المتعلق، والحكم يستفاد ذلك الاستمرار بالإضافه إلى كل عقد، فلا ريب في بطلانه، ويشهد لذلك صحه تقييد الحكم بزمان والوفاء بحال أو بمده، مع إبقاء عموم الحكم بالإضافه إلى أفراد العقد بحال.

وإن أريد أنّ مع الخطاب المزبور لا بد من أن يكون الشارع بصدد البيان بالإضافه إلى متعلق الحكم ونفس الحكم بأن يكون إحراز كون المتكلم في مقام البيان بلزوم اللغويه لا بالأصل، كما في غالب الخطابات فهذا صحيح ولا يمنع عن الإطلاق والأخذ

ص: ١٩٧

ثمّ لا- يخفى أنّ مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فى الصوره الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمه وكونه فى الصوره الثانيه عمومًا لغويًا، بل المناط كون الزمان فى الأولى ظرفًا للحكم وإن فرض عمومه لغويًا، فيكون الحكم فيه حكمًا واحدًا مستمرًا لموضوع واحد، فيكون مرجع الشكّ فيه إلى الشكّ فى استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب. والزمان فى الثانيه مكثّر لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشكّ فى وجود الحكم فى الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاصّ لفردٍ من العامّ مغايرٍ للفرد الأول، ومعلومٌ أنّ المرجع فيه إلى أصله العموم، فافهم واغتنم. وبذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأنّ آيه «أَوْفُوا...» وغيرها مطلقه لا- عامه، فلا تنافى الاستصحاب إلاّ أن يدعى أنّ العموم الإطلاقي لا يرجع إلاّ إلى العموم الزماني على الوجه الأول.

وقد ظهر أيضاً ممّا ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب والرجوع إلى العموم: فساد ما قيل فى الأصول: من أنّ الاستصحاب قد يخصّص العموم، ومثّل له بالصوره الأولى، زعمًا منه أنّ الاستصحاب قد خصّص العموم. وقد عرفت أنّ مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم ولو على الشرح:

بمقدمات الإطلاق.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو لم يتم الدليل على كون خيار الغبن أو العيب مما لم يحدد زمانه شرعاً بنحو التراخي فيمكن التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) لإثبات كونه على نحو الفوريه بمعناها العرفي أخذًا بالإطلاق فى كل عقد بالإضافة إلى غير مورد اليقين بالتقييد.

ص: ١٩٨

فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأوّل، لأنّ العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمانٍ واحدٍ وبين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّه التخصيص وكثرته حتّى يتمسّك بالعموم فيما عدا المتيقّن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسّك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسّك فيه حينئذٍ بأصالة اللزوم الثابته بغير العمومات.

وأما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب [١]، فهو حسنٌ على ما اشتهر من

الشرح:

[١] وأورد المصنف رحمه الله على استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء الزمان الأول الذي يتمكن فيه المغبون من الفسخ، بأن الخيار في المقام لا يستفاد من دليل لفظي ليعين به الموضوع ويستصحب الحكم على ذلك الموضوع فيما لم يكن في البين دلالة على ثبوته أو انتفائه بالإضافة إلى الزمان الثاني.

نعم إنه إذا لم يكن الحكم مستفاداً من دليل لفظي، ولكن كان الشك في بقائه من جهة الشك في بقاء الموضوع واستعداد الحكم للبقاء، مثلاً إذا علم حرمة العصير العنبي بعد الغليان وقبل ذهاب ثلثيه وشك في بقاء حرمة بصيروته دسّاً قبل ذهاب ثلثيه فلا باس باستصحاب حرمة.

والحاصل: أن الدليل في المقام للخيار قاعده نفي الضرر منضمّاً إلى الإجماع والمتيقن من ثبوت الخيار المتضرر الذي لا يتمكن على دفع الضرر إلا بفسخ البيع في ذلك الزمان فيحتمل انتفاء الحكم بانقضاء الزمان الأول، ولا يحرز استعداد الحكم للبقاء.

المسامحه فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الأدله اللفظيه المشخصه للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. وأميا على التحقيق من عدم إحراز الموضوع فى مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت الحكم من الشرع على هذا الوجه فلا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك ولم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم.

الشرح:

وذكر النائنى رحمه الله (١) فى توجيه كلام الشيخ فى المقام أن ما يقال: من أن الاعتبار ببقاء الموضوع فى جريان الاستصحاب نظر العرف، معناه أنه يعتبر أن يكون المحكوم عليه بثبوت الحكم فى الزمان الثانى هو المحكوم عليه فى الزمان الأول، وأن المتبدل حاله من حالات ذلك المحكوم عليه، وهذا فيما إذا أحرز الموضوع للحكم فى الزمان الاول.

وأميا إذا لم يحرز بأن احتمل أن يكون الوصف الحاصل فى الزمان الأول عنواناً مقوماً مع احتمال كون الموضوع له هو ذات الموصوف فلا مورد للإستصحاب، اذ ينحصر جريانه بما إذا كان الوصف الحاصل فى الزمان الأول من قبيل الواسطه فى ثبوت الحكم وبقائه، وأن يكون حدوته دخيلاً فى حدوث الحكم وبقائه دخيلاً فى بقاءه بخلاف ما إذا كان الوصف عنواناً تقييداً للحكم كالفقر فى استحقاق الزكاه أو احتمال ذلك كما فى المقام فإنه لا مورد للإستصحاب فى مثل ذلك.

ص: ٢٠٠

نعم، لو أحرز الموضوع من دليلٍ لفظيٍّ على المستصحب أو كان الشكُّ في رافع الحكم حتى لا يحتمل أن يكون الشكُّ لأجل تغيير الموضوع اتجه التمسُّك بالاستصحاب. وأمّا ما ذكره في الرياض، ففيه: أنه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا وحققناه في الأصول فلا- يجرى الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع. وإن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى قاعده الضرر، كما اعترف به

الشرح:

ثمّ ذكر أنه يمكن تقريب عدم جريان استصحاب بقاء الخيار في المقام بوجه أدق، وهو أنه لم يثبت في المقام خيار الغبن ليقال أن الموضوع له هو المغبون في معقد الإجماع، بل الثابت عدم ثبوت لزوم للمعاملة بحكومه قاعده نفي الضرر، والحكومه تنحصر بما إذا كان تضرر المغبون ناشئاً من لزوم المعاملة.

وهذا إنّما يكون بالإضافة إلى الزمان الأول. وأما في الزمان الثاني فلا يكون الضرر ناشئاً من لزومها فلا يكون في البين ما يكون ركناً في جريان الاستصحاب.

وبتعبير آخر: لا يكون لزوم المعاملة في الزمان الثاني موجباً لتضرر المكلف ليحكم بانتفائه بالإضافة إلى المتضرر.

أقول: لا يخفى أن لزوم المعاملة في الزمان الثاني، وإن لم يكن انتفاءه مقتضى قاعده نفي الضرر، وإلا لم يكن في البين موضوع للأصل العملي، إلا- أنه لو كانت المعاملة المزبوره باقيه على جوازها لكان الجواز بقاءً للجواز الثابت في الزمان الأول، غايه الأمر ثبت بدليل الإستصحاب لا بقاعده نفي الضرر.

وبتعبير آخر: نفي اللزوم بقاعده نفي الضرر واسطه في الثبوت بالإضافة إلى إثبات الجواز المحتمل بقاؤه مع عدم ما يدل على لزوم المعاملة في الزمان الثاني لسقوط العموم كما هو الفرض.

ص: ٢٠١

لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكّن على الفسخ

ولده في المناهل مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة محدثه يكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع. إلا أن يدعى أنّه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرّر العاجز عن تدارك ضرره وهو غير محقّق في الزمان اللاحق، كما أشرنا. ثمّ إنّه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصّل له، فقال ما لفظه: إنّ المسألة مبتنية على أنّ لزوم العقد معناه: أنّ أثر العقد مستمرٌّ إلى يوم القيامه وأنّ عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيّ للقطع، بأن ليس المراد بالآيه الوفاء بالعقود آنأ ما، بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، وباعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاها ولا ريب أنّ مفاده عرفاً وبحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليلٌ على ثبوت خيارٍ من ضررٍ، أو إجماعٍ، أو نصٍّ في ثبوته في الماضي أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار [١]، فيكون استثناءً من ذلك العام ويبقى

الشرح:

[١] يعني لم يدل دليل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكّن على الفسخ خاصة كما يدل على ثبوته للمغبون، ولو بعد انقضاء ذلك الزمان بل دل على ثبوته للمغبون من غير دلالة على إحدى الخصوصيتين. والمراد بقوله مطلقاً هو هذا الإهمال ويقوله لا الإطلاق الدلالة على خصوصيته الدوام.

وإذا فرض الإهمال في دليل الخيار فيؤخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقود دواماً بعد انقضاء زمان التمكّن كما يؤخذ بدليل وجوب القصر على المسافر مادام مسافراً في غير أيام الإقامه وفي غير أيام التردد في الإقامه أي ثلاثين يوماً، وفي غير وقت المعصيه بسفره.

وأما إذا لم يلتزم بدلاله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) على الدوام والاستمرار بل على حكم

ص: ٢٠٢

العام على عمومه، كاستثناء أيام الإقامه والثلاثين ووقت المعصيه ونحوها من حكم السفر. أو أنّ اللزوم ليس كالعموم وإنما يُثبت ملكاً سابقاً ويبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضه بين استصحابين، والثانى واردٌ على الأول، فيقدم عليه، والأول أقوى، لأنّ حدوث الحادث مع زوال علته السابقه يقضى بعدم اعتبار السابق، أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

ولا يخفى أنّ ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم [١] وهو استمرار

الشرح:

العقد من حصول الملك وحدوثه بحصول العقد ويلتزم ببقاء ذلك الملك واللزوم بالاستصحاب، فتقع المعارضه فى المقام بين هذا الاستصحاب واستصحاب بقاء الخيار، ويكون استصحاب بقاء الخيار حاكماً على استصحاب بقاء الملك؛ لأن بقاءه بعد فسخ المغبون بعد انقضاء زمان الفور، مرتب شرعاً على عدم الخيار وانتفائه مترتب على بقاء الخيار.

ولكن الأول أقوى أى القول بدلاله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على استمرار العقد إلى الأبد هو الأقوى فلا تصل النوبه إلى الاستصحاب.

ووجه القوه أن الخيار الحادث للمغبون فى الزمان الأول، لا- يوجب زوال العقد السابق وحكمه بل يؤخذ بمقتضاه بعد ذلك الزمان لأن ذلك مقتضى عدم فسخ العقد، وإنما يرفع اليد عن العقد ومقتضاه إذا لم يبق العقد بأن فسخ فى الزمان الأول، فإن مع الفسخ لا يبقى للعموم مورد.

[١] يعنى المبني الذى ذكر هذا القائل (١) للرجوع إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) فى المقام، وهى دلالة على لزوم كل عقد مستمراً إلى الأبد، هو الذى ذكرنا من أن مع

ص: ٢٠٣

١- (١) وهو الشيخ على آل كاشف الغطاء فى تعليقه على اللمعه (مخطوط)، مبحث خيار التأخير .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١ .

اللزوم مبنئى لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب. وأمّا ما ذكره أخيراً لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب [١]، وحاصله: أنّ اللزوم إنّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدم عليه. ففيه: أنّ الكلّ متفقون على الاستناد فى أصله اللزوم إلى عموم آيه الوفاء وإن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإغماض عن الآيه وملاحظه الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار.

الشرح:

هذه الدلالة لا- يمكن الرجوع إلى العموم بعد ورود التخصيص عليه فى زمان، بل لابد بعد ذلك الزمان من الرجوع إلى استصحاب حكم الخاص.

[١] يعنى ذكر هذا القائل فى وجه الرجوع إلى استصحاب بقاء الخيار دلالة آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) على لزوم الوفاء بالعقد آنأ ما، وعلى الملك الحاصل به، فىكون استصحاب بقاء هذا الملك بعد فسخ المغبون فى الزمان الثانى معارضاً باستصحاب بقاء الخيار.

ولكن استصحاب بقاء الخيار يقدم على استصحاب الملك السابق لأن بقاءه وزواله بالفسخ فى الزمان الثانى أثر شرعى لبقاء الخيار وعدمه مع أنه لم يذكر فى كلماتهم استصحاب الملك ودلاله الآيه على حصول اللزوم آنأ ما، بل الكل متفقون على دلالة الآيه على لزوم كل عقد مستمراً.

وكان عليه أن يتعرض لاستصحاب بقاء الخيار فى مقابل هذا العموم، وأنه يمكن التمسك فى العموم المزبور بعد ورود التخصيص عليه أم لا.

ثمّ إن المصنف التزم فى المقام بكون خيار الغبن فورياً لا بالتمسك بعموم «أَوْفُوا

ص: ٢٠٤

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة: أنّ الأقوى كون الخيار هنا على الفور، لأنه لما لم يجر التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت سابقاً: من أنّ مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرّة إذا طرأ عليها الانقطاع ولا باستصحاب الخيار لما عرفت: من أنّ الموضوع غير محرز، لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكّن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفي الضرر تعيّن الرجوع إلى أصله فساد فسخ المغبون الشرح:

بِالْعُقُودِ» بالإضافة إلى الزمان بل ذكر أن العموم المزبور لكونه استمرارياً، لا يمكن الأخذ به، كما لا يمكن باستصحاب بقاء الخيار؛ لأنه لم يحرز الموضوع له ويحتمل كون الموضوع له ما يرتفع بانقضاء الزمان الأول، فيكون الوجه في فورته أصله فساد فسخ العقد بمعنى بقاء الملك السابق بعد حصول الفسخ في الزمان الثاني، والشك في بقاء الملك المزبور وعدم بقاءه ليس من قبيل الشك في المقتضى، بل الفسخ على تقدير صحته رافع للملك السابق الحاصل بالبيع.

أضف إلى ذلك ما يقال: من أن تراخي الخيار في المقام وما يشبه المقام من إجازة بيع الفضولي ونكاحه وغيرهما ضرر على من عليه الخيار، أو عليه الإجازة فينفي بقاعده نفي الضرر.

أقول: الضرر هو النقص في المال ومجرد التأخير في الفسخ لا يوجب ضرراً على الغابن، وكذا الحال في التأخير في إجازة العقد الفضولي، وحيث إن شرط خيار الغبن ارتكازي، كما ذكرنا فيثبت الخيار مع الغبن من غير أن يؤخذ فيه الفسخ في أول أزمته الإمكان، بل غايته عدم التأخير فيه وعدم التصرف فيما انتقل إلى المغبون بحيث يعد

وعدم ترتب الأثر عليه وبقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأنّ الشكّ هنا في الرفع، فالموضوع محرزٌ كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذى، فافهم واغتنم، والحمد لله. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي ونكاحه وغيرهما: من أنّ تجويز التأخير فيها ضررٌ على من عليه الخيار، وفيه تأملٌ. ثمّ إنّ مقتضى ما استند إليه للفوريّ عدا هذا المؤيّد الأخير هي الفوريّة العرفيّة، لأنّ الاقتصار على الحقيقيّ حرّج على ذى الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، والزائد عليها لا- دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على ردّه بين أهل هذا القول. لكن الذى يظهر من التذكرة في خيار العيب على القول بفوريّته ما هو أوسع من الفور العرفي، قال: خيار العيب ليس على الفور على ما تقدّم، خلافاً للشافعي، فإنّه اشترط الفوريّة والمبادره بالعادة، فلا يؤمر بالعدو ولا الركض ليردّ، وإن كان مشغولاً بصلاهٍ أو أكلٍ أو قضاء حاجهٍ فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو أطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعاً، وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. ولو أطلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يُصبح وإن لم يكن عذر، انتهى. وقد صرّح في الشفعه على القول بفوريّتها بما يقرب من ذلك وجعلها من الأعذار. وصرّح في الشفعه بأنه لا يجب المبادره على خلاف العاده، ورجع في ذلك كله إلى العرف، فكلّ ما لا يُعدّ تقصيراً لا يبطل به الشفعه، وكلّ ما يُعدّ تقصيراً وتوانياً في الطلب فإنّه مسقطٌ لها، انتهى. والمسأله لا تخلو عن إشكالٍ، لأنّ جعل حضور وقت الصلاه أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقّق بمجرد قوله: «فسخت» لا دليل عليه. نعم، لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد، توجه ما ذكر في الجملة، مع الشرح:

ذلك التأخير أو التصرف إغماضاً عن الخيار وفسخ ذلك العقد.

أن قيام الدليل عليه مشكلاً، إلا أن يُجعل الدليل على الفوريه لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فدفع ذلك بلزوم المبادره العرفيه بحيث لا يُعدّ متوانياً فيه، فإنّ هذا هو الذى يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه فى معرض النقص. لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل. فالإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع الذى تقدّم عن العلامه على عدم البأس بالأُمور المذكوره وعدم قرح أمثالها فى الفوريه، فهو، وإلاّ وجب الاقتصار على أوّل مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثمّ إنّه لا- خلاف فى معدوريه الجاهل بالخيار فى ترك المبادره[١] لعموم نفي الضرر، إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن والجاهل بحكمه، وليس ترك الفحص عن

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه بناءً على كون خيار الغبن على الفور لا يكون ترك الفسخ فى أول زمان العلم بالغبن لجهله بثبوت الخيار له وكان غافلاً عنه موجباً لسقوط خياره، بل يكون له حق الفسخ عند علمه بأن للمغبون خيار الفسخ لأن نفي لزوم البيع فى زمان العلم بالغبن مع غفلته عن ثبوت الخيار للمغبون لا- أثر له ولا- يوجب أن لا يكون اللزوم فى الزمان الثانى ضرورياً عليه.

لا- يقال: ترك الفحص عن حكم المعامله والغبن فيها ولو قبلها هو المنشأ لتضرر المغبون فى الزمان الثانى، فلا يستند إلى حكم الشارع بلزوم المعامله فيه.

فإنه يقال: لو كان ترك الفحص عن الحكم موجباً لعدم استناد الضرر إلى الشارع لزم عدم ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا ترك الفحص عن القيمه السوقيه قبل المعامله وأقدم عليها مع الجهل بها، بل يمكن أن يقال: كما لا يجب الفحص عن القيمه السوقيه قبل المعامله كذلك لا يجب تعلم ما يثبت له من الحق فى المعامله قبلها.

وما دل على عقاب الغافل على المخالفه فيما إذا أوجب ترك تعلم الأحكام الشرعيه تلك الغفله لا يعم الفرض.

الحكم الشرعي منافياً لمعدوريته، كترك الفحص عن الغبن وعدمه. ولو جهل الفوريه فظاهر بعض الوفاق على المعدوريه. ويشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا، لتمكّنه من الفسخ وتدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدّم من أصاله بقاء آثار العقد وعدم صحّه فسخ المغبون بعد الزمان الأول. وقد حكى عن بعض الأساطين عدم المعدوريه في خيار التأخير، والمناطق واحد. ولو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول، إلا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر. وقال في التذكرة في باب الشفعه: إنه لو قال: «لم أعلم ثبوت حق الشفعه» أو قال:

الشرح:

لا يقال: على ما ذكر يثبت الخيار للمغبون الملتفت الى الخيار مع أن أخذ الالتفات بالخيار في موضوع الخيار غير ممكن.

فإنه يقال: المأخوذ في موضوع الخيار المستفاد من نفي اللزوم بقاعده نفي الضرر (1) هو المتمكن على استعمال الخيار، وهذا الأخذ ليس من قبيل التقييد بل لازم الضيق الذاتي للمجعول نظير الضيق في التكليف، حيث إنه لا يعم الغافل.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في نسيان الخيار للمغبون، فإن الناسى داخل في الغافل عن الخيار للمغبون، وهذا بخلاف ما إذا كان غافلاً عن فوريه الخيار فإن اللزوم في الزمان الثاني معه لا يكون منشأ لتضرر المغبون لتمكّنه من الفسخ في الزمان الأول.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا كان جهله بخيار الغبن بمعنى الشك في ثبوت الخيار للمغبون لا بمعنى الغفله وأنه لا يثبت للجاهل في الزمان الثاني خيار؛ لأن لزوم المعامله في ذلك الزمان لا يكون منشأ ضرره حيث كان من الممكن فسخه البيع بعد العلم بالغبن ثم السؤال عن الحكم ونفوذه.

ص: ٢٠٨

١- (١) كما جاء في الحديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

«أخرت لأتى لم أعلم أنّ الشفعه على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريّه لا يعرفون الأحكام، قبل قوله وله الأخذ بالشفعه، و إلا فلا، انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقّه الجهل، فلا حازه إليه، لأن أكثر العوامّ وكثيراً من الخواصّ لا يعلمون مثل هذه الأحكام، وإن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقّه عدم العلم. ففيه: أنّه لا داعى إلى اعتبار الظهور، مع أنّ الأصل العدم. والأقوى: أنّ الناسى في حكم الجاهل. وفي سماع دعواه النسيان نظراً: من أنّه مدّع، ومن تعسّر إقامه البينه عليه وأنّه لا يُعرف إلا من قبله. وأمّا الشاكّ في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريّته. ويحتمل عدم معذوريّته، لتمكّنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحّته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفى، إذ الجهل بالصحّه لا يمنع عن الإنشاء، فهو مقصّر بترك الفسخ لا لعذر، فافهم، والله العالم.

الشرح:

ثمّ إنه لو ادعى المغبون التارك للفسخ في الزمان الأول الجهل بالخيار ليكون له الفسخ في الزمان الثانى فهل هذه الدعوى مسموعه بمعنى أنه يقبل قوله بيمينه ذكر المصنف رحمه الله أن الأقوى سماعها لأن أصله عدم العلم به جاريه في حقه، وعلى الغابن المدعى علمه بالخيار الاثبات.

نعم إذا كان المغبون ممن لا يجهل الخيار إلا لعارض، ففي سماع قوله إشكال لأن دعواه الجهل مخالف للظاهر فيكون مدعياً، إلا إذا قيل بعدم الاعتبار بمثل هذا الظهور فيؤخذ بأصله عدم علمه.

وأما إذا ادعى نسيان الخيار فيكون مدعياً لأن الأصل بقاء الذكر وعدم النسيان، إلا أن الدعوى إذا كان مما لا يعلم بها إلا من قبل مدعيها يقبل قوله فيها مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الموضوع للخيار كون لزوم المعامله ضرورياً عليه واستصحاب

من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري

قال في التذكرة: من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري [١] ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحقّ بالعين، وإن مضت الثلاثة ولم يأتِ بالثمن، تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع. والأصل في ذلك قبل الإجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهره من غيرها، وبما ذكره في التذكرة: من أنّ الصبر أبداً مظنه الضرر المنفي بالخبر، بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن، حيث إنّ المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملكٌ لغيره لا يجوز له التصرف فيه الأخبار الشرح: عدم علمه أو بقاء ذكره لا يثبت كون لزومها كذلك أو ليس كذلك، وعلى كلا التقديرين أي دعوى الجهل أو النسيان فهو يدعى الخيار لنفسه فعليه إثبات ذلك، كما لا يخفى.

والكبرى المشار إليها وهي سماع الدعوى وثبوتها بيمين مدعيها في كل ما لا يعلم إلا من قبله، تعرضنا لها في بحث القضاء وناقشنا في ثبوتها بنحو الكبرى الكلية.

[١] المشهور بين الأصحاب: أنه إذا باع شيئاً حالاً- ولم يسلمه إلى المشتري ولا- قبض الثمن منه لزم البيع إلى ثلاثة أيام، وبعد انقضائها يكون للبائع الخيار في فسخ البيع.

ويستدل على ذلك مع الإغماض عن الإجماع، حيث إنه على تقديره مدركي بقاعده نفي الضرر (١) على ما في التذكرة (٢)، حيث إن لزوم البيع منشأ تضرر البائع بل

ص: ٢١٠

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٢٣ .

المستفيضة، منها: رواه علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض ببعه، وإلا فلا بيع بينهما». ورواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام ولم يجيء، فلا بيع له». ورواه ابن الحجاج قال: «اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله! لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتينا فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن يقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له».

الشرح:

ضرره في المقام أشد من تضرر المغبون بلزوم البيع، ووجه الأشدّيه أن المبيع في المقام في ضمان البائع لعدم تسليمه إلى المشتري، ولا يجوز له تصرفه فيه فإنه ملك المشتري على الفرض.

أقول: الضرر كما ذكرنا مرات هو النقص، والنقص في المقام غير حاصل لأنّ كون المبيع في ضمان البائع لا يوجب ضرراً عليه ما دام لم يتلف ومع تلفه وإن كان هذا التلف على البائع، إلا أن الحكم أي ضمان البائع المبيع بتلفه قبل قبضه مجعول في مورد الضرر فلا ينفي بقاعده نفيه، كما هو الحال في تلفه ولو مع قبض الثمن.

وعدم جواز تصرف البائع في المبيع بعد دخوله في ملك المشتري ليس فيه ضرر على بايعه بعد دخول الثمن في ملكه.

والحاصل: أن النقص في المقام لا يحصل بلزوم البيع وإلا ثبت الخيار للبائع بمجرد التأخير، لا بعد ثلاثه أيام.

ص: ٢١١

وصحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثلثه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له».

وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثلث معلوم وقال للبائع أجيئك بالثلث ومضى، فإن جاء في مده الثلاثه كان البيع له، وإن لم يرتجع بطل البيع، انتهى.

وربما يحكى عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات، وتوقف فيه المحقق الأردبيلي، وقواه صاحب الكفاية، وجزم به في الحدائق طاعناً على العلامة في المختلف، حيث إنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور

الشرح:

وبهذا يظهر الحال في الاستدلال على نفي لزوم المعاملة بقاعده نفي الحرج، حيث يقال: إن حفظ البائع المبيع للمشتري والتحفظ بنمائه له والصبر إلى وصول الثمن كما هو مقتضى لزوم البيع حرجي على البائع فينفي بقاعده نفيه لأنه لا تختص القاعده بنفي الأحكام التكليفية، وإذا انتفى اللزوم الحقي يثبت جوازه.

ووجه الظهور: أنه لو جرى في المقام قاعده نفي الحرج لما كان المدار على مضي ثلاثة أيام ولما يمكن إثبات الخيار، حيث إنه يمكن نفي اللزوم الحقي المنكشف بمشروعيه الإقاله بثبوت الجواز الحكمي هذا.

مع أنه يثبت عندئذ الخيار لكل من المتبايعين بامتناع صاحبه عن تسليم ما عنده من المال الذي صار ملكاً للآخر، غايه الأمر أن الشارع في الروايات الآتية قد حدد التأخير في أداء الثمن بثلاثة أيام مع كون المثلث عند بايعه ويبقى غيره بحاله.

ويؤيد ذلك ما ورد من أنه لو وجد غريم المفلس عين ماله في أمواله أخذه، ومع هذا الخيار لا يكون في البين حرج أو ضرر.

ص: ٢١٢

مستدلاً بأن الأصل بقاء صحه العقد، وحمل الأخبار على نفي اللزوم. أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محلّه، إلا أن فهم العلماء وحمله الأخبار نفي اللزوم ممّا يقرب هذا المعنى، مضافاً إلى ما يقال: من أن قوله عليه السلام في أكثر تلك الأخبار: «لا بيع» له ظاهرٌ في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط، ولا يكون إلا نفي اللزوم من

الشرح:

وأما الروايات فمنها صحيحه على بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما»^(١). وموثقه إسحاق بن عمار «عن العبد الصالح عليه السلام، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام ولم يجئ فلا بيع له»^(٢). ورواه عبدالرحمن بن الحجاج، قال: «اشترت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتسبت أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته. فضحكت ثم قلت: لا- والله لا- أدعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش، قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصّة تنا. فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي؟ قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له»^(٣)، وصحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له»^(٤).

وقد يقال: بظهور هذه الروايات في انحلال البيع بمضى ثلاثه أيام، لا أن يثبت

ص: ٢١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٢ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) نفس المصدر: الحديث ٤ .

٣- (٣) نفس المصدر: ٢١ ٢٢ ، الحديث ٢ .

٤- (٤) نفس المصدر: ٢١ ، الحديث ١ .

طرف البائع، إلا- أنّ في روايه ابن يقطين: «فلا بيع بينهما». وكيف كان، فلا أقلّ من الشكّ فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبه على البيع. وتوهم: كون الصحه سابقاً في ضمن اللزوم، فترتفع بارتفاعه، مندفع: بأنّ اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحه، وإنّما هو حكمٌ مقارنٌ له في خصوص البيع الخالي من الخيار.

الشرح:

للبيع خيار الفسخ، كما عليه المشهور.

وذكر المصنف رحمه الله: أن فهم المشهور الخيار منها يوجب كون المراد منها الخيار خصوصاً بملاحظه قوله عليه السلام في أكثر الروايات «لا بيع له»، فإن نفى البيع بالإضافة إلى المشتري مع أنه لا يتبعض في الصحه قرينه على أن المراد بنفيه نفى لزومه.

نعم في صحيحه على بن يقطين «لا بيع بينهما» وغايه ذلك الشك في المراد فيستصحب بقاء البيع والآثار المترتبه عليه بعد مضي ثلاثه أيام.

وتوهم عدم جريان الاستصحاب في الصحه لأنها كانت في الثلاثه في ضمن اللزوم، والمحمّل ثبوته بعدها الصحه في ضمن الجواز، يدفعه أن الصحه واللزوم حكمان للبيع، لا أن اللزوم والجواز نوعان من الصحه، كما هو ظاهر.

ولكن لا يخفى أن مجرد فهم المشهور أمراً من روايه أو روايات لا يكون حجه بالإضافة إلينا، وقد سبق أن المشهور قد فهموا من الروايات الواردة في نزع ماء البئر نجاسته، وقد منعه المتأخرون وأنها لا تدل على نجاسته مائه.

ولو كانت الروايات الواردة في المقام ظاهره في انحلال البيع بمضي ثلاثه أيام، أو الشرط في صحه البيع القبض أو الإقباض إلى ثلاثه أيام فلا- بدّ من الأخذ به ولا معنى لطرحة والأخذ بالأصول العمليه، بدعوى أن فهم المشهور لو لم يوجب ظهورها في الخيار فلا أقل من كونه موجباً لإجمالها.

ولكن الصحيح عدم استفاده الانحلال من الاخبار المزبوره بقرينه أن اللزوم البيع

من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور:

أحدها: عدم قبض المبيع [١] ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدّمة قوله عليه السلام في صحيحه على بن يقطين المتقدّمة: «فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما» بناءً على أنّ البيع هنا بمعنى المبيع.

الشرح:

على كل من البائع والمشتري حقى والشارع في هذه الروايات بصدد أن الحق للمشتري ينتهى بانقضاء ثلاثة أيام، فالمبيع الذى لم يأخذه المشتري ولم يرد ثمنه لا يكون له بعد ثلاثة أيام إلزام البائع به، بل يكون اختيار ذلك البيع بيد بايعه فقط لا بينهما، بأن يلزم كل واحد منهما الآخر بالوفاء بذلك البيع أو يلزم المشتري بايعه به.

[١] وحاصله: أن من شرط ثبوت الخيار للبائع عدم إقباضه المبيع من المشتري إلى ثلاثة أيام بحيث لو تحقق الإقباض بعد العقد أو إلى ثلاثة أيام فلا يثبت له الخيار، ولو مع عدم قبض الثمن.

واستشهد لذلك بما فى صحيحه على بن يقطين من قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما» (١)، فإن ظاهره أنه لو تحقق إقباض المبيع فى ضمن ثلاثة لزم البيع، فإن قوله «قبض» بالتشديد و«بيعه» بالتخفيف بمعنى مبيعه.

وما عن صاحب الرياض (٢) من عدم اعتبار عدم الإقباض بل المعتبر فى ثبوت الخيار للبائع عدم إتيان المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام سواء قبض المبيع أم لا- وتبعه جماعه لا- يمكن المساعدة عليه، فإن ثبوت الخيار للبائع مع إقباض المبيع مخالف للوارد فى الصحيحه.

ص: ٢١٥

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) أنظر الرياض ١: ٥٢٥ .

لكن فى الرىاض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط، وتبعه بعض المعاصرين. ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذ منها الرواية، أو احتمال قراءة «قبض» بالتخفيف، و«بيعه» بالتشديد، يعنى: قبض بئعه الشرح:

ولعل هذه الجملة لم تكن فى النسخة الموجودة عند صاحب الرىاض، أو أنه قرأ «قبض» بالتخفيف و«بيعه» بالتشديد، فىكون المراد: فإن قبض البائع الثمن فى ضمن ثلاثة فهو، وإلا يثبت له الخيار.

ولكن القراءة المزبوره غير صحيحه، لأن استعمال البيع بمعنى البائع مفرداً غير معروف، والأصل عدم التشديد فى بيعه، نظير ما ذكره الشهيد قدس سره: من أصله عدم المد فى «البكاء» الوارد فى قواطع الصلاه (١).

أقول: لا يبعد أن يكون عدم إقباض المبيع فى الثلاثة فى الصحيحه، كناية عن عدم وصول الثمن، فإنه لا يعطى البائع المبيع فى الثلاثة من غير أخذ الثمن إذا كان عدم إقباضه بعدم تمام العقد لعدم أخذ الثمن، نظير ما فى موثقه اسحاق بن عمار من قوله عليه السلام: «فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له» (٢)، حيث إن عدم مجيئه كناية عن عدم مجيئه بالثمن.

وأما ما ذكر قدس سره من أصله عدم التشديد فى لفظه «بيعه» مضافاً إلى معارضته بعدم التشديد فى لفظه «قبض» لا تثبت ظهور اللفظ فى كونه بمعنى المبيع.

والصحيح فى المقام أن يقال: المفروض فى الروايات عدم إقباض المبيع بعد البيع إلى ثلاثة أيام بمعنى كونه عند البائع.

نعم الوارد فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج مطلق، وهو قوله: «من اشترى شيئاً

ص: ٢١٦

١- (١) الروضه البهيه ١: ٥٦٥.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

الثلْمَنَ. ولا- يخفى ضعف هذا الاحتمال، لأن استعمال «البيْع» بالتشديد مفرداً نادراً، بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد، نظير ما ذكره في الروضه: من أصاله عدم المدّ في لفظ «البكاء» الوارد في قواطع الصلاه.

الشرح:

فجاء بالثلْمَن ما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له^(١)، ولكنها لضعفها سنداً بأبي بكر، بل للحسن بن الحسين اللؤلؤى لا يمكن الاعتماد عليه.

ولكن مع ذلك إذا حصل إقباض المبيع بعد العقد ولو بفصل زمان، وامتنع المشتري عن أداء الثمن، يكون للبائع خيار الفسخ؛ لأن أداء الثمن وعدم الامتناع عنه شرط ارتكازى فى بيع البائع، وكذلك إقباض المبيع وعدم امتناعه عنه شرط كذلك فى شراء المشتري، ولا- يكون إقباض المبيع بدون قبض الثمن إغناء لهذا الاشرط، بل رفع اليد عن حقه بإمساك المبيع ليقبض الثمن، كما لا يخفى.

ويؤيد ذلك بل يدل عليه ما ورد من أن البائع إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه فراجع.

ذكر قدس سره فى المقام فروعاً:

الأول: أنه لو كان عدم القبض المشتري المبيع لامتناع البائع عن أخذ الثمن ودفع المبيع إليه فلا يكون للبائع خيار بمضى ثلاثه أيام، فإن ظاهر الروايات أن الخيار المزبور إرفاق للبائع لئلا يقع فى محذور انتظار الثمن، وضرر المحافظه على المبيع للغير، وإذا كان ذلك بامتناعه، فلا يكون مورد الإرفاق يعنى أن الإرفاق لا يناسبه.

وقد يقال: إنه لا- حاجه فى نفى الخيار فى الفرض إلى استظهار الإرفاق لأن الموضوع للخيار فى موثقه اسحاق بن عمار عدم مجيء المشتري بالثلْمَن إلى ثلاثه،

ص: ٢١٧

١- (١) مرّ آنفاً.

الشرح:

ومع امتناع البائع عن أخذه مع تمكين المشتري لا يحصل الموضوع المزبور.

لا يقال: الوارد في صحيحه على بن يقطين ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام في فرض بقاء المبيع بيد البائع وعدم أخذه الثمن، ولم يفصل في الجواب بثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام بين كون عدم الإقباض والقبض لامتناع البائع عن أخذ الثمن وعدمه.

فإنه يقال: لا يكون للبائع داع إلى عدم القبض الثمن غالباً، ولهذا ظاهر السؤال عدم اقباضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن.

الثاني: ما إذا حصل قبض المبيع بلا استحقاق بحيث يكون للبائع حق استرداده، كما إذا أخذه المشتري من عند البائع بلا إذنه ورضاه فهل مع القبض المزبور وتأخير الثمن إلى ثلاثة أيام يثبت الخيار للبائع بأن يكون القبض المزبور كلاً قبض، أو أنه لا خيار معه؛ لخروج الفرض بالقبض المزبور عن مدلول الروايات، أو أنه إذا استرد البائع المبيع يثبت الخيار وإلا فلا، أو يبتنى ثبوت الخيار له بعد ثلاثة أيام على كون القبض المزبور رافعاً لضمان تلف المبيع قبل القبض عن بايعه أم لا، فإن لم يرفع الضمان يكون الضرر الموجب لثبوت الخيار له بعد ثلاثة بحاله، فيثبت له الخيار، بخلاف ما إذا قيل بانتفاء ضمانه مع القبض المزبور، فإنه لا يثبت له الخيار، فإن الضرر الموجب لثبوته ضرر ضمان التلف وضرر انتظار الثمن، وينتفى الضرران مع أخذه المبيع من المشتري تقاصاً.

واختار قدس سره هذا التفصيل، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، فانه اذا كان ظاهر الروايات كما ذكرنا عدم قبض المشتري المبيع، بأن يكون المبيع عند بايعه، فلا تعم الفرض مع عدم استرداده قبل ثلاثة سواء قلنا بارتفاع الضمان أو عدمه.

وما ذكر في ملاك ثبوت الخيار لم يذكر في الروايات بنحو العلية أو الموضوعية.

الشرح:

وقاعده نفى الضرر(1) لا تصلح للاعتماد عليها فى المقام على ما تقدم، بل الأظهر بحسب الروايات ملاحظه الاسترداد بعد القبض المزبور وقبل ثلاثه أيام كما لا يخفى.

الثالث: ما إذا مكن البائع المشتري من أخذ المبيع ولو مع عدم قبض الثمن فلم يأخذ ففى هذا الفرض أيضاً بنى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثه أيام على انتفاء ضمان المبيع بتلفه قبل قبضه وعدم انتفائه، فلا يثبت على الأول ويثبت على الثانى.

ولكن قد تقدم أن الموضوع للخيار عدم قبض المشتري المبيع وعدم قبض المشتري سواء مع تمكين البائع وعدمه، بل ظاهر صحيحه زراره صوره تمكين البائع من أخذ المبيع.

الرابع: إن قبض بعض المبيع كقبض كله، أو كلا قبض، أو يثبت الخيار بالإضافه إلى غير المقبوض.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن الخيار يثبت فى البيع المنشأ ابتداءً بحسب الإمضاء الشرعى لا فى البيوع الانحلاليه، حيث إن ظاهر أدله الخيارات ثبوت خيار واحد لصاحبه ومع ثبوته فى كل من المعاملات الانحلاليه يتعدد، كما لا يخفى.

والمفروض فى الروايات بقاء المبيع بتمامه عند بايعه، إلا أنه يمكن الأخذ بموثقه إسحاق بن عمار(2)، فإن الخيار المذكور فيها للبائع يعم فرض أخذ بعض المثلث، بل فرض أخذ بعض الثمن أيضاً، فلاحظ.

ص: ٢١٩

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

الشرط الثانى لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن

ثمَّ إنَّه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع بأن بذله الثمن فامتنع من أخذه وإقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار، لأنَّ ظاهر النصِّ والفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرُّره، فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبْله. ولو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففي كونه كـ«لا-قبض» مطلقاً، أو مع استرداده، أو كونه قبضاً، وجوه، رابعها: ابتناء المسأله على ما سيجيء فى أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

ولعلَّه الأقوى، إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وتضرُّره بعدم وصول ثمنه إليه، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصَّةً. وأما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدِّم وإن ادَّعى انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة.

ولو مكَّن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسأله على ارتفاع الضمان وعدمه. وربما يستظهر من قول السائل فى بعض الروايات: «ثمَّ يدعه عنده» عدم كفايه التمكين. وفيه نظرٌ، والأقوى عدم الخيار، لعدم الضمان. وفى كون قبض بعض المبيع كـ«لا قبض» لظاهر الأخبار، أو كالقبض، لدعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شىء منه، أو تبعض الخيار بالنسبه إلى المقبوض وغيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقُّق الضرر بالنسبه إلى غير المقبوض لا غير، وجوه.

الشرط الثانى: عدم قبض مجموع الثمن [١]، واشتراطه مجمَّع عليه نصّاً

الشرح:

[١] من شرط ثبوت خيار التأخير للبائع عدم قبضه تمام الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا يكفى فى انتفاء الخيار بعدها قبض بعضه فى الثلاثة، حيث إنَّ ظاهر الأخبار فى

وفتوى. وقبض البعض كـ «لا-قبض»، لظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر بن عيَّاش فى روايه بن الحجاج المتقدمه، وربما يستدلُّ بها تبعاً للتذكرة. وفيه نظرٌ. والقبض بدون الإذن كعدمه، لظهور الأخبار فى اشتراط وقوعه بالإذن فى بقاء البيع على اللزوم، مع أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باقٍ. نعم، لو كان القبض بدون الإذن حقاً كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فالظاهر عدم الخيار، لعدم دخوله فى منصرف الأخبار، الشرح:

مجىء المشتري بالثمن فى ثلاثه المجيء بتمام الثمن.

ويؤيد ذلك بفهم أبيبكر بن عيَّاش، حيث حكم فى صورته قبض البائع بعض الثمن بثبوت الخيار له استظهاراً من قوله عليه السلام : «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له»^(١)، بل ربما يستدل بهذه الروايه على عدم كفايه قبض بعض الثمن تبعاً للتذكرة^(٢).

ولكن لا يخفى ما فى الاستدلال لضعف الروايه أولاً، وعدم الاعتبار بفهم أبى بكر ثانياً.

وعن المحقق الايروانى^(٣): أنه لم يتحقق عندى ما فهم أبو بكر عن الروايه وما حكم به من القضاء لعبدالرحمن بن الحجاج أو لصاحبه.

وفيه: أنه لو كان حكمه بلزوم البيع فى فرض قبض البائع بعض الثمن لما كان نقل قول الإمام بثبوت الخيار بعد ثلاثه للبائع مناسباً لذلك الحكم، وهذا الحكم يكشف عن فهمه منها قبض تمام الثمن.

ص: ٢٢١

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٣ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ١٨٧ .

وعدم تضرّر البائع بالتأخير. وربما يقال بكفايه القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعنى قبض المبيع نظراً إلى أنّهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه، وفي طرف الثمن عدم قبضه. وفيه نظر، لأنّ هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع،

الشرح:

ولو قبض البائع تمام الثمن بلا إذن المشتري فظاهر المصنف رحمه الله: أنّ هذا «القبض كـ» لا قبض، في أنه لو أجاز المشتري القبض إلى ثلاثة فهو، وإلا- يثبت الخيار للبائع بعد تمام الثلاثة لظهور الأخبار في مجيء المشتري بالثمن الموجب لكون قبض البائع بإذنه.

أضف إلى ذلك أنّ الموجب لثبوت الخيار للبائع تضرره بضمان المبيع قبل القبض وعدم جواز تصرفه في الثمن، وهذا الضرر باق بحاله مع القبض الفضولي.

نعم، لو كان هذا القبض بحق كما إذا عرض البائع للمشتري ليأخذه فلم يأخذه وأخذ البائع الثمن بلا- إذنه، ففي هذه الصورة لا يثبت خيار التأخير للبائع، لأن ضرر عدم جواز التصرف في الثمن منتف في الفرض.

أقول: لو كان ظاهر الأخبار حصول قبض الثمن بإذن المشتري فكيف لا يدخل هذا الفرض في مدلول الأخبار الظاهرة في ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة.

ولو قيل: بأن اعتبار مجيء المشتري بالثمن طريقي، والغرض وصول الثمن إلى البائع، ولذا لو كان الثمن عند البائع قبل البيع، فلا مورد لخيار التأخير.

قلنا: إن هذا صحيح، ولكن لازمه عدم ثبوت الخيار للبائع بقبضه الثمن بلا إذن المشتري سواء كان ذلك بحق أم لا، كما التزم بذلك بعض حتى مع الالتزام بأنه لا- يكفي في انتفاء الخيار قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع، بدعوى ان المعتبر في ناحيه المبيع إقباض البائع.

ص: ٢٢٢

فَيُعَبَّرُ فِي طَرَفِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمَنِ بِمَا هُوَ فَعْلٌ لَهُ، وَهُوَ الْقَبْضُ فِي الْأَوَّلِ وَالْإِقْبَاضُ فِي الثَّانِي، فَتَأْمَلُ. وَلَوْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي قَبْضَ الثَّمَنِ بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ الْإِذْنِ كَانَتْ فِي حُكْمِ الْإِذْنِ. وَهَلْ هِيَ كَاشِفَةٌ أَوْ مَثْبِتَةٌ؟ أَقْوَاهُمَا الثَّانِي. وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَبْضَ قَبْلَ الثَّلَاثَةِ فَأَجَازَ الْمُشْتَرِي بَعْدَهَا.

الشرح:

وهذا لا- يحصل بقبض المشتري المبيع بلا إذن البائع بخلاف الثمن فإن المعتبر في ناحيته قبض البائع الثمن، وهو يحصل ولو بلا إذن المشتري.

ولكن الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك لأن الغرض من فرض عدم الإقباض والقبض في ثبوت خيار التأخير بقاء المالكين عند صاحبهما الأصليين.

وأما دعوى بقاء ضرر الضمان أو ضرر الصبر على عدم التصرف في الثمن فقد ذكرنا أنهما لم يؤخذا في موضوع خيار التأخير، فيحتمل اعتبارهما في ثبوت الخيار بنحو الحكمة لا العلية.

لا- يقال: قبض البائع الثمن كاشف عن رضاه بالبيع المزبور فيكون ذلك مسقطاً لخياره حتى ما لو قيل باعتبار القبض بالإذن في انتفاء الخيار.

فإنه يقال: القبض المزبور بلا التفات إلى الخيار لا يكون إسقاطاً للخيار فإنه لا يحصل بلا قصد.

ثم إنه لو قيل باعتبار الإذن من المشتري في قبض الثمن فلا- ينبغي التأميل في كفايه إجازته القبض الصادر بلا إذن، حيث إنه بالإجازة يكون الإمساك بالثمن بإذنه فيحصل ما يحكم معه بلزوم البيع.

ولكن هل الإجازة المزبورة كاشفة عن حصول القبض المعتبر من الأول أو من حيث الإجازة، فقد ذكر المصنف رحمه الله: أن الأظهر هو الثاني لما ذكرنا من أن الإجازة يكون الإمساك بالثمن بالإذن.

ص: ٢٢٣

الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين [١]، لأنَّ المتبادر من النصِّ غير ذلك، فيقتصر في مخالفه الأصل على منصرف النصِّ مع أنَّه في الجملة إجماعيٌّ.

الشرح:

وعليه فلو قبض البائع الثمن بلا إذن منه في ضمن ثلاثة أيام، وأجاز المشتري القبض بعد انقضائها يثبت للبائع خيار التأخير.

أقول: إذا كان القبض متضمناً للإنشاء ولو بنحو الإيقاع، فالظاهر أن الإجازة فيه تعتبر بنحو الكشف الحكمي، كما في قبض الثمن الكلي، ودعوى الإجماع على عدم جريان الفضوليه في الإيقاع، قد ذكرنا في بحث الفضولى عدم تماميه ذلك على الإطلاق.

وأما إذا لم يتضمن الأمر الإنشائي كما في قبض الثمن المعين فلا يكون لإجازة الفعل الخارجى معنى، إلا كون الإمساك بالمال بإذنه، ولا يخرج القبض السابق عن الفضوليه، حيث لم يكن الإمساك فى تلك القطعه من الزمان بإذنه.

وعلى ذلك يترتب الفرق فى الإجازة بعد الثلاثه بين كون المقبوض من الثمن شخصاً أو كلياً. والله سبحانه هو العالم.

[١] ولعلّه بلا خلاف، وظاهر الروايات عدم تحقّق القبض والإقباض مع عدم اشتراط التأخير فى ناحيه الثمن قطعاً، ولكن الكلام فى كون منصرفها ولا أقل من المتيقن عدم اشتراط ذلك فى ناحيه المثلث أيضاً أم لا. والوجه فى ذلك أنّ تعليق لزوم البيع على مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثه أيام من حين العقد، ظاهره فرض عدم اشتراط التأخير فى ناحيه الثمن، ولكن لا دلالة للروايات على اعتبار عدم اشتراط التأخير فى ناحيه المبيع كما لا يخفى.

الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه، كصاع من صبره^[١]. نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدّمة في نقل مضمون روايات أصحابنا. وظاهره كونه مفتيّ به عندهم، وصرّح به في التحرير والمهذّب البارع وغايه المرام، وهو ظاهر جامع المقاصد، حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمّه. وقال في الغنيه: وروى أصحابنا أنّ المشتري إذا لم يقبض المبيع وقال: «أجيئك بالثمن» ومضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثمّ هو بالخيار بين فسخ البيع ومطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقاؤه، فإن لم يكن كذلك كالخضروات فعليه الصبر يوماً

الشرح:

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّ ظاهر الأصحاب وكذا ظاهر الروايات أو المتيقن منها اختصاص خيار التأخير بما إذا كان المبيع عيناً خارجيه أو شبهها بالعين الخارجيه كالكلّي في المعين، فلا يكون للبائع خيار التأخير فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمه.

وبتعبير آخر: لا ظهور في شيء من الروايات في عموم الخيار بحيث يثبت فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمه.

أمّا كلمات الأصحاب فقد ذكر الشيخ (١) قدس سره: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم وقال للبائع: أجيئك بالثمن، فإن جاء في مده الثلاثه كان البيع له.

وقد صرّح بالاختصاص في التحرير (٢) والمهذّب البارع (٣) وغايه المرام (٤)، وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمه (٥). فإنه

ص: ٢٢٥

١- (١) المبسوط ٢ : ٨٧ .

٢- (٢) التحرير ١ : ١٦٧ .

٣- (٣) المهذّب البارع ٢ : ٣٨٢ .

٤- (٤) غايه المرام (مخطوط) ١ : ٢٩٢ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ : ٢٩٨ .

واحداً ثم هو بالخيار. ثم ذكر أنّ تلف المبيع قبل الثلاثه من مال المشتري وبعده من مال البائع. ثم قال: ويدلّ على ذلك كلّه إجماع الطائفة، انتهى. وفي معقد إجماع الانتصار والخلاف وما وجدته في نسخه جواهر القاضى: «لو باع شيئاً معيناً بثمان معين» لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معين»، وقد أخذ عنه في مفتاح الكرامه وغيره ونسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعين، وأظنّ الشرح:

لو كان هذا التعميم ثابتاً فى ناحيه المبيع أيضاً لأضاف المبيع إلى الثمن فى عدم الفرق.

ولكن فى عبارات الانتصار(١) والخلاف(٢) وجواهر القاضى(٣): «إذا باع شيئاً معيناً بثمان معين ومقتضاه اعتبار كون الثمن أيضاً عيناً، وحيث إنّ هذا الاعتبار فى ناحيه الثمن غير محتمل فيراد بالمعين فى ناحيه الثمن كونه معلوماً، ولذا وصف فى التحرير(٤) تبعاً للمبسوط(٥) فى عبارته المتقدمه المبيع ب «المعين» والثمن ب «المعلوم».

بل يمكن أن يقال: إنّه مع اختلاف الموصوف بالمعين يختلف الظهور، فإن كان الموصوف به هو الشىء يكون ظاهره العين الخارجيه، وإن كان الموصوف هو الثمن يكون ظاهره تعيين مقداره.

والحاصل: أن المعبر فى كلمات الأصحاب فى ناحيه المبيع عدم كونه بنحو الكلّى على العهده.

ص: ٢٢٤

١- (١) أنظر الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٢٠، المسأله ٢٤.

٣- (٣) راجع جواهر الفقه ضمن الجوامع الفقيهيه: ٤٢٠.

٤- (٤) التحرير ١: ١٦٧.

٥- (٥) المبسوط ٢: ٨٧.

الغلط في تلك النسخه. والظاهر أن المراد بـ«الثلث المعين» هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنَّ تشخيص الثمن غير معتبر إجماعاً، ولذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط المبيع بـ«المعين» والثلث بـ«المعلوم»، ومن البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف إلى إجماع الفرقه وأخبارهم، مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا.

الشرح:

نعم في بعض نسخ الجواهر للقاضي (١): «إذا باع شيئاً غير معين بثمن معين» وأخذ هذه النسخه في مفتاح الكرامه (٢)، ونسب جريان الخيار في غير المعين مع دعوى الإجماع على ذلك إلى الجواهر، ولكن النسخه المزبوره غلط فإنه لا يحتمل اختصاص الخيار بغير المعين ودعوى الإجماع عليه.

ولكن مع ذلك كله ينسب التعميم إلى الأكثر (٣) وقد نسب الشهيد في الدروس (٤) الاختصاص بالمعين إلى الشيخ قدس سره وكأنه قد فهم من كلام غيره التعميم.

أقول: ذكر العين في بعض الكلمات أو الشيء المعين في بعضها الآخر لا يدل على الاختصاص؛ لأن الكلى على العهده داخل في العين، كما ذكرنا ذلك في تعريفهم البيع: بأنه تملك عين بعوض.

والمبيع في موارد الكلى على العهده الشيء بوجوده الخارجى؛ ولكنه لعدم وجوده فعلاً أو بغيره تعهد بأدائه وتحصيله بخلاف بيع الشخص، أو الكلى في المعين، حيث إنه لوجوده فعلاً لا تعهد بالإضافه إلى تحصيله، بل بالإضافه إلى أدائه فقط.

وبالجملة العين مقابل المنفعه وتوصيف الشيء بالمعين كما يكون باعتبار تعيينه

ص: ٢٢٧

١- (١) جواهر الفقه : ٥٤ ، المسأله ١٩٣ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧٩ .

٣- (٣) لم نعثر على النسبه، ولكن نسب صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٧٩ ، والجواهر ٢٣ : ٥٥ الإطلاق إلى الأكثر .

٤- (٤) الدروس ٣ : ٢٧٣ .

مع أنا نقول: إنَّ ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات التشخيص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول ولو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن، للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنه فرق بين «الثمن المعين» و «الشيء المعين»، فإنَّ الثاني ظاهرٌ في الشخصي بخلاف الأوّل.

وأما معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختصُّ بالشخصي، لأنَّه ذكر في معقد الإجماع «أنَّ المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحقّ بالعين»، ولا يخفى أنَّ «العين» ظاهرٌ في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات. وأما حديث نفى الضرر، فهو مختصُّ بالشخصي، لأنَّه المضمون على البائع قبل القبض، فيتصرَّر بضمانه وعدم جواز التصرّف فيه وعدم وصول بدله إليه، الشرح:

الخارجي يكون باعتبار تعيين كميّه ومقداره. فيمكن أن يكون توصيف الشيء بالمعين في كلماتهم باعتبار تعيين مقداره كما هو الحال في ناحيه الثمن.

والحاصل: أنه لا يستفاد الاتفاق من كلمات الأصحاب على اختصاص خيار التأخير بالمبيع الشخصي، وعلى تقديره لا قيمه له، لأنَّ الاتفاق في المقام لوجود الروايات المتقدمه مدركي، فالمتبع ظهورها في اعتبار العين الخارجي ونحوها لأنَّ ظاهر صحيحه زراره(١)، وإن كان فرض المتاع الخارجي بقريته قوله: «ثمَّ يدعه عنده» إلاَّ أنه لا دلالة لها على نفى الخيار في غيره.

وأما صحيحه على بن يقطين(٢) فلا ظهور لها في العين الخارجي أي الشخص، ودعوى أن البيع لا يطلق على المبيع إلاَّ في موارد الشخص الواقع عرضه للبيع لا تخلو عن الجراف.

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢١ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) نفس المصدر : ٢٢ ، الحديث ٣ .

بخلاف الكلّي. وأمّا النصوص، فروايتا ابن يقطين وابن عمّار مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرّضه للبيع، ولا- مناسبه في إطلاقه على الكلّي، كما لا- يخفى. وروايه زراره ظاهره أيضاً في الشخصى من جهة لفظ «المتاع»، وقوله: «يدعه عنده»، فلم يبق إلا قوله عليه السلام في روايه أبى بكر بن عيَّاش: «من اشترى شيئاً فإنّ إطلاقه وإن شمل المعين والكلّي، إلا- أنّ الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجى، كما في قول القائل: «اشترت شيئاً». والكلّي المبيع ليس موجوداً خارجيّاً، إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعى الموجود فى الخارج، لأنّ المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، والموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له، بل هو أمرٌ اعتبارى يعامل فى العرف والشرع معه معاملهً الأملاك، وهذه المعامله و إن اقتضت صحّحه إطلاق لفظ «الشيء»، عليه أو على ما يعمّه، إلاّ أنّه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشرح:

وبهذا يظهر الحال فى موثقه إسحاق بن عمار(1) فيكون الأخذ بظهورهما أى بالاطلاق فى الثانيه وعدم الاستفصال فى الجواب فى الأولى مقتضاه الالتزام بالعموم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثه أيام. وأمّا روايه عبد الرحمن بن حجاج(2) فقد تقدم ضعفها سنداً، ومع الإغماض عنه فظاهرها أيضاً العموم.

ودعوى انصراف «من اشترى شيئاً» إلى العين الخارجيه كانصراف المطلق إلى بعض أفراده يكذبها الرجوع إلى موارد الاستعمال فى المحاوره.

فالمتحصل: أنه لا يبعد القول بالتعميم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثه. والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٢٩

١- (١) نفس المصدر : الحديث ٤ .

٢- (٢) نفس المصدر : ٢٢ ٢١ ، الحديث ٢ .

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما

الشخصى احتيج إلى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور والمطلق المنصرف إلى بعض أفراد انصرفاً لا يحوج إرادته المطلق إلى القرينه. فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادته خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينه، فافهم. فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس فى أدله المسأله من النصوص والإجماعات المنقوله ودليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى. وربما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر، لعدم تقييدهم البيع بالشخصى.

وفيه: أن التأويل فى عباراتهم، مع الإنصاف يُعطى الاختصاص بالمعّين، أو الشكّ فى التعميم، مع أنه معارضٌ بعدم تصريح أحدٍ بكون المسأله محلّ الخلاف من حيث التعميم والتخصيص. نعم، إلاّ الشهيد فى الدروس، حيث قال: «إن الشيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعّين»، فإنه ظاهرٌ فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب، لكنك عرفت أن الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد فى مضمون روايات أصحابنا. وكيف كان، فالتأمل فى أدله المسأله وفتاوى الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعّين.

ثم إنّ هنا أموراً قيل باعتبارها فى هذا الخيار:

منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما [١] قال فى التحرير: «ولا خيار للبائع لو كان

الشرح:

[١] قيل كما عن التحرير (١): يعتبر فى ثبوت خيار التأخير للبائع عدم خيار آخر فى البيع للمتبايعين أو لأحدهما، وإلا فلا يثبت للبائع خيار التأخير بعد ثلاثه أيام. وظاهر ابن إدريس (٢): يعتبر فى ثبوت خيار التأخير عدم شرط الخيار لهما أو لأحدهما. ولعل مراده أيضاً مطلق الخيار بحيث يعم خيار الحيوان أيضاً، وذكره شرط

ص: ٢٣٠

١- (١) التحرير ١: ١٦٧ .

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٧ .

فى المبيع خيار لأحدهما» وفى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسأله بقوله: «ولم يشترطاً خياراً لهما أو لأحدهما» وظاهره الاختصاص بخيار الشرط. ويحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسأله فى كلامه بغير الحيوان وهو المتاع.

الشرح:

الخيار لأجل أن موضوع كلامه المتاع لا ما يعم الحيوان.

ويستدل على هذا الاشتراط بانصراف أخبار الباب عن كون البيع خيارياً، وذلك لما ذكر العلامة (١) وغيره فى أحكام الخيار: من أنه لا يجب القبض والإقباض مده الخيار وأنه لو أقبض أحدهما ما انتقل عنه لا يجب على الآخر إقباض ما عنده من مال صاحبه، بل يجوز له استرداد ما أقبض خلافاً لبعض العامة (٢): حيث بنوا على عدم جواز الاسترداد بل يجب على الآخر الإقباض، ولو امتنع عن الإقباض يجوز للآخر أخذ ما عنده بلا إذن، كما فى صوره تسليم ما عنده مع لزوم البيع.

وعلى ذلك فمع ثبوت خيار آخر فى البين يكون للمشتري حق التأخير فى تسليم الثمن، وظاهر الأخبار ثبوت خيار التأخير للبائع فيما إذا كان تأخير المشتري فى أداء الثمن بلا-حق، كما أن ظاهرها كون عدم إقباض البائع المبيع لعدم تسلّمه الثمن من المشتري، فلا يعم ما إذا كان عدم تسليمه لثبوت خيار آخر له فى البيع.

ولكن لا يخفى ضعف الاستدلال، لأنه كما سيأتى: أن الخيار حق متعلق بالعقد وجواز تسلط أحد المتبايعين أو كلاهما على فسخه لا- ينافى وجوب القبض والإقباض عليهما وجوباً حقيقياً، حيث إن الإمساك بهما بالامتناع عن التسليم والتسلم تصرف فى مال الآخر بلا رضاه.

ص: ٢٣١

١- (١) التذكرة ١: ٥٣٧.

٢- (٢) نقله العلامة عن بعض الشافعية فى التذكرة ١: ٥٣٧.

وكيف كان، فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط سواء أُريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، وسواء أُريد مطلق الخيار ولو اختصّ بما قبل انقضاء الثلاثه أم أُريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثه، سواءً أحدث فيها أم بعدها. وأوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض : أنّ شرط الخيار في قوّه اشتراط التأخير، وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. وتوضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار:

الشرح:

نعم لدى الخيار الإمساك بما انتقل عنه فيما إذا كان الإمساك المزبور بعنوان فسخ العقد، بل لو كان الخيار حقاً يتعلق بما انتقل عنه، فالثابت حق الاسترداد لا حق الإمساك.

والحاصل: أنّ وجوب القبض والإقباض مقتضى حرمة مال الغير وعدم جواز التصرف فيه بلا إذن مالكة، لا مقتضى لزوم البيع وعدم كونه خيارياً.

لا يقال: ظاهر الأخبار لزوم البيع إلى ثلاثه أيام وحدوث جواز البيع للبائع بعدها.

فإنه يقال: نعم، ولكن اللزوم من جهة التأخير في القبض والإقباض فلا ينافى عدم لزومه في ثلاثه أيام أو بعضها من جهة أخرى.

وبتعبير آخر: الكلام في كون الموضوع لخيار التأخير عاماً أو خاصاً، بمعنى أنّ الموضوع هل هو عدم القبض والإقباض إلى ثلاثه أيام مطلقاً، أو مع لزوم البيع فيها بأن ينتفى فيها سائر الخيارات.

والظاهر إطلاق الموضوع، فإن حمل الروايات على الثاني من حملها على الفرد النادر، حيث إنّ خيار المجلس ثابت في جميع البيوع إلا ما اشترط فيه سقوطه، وكذا خيار الحيوان إلى ثلاثه أيام ثابت في شراء الحيوان كما أن ظاهرها ثبوت خيار التأخير

ص: ٢٣٢

من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يُجبر الآخر على تسليم ما في يده وله استرداد المدفوع قضيةً للخيار. وقال بعض الشافعية: ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. وحينئذٍ فوجه هذا الاشتراط: أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير، وذو الخيار له حقّ التأخير، وظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحقّ له في عدم الإقباض. والحاصل: أنّ الخيار بمنزله تأجيل أحد العوضين.

الشرح:

للبيع بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد.

وعلى الجملة: فلو اعتبر في خيار التأخير لزوم البيع في الثلاثة يلزم حمل الأخبار على الصورة النادرة أو ارتكاب خلاف الظاهر فيها بحمل ثلاثة أيام من حين لزوم البيع لا من حين العقد وشيء منها لا يمكن الالتزام به.

وربما يقال: بأنه يعتبر في خيار التأخير عدم ثبوت خيار آخر للبائع في الثلاثة فإن هذا الخيار شرع لدفع تضرر البائع على ما تقدم ومع ثبوت خيار آخر يمكن له دفع ضرره بذلك الخيار. وظاهر الأخبار لزوم البيع بالإضافه إلى البائع في ثلاثة أيام وحملها على لزومه عليه من جهة تأخير الثمن من قبيل تقييد الحكم بالسبب.

ولكن لا يخفى ما فيه أيضاً، لأن خيار التأخير لو كان مشروعاً لدفع ضرر الصبر يكون المراد ضرر الصبر بعد ثلاثة أيام وعدم إمكان تقييد الحكم بالسبب أجنبي عن المقام، فإن الكلام في أن الموضوع لخيار التأخير عدم القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، أو هذا مع عدم ثبوت خيار آخر للبائع في تلك الثلاثة، وهذا لا يرتبط بسبب الحكم أي بالداعي إلى الجعل.

ص: ٢٣٣

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدد المتعاقدين

وفيه بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق: أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفريق وكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان، مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف، وإن ذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر. إلا أن يراد بما في التحرير: عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما، فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة. وقد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره وقد اندفع بغيره، ولدلاله النص والفتوى على لزوم البيع في الثلاثة، فيختص بغير صورته ثبوت الخيار له، قال: ودعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة، مدفوعاً بأن التأخير سبب الخيار ولا يتقيد الحكم بالسبب وبين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه، مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. ووجه ضعف هذا التفصيل: أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. وأما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة التضمر بالتأخير، ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

ومنها: تعدد المتعاقدين [١]؛ لأن النص مختص بصوره التعدد، ولأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، وخيار المجلس باقٍ مع اتحاد العاقد إلا مع إسقاطه.

الشرح:

[١] قيل: بأنه يعتبر في ثبوت خيار التأخير للبائع تعدد العاقد؛ لظهور الأخبار المتقدمة في ذلك، ولأن خيار التأخير يثبت للبائع بعد انقضاء خيار المجلس، ومع وحده العاقد لا ينتهي خيار المجلس إلا بالإسقاط.

أقول: ظاهر الأخبار فرض تعدد البائع والمشتري لا العاقد، ومع تعددهما يثبت خيار التأخير للبائع ولو مع وحده العاقد كما لو وكلا واحداً في إجراء العقد والوكيل

ص: ٢٣٤

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية

وفيه: أنّ المناط عدم الإقباض، والقبض، ولا إشكال في تصوّره من المالكين مع اتّحاد العاقد من قبلهما. وأمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنّه غير ثابتٍ للوكيل في مجرّد العقد، وعلى تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقّق الشرطان الأوّلان أعنى عدم الإقباض والقبض وليس ذلك من جهه اشتراط التعدّد.

ومنها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية [١]، فإنّ المحكّي عن الصدوق في المقنع، أنّه إذا اشترى جاريةً فقال: أحيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما

الشرح:

المزبور لا يثبت له خيار المجلس.

وما ذكر من ظهور الأخبار في ثبوت خيار التأخير مع فقد خيار المجلس أو بعد انتهائه غير ظاهر حيث إن ظاهرها، كما يأتي كون المبدأ لثلاثه أيام هو تمام العقد لا حين حصول الافتراق.

وعلى ما ذكر فلا يثبت خيار التأخير فيما إذا كان البائع والمشتري واحداً، كما في ولي الطفلين، وعدم ثبوته له لأجل فقد ما يعتبر في خيار التأخير من عدم الإقباض والقبض لا لوحده، كما لا يخفى.

[١] المحكّي عن الصدوق قدس سره (١): أنه إذا اشترى جارية، وقال: أحيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن إلى شهر وإلا فلا بيع له، وظاهر المختلف (٢) أنّ الصدوق قائل بذلك في مطلق الحيوان.

وفي صحيحه على بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية

ص: ٢٣٥

١- (١) راجع المختلف ٥ : ٧٠، والمقنع : ٣٦٥.

٢- (٢) أنظر المختلف ٥ : ٧٠.

بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له. وظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان. والمستند فيه روايه ابن يقطين، عن رجلٍ اشترى جاريه، فقال: «أجيئك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له».

الشرح:

وقال: أجيئك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له^(١). والسند كما أشرنا صحيح، فإن الشيخ رواه بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزه عن علي بن يقطين. وأبو اسحاق هو إبراهيم بن هاشم القمي (رضوان الله عليه) بقرينه روايه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي. ومن الظاهر أن أبو اسحاق الراوي عن الحسن بن أبي الحسن هو إبراهيم بن هاشم فراجع.

وعلى كل تقدير فقد أورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بها على استثناء الجارية أو مطلق الحيوان بأنه لا قرينه فيها على فرض عدم إقباض الجارية ليكون ذلك موجباً لظهورها في خيار التأخير في الأمه أو مطلق الحيوان.

لا يقال: قد كان بهذا المضمون من التعبير في روايات خيار التأخير، كما في روايه عبد الرحمن المتقدمه من قول أبي بكر بن عياش «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له».

فإنه يقال: نعم، ولكن قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه الخ» في صحيحه على بن يقطين المتقدمه سابقاً قرينه على كون المراد في جميع روايات ثلاثه أيام فرض عدم إقباض المبيع، وليس بالإضافة إلى الجارية أو مطلق الحيوان الوارد في الصحيحه قرينه على مثل هذا الفرض كما ذكرنا فلا بد من حملها على صورته اشتراط تأخير الثمن إلى شهر

ص: ٢٣٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦، والتهذيب ٧: ٨٠ / ٣٤٢، والاستبصار ٣: ٧٨ / ٢٦١.

ولا دلالة فيها على صورته عدم إقباض الجارية ولا قرينه على حملها عليها. فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهر. وكيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم، فلا بد من حملها على بعض الوجوه.

ثم إنَّ مبدأ الثلاثة من حين التفرُّق أو من حين العقد وجهان: [١] من ظهور قوله: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدَّة الغيبة ثلاثة، ومن كون

الشرح:

فيكون الخيار لتخلف الشرط أو على استحباب الانتظار إلى شهر.

أقول: الالتزام بثبوت خيار التأخير في الأمد بعد شهر لا محذور فيه، وقد احتمله الشيخ قدس سره (١) بعد نقل الرواية، غاية الأمر لو تم إطلاق الصحيحه بالإضافة إلى صورته إقباض الجارية فيلتزم بعد اعتبار عدم الإقباض في الجارية المبيعه في ثبوت خيار التأخير لباعها.

[١] ظاهر التعبير في بعض الروايات أن ثلاثة أيام تحديد لمدته غيبوبه المشتري، فيكون مبدؤها حين التفرق كقوله عليه السلام: «فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له». وبعضها ظاهر في أنه تحديد لمدته عدم قبض الثمن، فيكون مبدؤها تمام العقد كقوله عليه السلام، في موثقه إسحاق بن عمار: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له»، ولا يبعد أن يكون الأول أيضاً كناية عن ذلك.

نعم مع عدم تمام الظهور أو معارضته يكون مقتضى الأصل العملي تأخير الخيار إلى ما بعد الثلاثة بعد التفرق.

ص: ٢٣٧

ذلك كنايةً عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في روايه ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما» وهذا هو الأقوى.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمور: [١]

الشرح:

[١] يسقط هذا الخيار بأمور:

الأول: إسقاطه بعد الثلاثة، ولا ريب كما لا خلاف في جواز هذا الإسقاط بمعنى نفوذه، فإنه مقتضى كون الخيار حقاً وإسقاطه في الثلاثة ثم ان الاسقاط في الثلاثة وان لا يخلو عن المناقشه لكون الموجب له انقضاء الثلاثة من غير حصول القبض والإقباض.

وبتعبير آخر: تضرر البائع بعد الثلاثة موجب له وذلك الضرر غير فعلى فيكون إسقاطه في الثلاثة من قبيل إسقاط ما لم يجب، إلا أن المناقشه غير صحيحه؛ لما تقدم من أن السقوط في المقام اعتبارى، وكما يمكن اعتبار الملكيه المستقبليه نظير الوصيه التملكيه كذلك يمكن اعتبار السقوط الاستقبالي.

وما عن التذكره (١) من عدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق بناءً على حصول بعد التفرق لا يمكن المساعده عليه.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لو لم يجز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق لكان عدم جواز إسقاط خيار التأخير في الثلاثة بطريق أولى، فلعله أراد أن الموجب لخيار الشرط اشتراطه في العقد، وهو حاصل بخلاف المقام، فإن الموجب لخيار التأخير الضرر الحاصل للبائع بعد الثلاثة، وهذا غير حاصل في الثلاثة.

ولكن لا يخفى أن الفرق غير فارق؛ لأن الموضوع لخيار الشرط بناءً على ثبوته بعد التفرق هو العقد المشروط بالتفرق، كما أن الموضوع في المقام العقد مع تضرر

ص: ٢٣٨

أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكالٍ ولا خلاف، وفي سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان: من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة. ولذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع أنه أولى بالجواز، ومن أن العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في إسقاطه، مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

الشرح:

البائع فيه بعد الثلاثة.

ودعوى أن تضرر البائع أمر غير اختياري، والتفرق أمر اختياري فلا يصح الإسقاط في الثاني دون الأول كما ترى، فإنه لو لم يصح الإسقاط لكونه إسقاطاً لما لا يجب لم يجز فيهما وإلا جاز فيهما كما ذكرنا.

الثاني: شرط سقوطه في العقد، وقد ذكرنا فيما سبق أن اشتراط سقوطه في العقد يرجع إلى إسقاطه، وبما أن سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته اعتباري فلا بأس بأن ينشأ ذلك الأمر الاستقبالي الحاصل بكل سبب ومنه اشتراطه في العقد.

الثالث: بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة، فإنه لو فسخ البائع بعد الثلاثة قبل بذل المشتري ومجيئه بالثمن فلا إشكال في نفوذه فإنه مقتضى تحديد الخيار بمضى الثلاثة ويشهد له روايه عبدالرحمن بن الحجاج (١).

وأما إذا لم يفسخ حتى بذل المشتري بالثمن فيمكن أن يقال كما عن المصنف رحمه الله بسقوط الخيار لأن الخيار لتدارك ضرر التأخير أي الضرر الاستقبالي، حيث إن الضرر السابق على أخذ الثمن لا يتدارك بأخذه، ومع بذل المشتري لا ضرر كذلك، ويمكن دعوى انصراف أخبار الباب أيضاً عن صورته البذل.

ص: ٢٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢١ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، حكى عن الدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد، ولعله لعموم أدلّه الشروط.

ويشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثه بناءً على أنّ السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإنّ الشرط إنّما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعيّه سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماع على السقوط بالشرط كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحّه الإسقاط بعد العقد، لفحواه، وإلاّ فللنظر فيه مجال.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه، فإنّ المصرّح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذٍ. وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً، وهو حسنٌ لو استند في الخيار إلى الأخبار، وأمّا إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شكّ في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرّره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك، وإنّما يتدارك به الضرر المستقبل.

الشرح:

أقول: دعوى الانصراف في الروايات لا وجه لها، وقاعده نفي الضرر(1) لا تثبت الخيار في المقام وغيره، فالأظهر عدم سقوط الخيار بالبذل المزبور.

الرابع: أخذ البائع الثمن من المشتري بعد ثلاثه أيام، ولا شبهه في أنّ أخذه بقصد الالتزام بالبيع والجري عليه إسقاط فعلى، فهل بأخذه يحكم بسقوط الخيار؟ وأنه بقصد الالتزام بالمعامله أو بشرط العلم بقصده بأن لا- يحتمل كون أخذه بقصد العاريه والوديعة ونحوهما، أو يكفي الظن النوعي نظير ما تقدم في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه زمان الخيار مع الاتفاق بأنه لا عبره بالظن الشخصي وقد تقدم اعتبار الظهور الفعلي وأنه كالظهور القولي، ولا يبعد أن يكون سبق المعامله قرينه عرفيه على

ص: ٢٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ودعوى: أنّ حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوعاً بأنّ الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمانٍ. ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورته التضرّر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأنّ عدم حضور المشتري علّة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً وعدمًا. وكيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوّه.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل، وإلا لم يحتج إلى الأخذ به والسقوط به، لأنّه التزامٌ فعليٌّ بالبيع ورضاً بلزومه. وهل يشترط إفاده العلم بكونه لأجل الالتزام، أو يكفي الظنّ، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاريه أو غيرها لم ينفع، أم لا- يعتبر الظنّ أيضاً؟ وجوه: من عدم تحقّق موضوع الالتزام إلاّ بالعلم، ومن كون الفعل مع إفاده الظنّ أماره عرفيّة على الالتزام كالقول، ومما تقدّم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاً نوعياً بالعقد وهذا من أوضح أفرادها، وقد بيّنا عدم اعتبار الظنّ الشخصي في دلالته التصرف على الرضا. وخير الوجوه أوسطها، لكنّ الأقوى الأخير. وهل يسقط الخيار بمطالبه الثمن؟ المصرّح به في التذكرة وغيرها العدم، للأصل، وعدم الدليل.

الشرح:

كون الأخذ بذلك العنوان فلا يحتاج السقوط إلى قرينه أخرى.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ البحث في كون الأخذ مسقطاً مبنّى على عدم كفايه البذل في الإسقاط، وإلا يسقط الخيار بالبذل قبل الأخذ.

ولكن لا يخفى أن الأخذ يتحقق في غير مورد البذل أيضاً، وعلى تقدير كون البذل مسقطاً يجرى الكلام في كون الأخذ أيضاً مسقطاً أم لا كما إذا أخذ البائع الثمن من عند المشتري.

وأما مطالبه البائع المشتري ببذل الثمن فلا يوجب سقوط خياره مع عدم بذل

هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟

ويحتمل السقوط، لدلالته على الرضا بالبيع.

وفيه: أنّ سبب الخيار هو التضرر في المستقبل، لما عرفت: من أنّ الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، ومطالبه الثمن لا تدلّ على التزام الضرر المستقبل حتى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبه الثمن إنّما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا التزام بذلك الضرر ليسقط الخيار. وليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن ونحوه ممّا كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتى يكون الرضا به بعد العقد والعلم بالضرر التزاماً بالضرر الذي هو سبب الخيار.

وبالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس إلاّ دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن، أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، وما تقدّم من سقوط الخيارات المتقدّمة بما يدلّ على الرضا فإنّما هو حيث يكون نفس العقد سبباً للخيار ولو من جهة التضرر بلزومه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع أنّ سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبه الثمن أيضاً محلّ نظر، لعدم كونه تصرّفًا، والله العالم.

مسأله: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، [١] وقد تقدّم ما الشرح:

الثمن. ودعوى دلالتها على رضا البائع بالبيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن الرضا على تقدير تحقق البذل وأخذ الثمن لا مطلقاً.

وبتعبير آخر: الضرر الاستقبالي الذي يتدارك بالخيار بعد المطالبة بحاله، ولا دلالة فيها على إغماض البائع عنه كما لا يخفى.

[١] كون الخيار على الفور أو التراخي مبني على أن المرجع عند الشك في لزوم البيع وجوازه في زمان هو عموم «أوفوا بالعقود» (١) أو استصحاب بقاء الخيار أو

ص: ٢٤٢

يصلح أن يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت أن الأقوى الفور. ويمكن أن يقال في خصوص ما نحن فيه: إن ظاهر قوله عليه السلام: «لا بيع له»، نفى البيع رأساً، والأنسب بنفى الحقيقة بعد عدم إرادته نفى الصحة هو نفى لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

ثم على تقدير إهمال النص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا، لأنّ اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج إلى دليل. وليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدم في استصحاب الخيار لأنّ الموضوع مستفاد من النص فراجع. وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوه، إمّا لظهور النص وإمّا للاستصحاب.

الشرح:

لا يرجع إلى شيء منهما، أما العموم لكونه استمرارياً لا-افرادياً، وأما الاستصحاب فلعدم إحراز موضوع الخيار فيرجع إلى استصحاب بقاء المالكين على حالهما بعد الفسخ المشكوك صحته.

ولكن يمكن في المقام للمصنف رحمه الله القول بتراخي الخيار، كما هو مقتضى إطلاق نفى البيع بعد ثلاثه، ولكن يرد عليه أن الأخذ بالإطلاق ينافي ما تقدم منه أنّ الخيار لتدارك الضرر الاستقبالي الحاصل بتأخير القبض والقباض، ومن الظاهر أنّ الضرر في الزمان الثاني حاصل بتركه الفسخ في الزمان الأول ولعله يشير إلى ذلك بقوله فتأمل.

وأما الاستصحاب فلأن الشك في بقاء الخيار في الزمان الثاني من قبيل الشك في المقتضى.

وعلى كل تقدير، فالصحيح الالتزام بالتراخي فإنه مقتضى نفى البيع مطلقاً، فإنه لو كان الخيار على الفور فاللازم تقييد نفيه، ولو بأن يقول «لا بيع يوم الرابع».

ويؤيد ذلك ما ذكرنا سابقاً من أن المذكور في أخبار الباب تحديد للشرط

مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه [١] كان من البائع إجماعاً مستفيضاً، بل متواتراً كما في الرياض. ويدل عليه النبوي المشهور وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». وإطلاقه كعقود الإجماعات يعم ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال. وقد يعارض النبي بقاعده «الملازمه بين النماء والدرك» المستفاده من النص والاستقراء والقاعده المجمع عليها: «بأن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له».

الشرح:

الارتكازي لكل من المتعاقدين ملكه فسخ البيع على تقدير عدم وفاء صاحبه بالعقد.

[١] لو تلف المبيع بعد ثلاثه أيام، وبعد الخيار للبائع يكون ذلك التلف على البائع لكونه قبل القبض كما يشهد له النبوي المنقول عن العامه في بعض كتب الفقه لأصحابنا من قوله صلى الله عليه وآله (١): التلف قبل القبض من مال بائعه. وبعد انجبار ضعفه بعمل المشهور يتعين الأخذ بإطلاقه حيث يعم التلف قبل زمان الخيار وزمانه وبعد الخيار كما إذا اسقط الخيار أو يذلل المشتري الثمن.

لا يقال: يعارض النبي الملازمه المستفاده من الروايات بين كون نماء شيء لشخص ودرك تلفه عليه، كالوارده في بيع الخيار حيث استشهد فيها الإمام عليه السلام لكون نماء المبيع للمشتري بكون تلفه عليه، وكذلك يعارضه قاعده كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

فإنه يقال: ما دل على أنّ تلف المبيع قبل قبض المشتري من مال بائعه أخص بالإضافة إلى قاعده الملازمه، حيث يلتزم بها إلا في مورد كون المبيع بيد بائعه، بل

ص: ٢٤٤

لكن النبويّ أخصّ من القاعده الأولى، فلا معارضه، والقاعده الثانيه لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار ولا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان مع كون التلف بعد القبض.

الشرح:

يمكن أن يقال قاعده الملازمه أنّما تنفي الضمان بالبدل عن الغير لا الضمان الانحلالي كما هو المفروض في التلف قبل القبض.

وما دل على أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا- خيار له لا- عموم فيها، بحيث يعم جميع الخيارات، بل غايته خيارى الحيوان والشرط أو المجلس أيضاً فيما كان خياره لأحدهما فقط، بل لا إطلاق له بحيث يعم قبل القبض بل يختص بما بعد القبض، كما هو المفروض في تلف الحيوان بيد المشتري والمفروض في خيار التأخير وقوع التلف قبل القبض.

أقول: يمكن أن يكون المستند في ضمان تلف قبل القبض السيره العقلانيه الممضاه في الشرع، كما يشهد لذلك معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجهه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه»^(١).

ولكن كون مقتضاها عدم كفايه تسليم المبيع في خروج البائع عن الضمان فيما إذا امتنع المشتري من قبض المتاع مع تسليم البائع، ولو مع عدم قبض الثمن، بأن كان ترك المتاع عند البائع بغير رضاه لا يخلو عن التأمل.

ص: ٢٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار .

ولو تلف في الثلاثة، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، وعن الخلاف: الإجماع عليه. خلافاً لجماعه من القدماء منهم المفيد والسيدان مدعين عليه الإجماع، وهو مع قاعده «ضمان المالك لماله»، يصح حجة لهذا القول. لكن الإجماع معارض بل موهون، والقاعده مخصّصة بالنبويّ المذكور المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى روايه عقبه بن خالد: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ الشرح:

وقد ظهر مما تقدم أنه لا فرق في ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض بين كونه في الثلاثة أم بعدها، ومع تحقق القبض يكون تلفه على المشتري من غير فرق أيضاً بين الثلاثة أم بعدها، إلا أنه يظهر من المحكى عن الشيخ (1) في المختلف التفصيل، وهو: أنه إذا كان التلف في الثلاثة، فإن كان قبل القبض فهو من مال البائع، وإن كان بعده فهو من مال المشتري، وأما إذا كان التلف بعد الثلاثة فضمن تلفه على البائع لأن الخيار له.

وأورد على ذلك في المختلف (2): بأنه مع القبض لا يكون للبائع خيار بعد الثلاثة.

وذكر المصنف رحمه الله: أن تعليقه الضمان على البائع بكون الخيار له قرينه على أن التلف بعد الثلاثة مفروض مع عدم قبض المتاع.

أقول: التعليل لا يناسب الحكم لأن ضمان البائع المتاع قبل الثلاثة أو بعدها، كما ذكرنا لكون التلف قبل القبض وخيار البائع بعد الثلاثة لو لم يكن مقتضياً لكون الضمان على المشتري فلا أقل من عدم كونه مقتضياً للضمان على البائع.

ص: ٢٤٦

١- (١) النهاية: ٣٨٥ ٥٨٦ .

٢- (٢) المختلف ٥ : ٦٩ ٧٠ .

إليه حقّه». ولو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمن البائع مبنئاً على ارتفاع الضمان بذلك، وهو الأقوى. قال الشيخ في النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع، فإنّ العقد موقوفٌ ثلاثة أيام، فإن جاء المبتاع في مدّه ثلاثة أيّام كان المبيع له، وإن مضت ثلاثة أيّام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيّام ولم يكن قبضه إيّاه كان من مال البائع دون المبتاع، وإن كان قبضه إيّاه ثم هلك في مدّه الثلاثة أيّام كان من مال المبتاع، وإن هلك بعد الثلاثة أيّام كان من مال البائع على كلّ حال، انتهى المحكّي في المختلف. وقال بعد الحكاياه: وفيه نظرٌ، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

أقول: كأنّه جعل الفقرة الثالثة مقابلهً للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كلّ حال» لكنّ التعميم مع أنّه خلاف الإجماع

الشرح:

نعم عن الأيرواني (1) قدس سره توجيه العبارة: بأنّ الحكم المزبور مبنئ على مسلكه من عدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل بالعقد أو المنفصل عنه.

وعلى ذلك فإن حصل قبض المتاع في الثلاثة فلا يكون البيع خيارياً، فيكون ضمان المبيع لكونه بعد القبض على مالكة الفعلي، أي المشتري بخلاف ما إذا لم يحصل القبض فيما يكون البيع خيارياً، ويكون تلف المبيع عن مالكة، وهو البائع.

وفيه: أنّ هذا التوجيه أيضاً غير صحيح لأن المذكور في عبارته الشيخ فرض التلف في الثلاثة تاره وبعدها أخرى لا فرض القبض في الثلاثة تاره، وقبض المبيع بعدها أخرى فالتوجيه على تقديره يجري في الثاني لا الأول.

ص: ٢٤٧

منافٍ لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأنَّ الخيار له بعد الثلاثة أيام» فإنَّ من المعلوم أنَّ الخيار إنَّما يكون له مع عدم القبض، فبدل ذلك على أنَّ الحكم المعلَّل مفروضٌ فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه [١] فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل، وإلا فلا بيع له، كما في مرسله محمَّد بن أبي حمزه. والمراد من نفى البيع نفى لزومه. ويدلُّ عليه قاعده «نفى الضرر»، فإنَّ البائع ضامنٌ للمبيع ممنوعٌ عن التصرّف فيه محرومٌ عن الثمن. ومن هنا يمكن تعديده الحكم إلى كلِّ موردٍ يتحقَّق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النصِّ، كما إذا كان المبيع ممَّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع. الشرح:

[١] المشهور على أنه لو اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل فهو، وإلا فلا بيع له. ويستدل على ذلك بمرسله محمد بن أبي حمزه عمَّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام «في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له» (١). ومرسله حسن بن رباط على ما في الفقيه، ولكن أسندها في الوسائل إلى زراره عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «العهد في ما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل» (٢).

والظاهر بقريته التمثيل أن المراد بالفساد زوال طراوته بالمبيته، ولو في بعض أيام السنه لشده الحراره في تلك الأيام، فيكون الإمهال فيها إلى الليل بمعنى أن للبائع بعده خيار، وهذا فيما إذا كان في الليل أيضاً سوق ليتيسر له بيعه بعد الفسخ.

ص: ٢٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٤ ، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٥ ، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢ ، والفقيه ٣ : ١٢٧ / ٥٥٥ .

لكن ظاهر النصّ يوهم خلاف ما ذكرنا، لأنّ الموضوع فيه «ما يفسد من يومه» والحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل اللّيل، فيكون الخيار في أوّل أزمته الفساد، ومن المعلوم أنّ الخيار حينئذٍ لا يجدى للبائع شيئاً، لكن المراد من «اليوم» اليوم وليله، فالمعنى: أنّه لا يبقى على صفه الصّلاح أزيد من يوم بليته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول اللّيل، فإذا فسخ البائع أوّل اللّيل أمكن له الانتفاع به وببدله، ولأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ «خيار ما يفسده المبيت» وأنّه ثابت عند دخول اللّيل، وفي معقد إجماع الغنيه: أنّ على البائع الصبر يوماً ثمّ هو بالخيار. وفي محكّي الوسيله: أنّ خيار الفواكه للبائع، فإذا مرّ على المبيع يومٌ ولم يقبض المبتاع، كان البائع بالخيار. ونحوها عبارته جامع الشرائع. نعم، عبارات جماعه من

الشرح:

وفي الأمكنه التي ينتهي السوق فيها بدخول اللّيل أو بزوال الشمس لا يبعد الخيار للبائع في آخر أزمته السوق لسيره الجاربه بين العقلاء على ذلك، وهذه السيره هي العمده حيث يحتمل جداً أن يكون ثبوتها وجهاً لعمل المشهور بالروايتين مع ضعفهما بالإرسال.

وعليه يكون الملاك في ثبوت الخيار للبائع فوت السوق في البيع الذي يفسده المبيت، بمعنى يثبت للبائع في آخر أزمته انتهاء السوق خيار الفسخ.

بل لا يبعد أن يكون مجرد انتهاء السوق موجباً للخيار له، وإن لم يكن المبيت موجباً لفساده.

والمراد بانتهاء السوق عدم التمكن من بيعه بالثمن الذي يباع به في ذلك الزمان، فإن العبره في بناء العقلاء مجيء المشتري بالثمن قبل انتهاء السوق فيما كان عدم مجيئه وبقاء المبيع عند بايعه عرضه لتنزّل قيمته بانتهاء السوق أو طرؤ الفساد عليه، بل ومع وعسر بيعه بعد ذلك، وإن لم يفسد ولم يتنزّل قيمته السوقيه.

ص: ٢٤٩

الأصحاب لا- يخلو عن اختلالٍ في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. وأحسن تلك العبارات عبارته الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى روايه زراره، قال: «العهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يومٌ إلى الليل» فإن المراد بالعهد عهده البائع.

وقال في النهايه: و إذا باع الإنسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخُضَر وغيرها، ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم، وإلا فلا بيع له، انتهى. ونحوها عبارته السرائر.

والظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض والإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم.

وأما المتأخرون، فظاهر أكثرهم يوهّم كون الليل غايه للخيار، وإن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً ومن عبّر بأنّ الخيار إلى الليل، ولم يُعلم وجهٌ صحيحٌ

الشرح:

وليس المدرك لهذا الخيار قاعده «نفي الضرر»^(١) ليقال أنها لا تثبت الخيار أو أن فوات السوق من قبيل فوت النفع لا الضرر.

ثم إن المراد من كون عهده البائع يوماً ليس هو اليوم الكامل، بل ينتهي عهده بدخول الليل سواء كان البيع في أول اليوم أو أثناءه بقريته أن المبيت بالمبيع هو الموجب لثبوت الخيار بخلاف ثلاثة أيام في غير ما يفسده المبيع، فإن ظاهر ثلاثة أيام الثلاثة التامه المتصله، وليس فيه قرينه على رفع اليد عن هذا الظهور.

نعم يكفي في الثلاثة التلفيق كما في سائر الموضوعات المقدره بالأيام كأقل

ص: ٢٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعه عبارته الشيخ في النهايه، لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، وأن له تأخير القبض والإقباض. وهذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطاحوا عليه لفظ «الخيار» فلا يحسن المتابعه هنا في التعبير، والأولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنه فرد من أفرادها، كما هو صريح عنوان الغنيه وغيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصى أو ما فى حكمه كالصاع من الصبره، وقد عرفت هناك أن التأمل فى الأدله والفتاوى يشرف على القطع بالاختصاص أيضاً.

وحكم الهلاك فى اليوم هنا، وفيما بعده حكم المبيع هناك فى كونه من البائع فى الحالين. ولازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به فى الغنيه حيث جعله قبل الليل من المشتري.

ثم إن المراد بالفساد فى النص والفتوى ليس الفساد الحقيقى، لأن موردهما هو الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك، بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث فى هذه الأمور بسبب المبيت، ولو لم يحدث فى البيع إلا فوات السوق، ففى إلحاقه بتغير العين وجهان: من كونه ضرراً، ومن إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً.

الشرح:

الحيض وعشره الإقامه وغيرهما، وحيث إن ظاهر اليوم بياض النهار فيكون الليالى المتوسطه داخله بلحاظ الإستمرار على ما تعرضنا لذلك فى بعض المباحث السابقه.

ص: ٢٥١

خيار الرؤية والدليل عليه

والمراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه فيه [١] المتبايعان. ويدلّ عليه قبل الإجماع المحقّق والمستفيض : حديث نفي الضرر. واستدلّ عليه أيضاً بأخبارٍ منها: صحيحه جميل بن درّاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى ضيعهً وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال

الشرح:

[١] ظاهر عنوان المسأله كما ذكر المصنف رحمه الله أن خيار الرؤية من أفراد خيار تخلف الشرط، حيث إن اشتراط وصف في المبيع، بمعنى جعل الخيار على تقدير تخلف ذلك الوصف.

وعلى ذلك فيكون ثبوت الخيار في الفرض مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، لا قاعده «نفي الضرر» (٢)، بل كما ذكرنا سابقاً أن نفي الضرر مقتضاه نفي صحه البيع ومع اشتراط الخيار فيه لا يناسب الإمتنان رفعها.

وأما الاستدلال بصحيحه جميل بن دراج (٣) فلا- يناسب خيار تخلف الشرط، فإن ظاهرها عدم اشتراط وصف في شراء تلك الضيعه وإلا لكان للمشتري الفسخ أخذا بشرطه من غير أن يطلب من بائعها الإقاله.

لا يقال: لو لم يكن في البين اشتراط الوصف لكان البيع بعدم مشاهده تمام المبيع غررياً.

فإنه يقال: الظاهر أن المشتري اعتقد بحال الضيعه بالورود والخروج منها، ولذا يرى لزوم البيع فطلب من صاحبها الإقاله.

ص: ٢٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

صار إلى الضيعه فقلبها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقله، فقال أبو عبدالله عليه السلام: إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسع وتسعين قطعته ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية». ولا بد من حملها على صورته يصح معها بيع الضيعه، إنا بوصف القطعه الغير المرئيه، أو بدلاله ما رآه منها على ما لم يره. وقد يستدل أيضاً بصحيحه زيد الشحام قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القضايين من قبل أن يخرج السهم، فقال عليه السلام: لا يشتر شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً الشرح:

والحاصل: أن ظاهر الصحيحه أن خيار الرؤية حكم شرعى يترتب على شراء شيء بدون مشاهدته أصلاً، أو تماماً فيما كان ذلك الشيء يباع بالمشاهده بأن اكتفى فى شرائه بالتوصيف أو إحراز حاله بمشاهده بعضه.

لا- يقال: يحتمل أن يكون المراد بالخيار فى الروايه الاختيار فى الشراء وعدمه، بمعنى أن البيع السابق محكوم بالبطلان لعدم مشاهده تمام المبيع، وليس بمعنى حق فسخ البيع وإقراره كما هو المعروف فى خيار الحيوان والمجلس وغيرهما. ويأتى أن الخيار بمعنى بقاء اختيار الشراء وعدمه هو المراد من صحيحه زيد الشحام(١).

فإنه يقال: لا يحتمل ذلك فى صحيحه جميل(٢)، فإنه إذا نظر المشتري إلى تسع وتسعين جزء من الصنيعه واعتقد حالها فلا موجب لبطلان البيع، حيث يكفى هذا المقدار فى خروج شراء تمامها عن الغرر.

ولو فرض أنه لم يعتقد بحال القطعه التى لم يشاهدها لكان البيع بالإضافه إلى تلك القطعه باطلاً؛ لانحلال البيع بالإضافه إلى قطائنها، كما لا يخفى فىكون المشتري مخيراً بين إمضاء البيع بالإضافه إلى القطع التى رآها وبين فسخه، لا مخيراً بين شرائها

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) مَرَّتْ آناً .

فهو بالخيار إذا خرج». قال في الحقائق: وتوضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب وهو مجهول قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمه... الخبر».

الشرح:

تمامها وترك شرائها، كما هو مقتضى الرواية لظهور إسم الإشارة من قوله عليه السلام: «لكان له في ذلك»^(١)، في الإشارة إلى شراء الصنيعه الذي وقع السؤال عن طلب الاستقالة فيه وعدم إجابته البائع بالموافقه، ومفاد الجواب أنه لا حاجة إلى الإقالة فإن للمشتري لعدم رؤيته تمام المبيع الخيار في الشراء.

ويظهر من صاحب الوسائل قدس سره أنه استظهر خيار الرؤية من صحيحه زيد الشحام أيضاً، حيث أوردها في الباب الذي عنوانه بخيار الرؤية «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»^(٢).

ولكن لا يخفى أنه لو كان المراد شراء السهم المشاع قبل إفرازه وتعيينه فلا مانع عنه ويكفي في جوازه مشاهدته الكلي ومعلومته السهم، وفي الفرض وإن ثبت للمشتري خيار الحيوان، إلا أنه من حين الشراء لا من حين خروج السهم وتعيينه خارجاً فظاهر الرواية لا يناسب الفرض.

وإن أُريد شراء السهم الخارج قبل خروجه وتعيينه خارجاً، فهذا الشراء باعتبار عدم تعيين السهم حال البيع من شراء الفرد المجهول فيكون محكوماً بالبطلان، وظاهر

ص: ٢٥٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٨ ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

أقول: لم يُعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأنَّ المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، وإن اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين، وهو باطل، وعلى الصَّحَّه فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. ويمكن حمله على شراء عددٍ معينٍ نظير الصاع من الصبره [١] ويكون له خيار

الشرح:

الروايه ذلك حيث نهى عليه السلام عن شراء السهم قبل خروجه أولاً، ثم ذكر أنه لو اشترى يكون له الخيار حين خرج فيكون المراد من الخيار الاختيار فى الشراء وتركه.

وأما صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب (١)، فلا ترتبط بخيار الرؤية ولا بالمراد من صحيحه زيد بل مدلولها عدم كفايه تعيين السهم خارجاً بالنحو المزبور، بل لا بد فيه من تعديل السهام أولاً ثم إخراجها ولو بالقرعه.

[١] أقول: تصوير البيع بنحو الكلى فى المعين يجرى فى الجملة التى تكون متساويه الأجزاء. وأما فى مثل الحيوان مما يختلف أفراده عاده بحسب قيمه فتصوير بيع الكلى فى المعين لا يكون بتعيين العدد بل بتعيين نسبه قيمه المبيع إلى المجموع، كما إذا باع من قطيع غنم عددها مئه مقداراً من الغنم يكون قيمه ذلك المقدار بالإضافة إلى مجموع قيمه القطيع عشراً، ومثل هذا البيع محكوم بالصحه ويثبت فيه خيار الحيوان للمشتري، ولكن من حين البيع لا من حين تعيين المقدار المبيع خارجاً، بل لو عين البائع فرداً لا يدخل ذلك الفرد فى عنوان المبيع كان للمشتري استرداد ذلك الخارج وطلب تعيين الفرد المنطبق عليه عنوان المبيع، كما هو الحال كذلك فى بيع الكلى على العهده، ودفع البائع فرداً لا ينطبق عليه عنوان المبيع على العهده.

نعم لو شاهد سابقاً الجملة وبعد شراء الكلى فى المعين رأى تمام الجملة أنها تغيرت عن الرؤية السابقه يكون له خيار الرؤية.

ص: ٢٥٥

اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة

الحيوان إذا خرج السهم. ثم إن صحَّحه جميل مختصَّه بالمشتري [١] والظاهر الاتفاق على أنَّ هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف.

وحكى عن بعض: أنه يحتمل في صحَّحه جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذٍ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. ولا يخفى بعده، وأبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذٍ، والله العالم.

مسأله: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه.

والمعروف أنه يشترط في صحَّته ذكر أوصاف المبيع [٢] التي يرتفع بها

الشرح:

وبذلك يظهر أنه لا يختص خيار الرؤية بالعين الشخصيه بل يجري في الكلى في المعين في بعض الموارد.

[١] لرجوع الضمائر في السؤال والجواب إلى الرجل المفروض في الروايه (١) أنه اشترى الصنيعه، وإرجاعها إلى بائعها خلاف الظاهر، لعدم ذكر البائع في السؤال قبل الضمائر.

والحاصل: احتمال أن البائع هو الذى باع الصنيعه من غير مشاهدته كلها بعيد، وأبعد من ذلك دعوى احتمال أن الخيار في الصحَّحه يعم كلاً من البائع والمشتري، ووجه الأبعديه أن الوارد فيها الخيار لمن فرض السائل عدم رؤيته تمام الصنيعه لا لكل من لم ير تمام الصنيعه سواء كان بائعاً أو مشترياً.

[٢] يعتبر عند المشهور في بيع العين الغائبه ذكر أوصاف تلك العين بحيث يرتفع الغرر عن البيع.

ص: ٢٥٦

الجهالة الموجبه للغرر، إذ لولاها لكان غرراً. وعبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيله وجامع المقاصد وغيرهما. وآخر بما يعتبر في صحه السلم. وآخرون كالشيخين والحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه. والظاهر أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكفى في السلم عندنا. وعنه في موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحه بيع الغائبه وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع، ويجب ذكر اللفظ الدال على الجنس. ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز، وذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الأثمان الشرح:

وعبر في بعض الكلمات بذكر الأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع الشيء مسلماً (١)، وفي بعضها الآخر بذكر الأوصاف التي يختلف قيمه الشيء بها (٢) كما يذكر في بعضها ذكر الصفه (٣)، والمراد من جميع ذلك واحد.

ولذا ادعى الإجماع على كل منها قال في التذكرة: يعتبر في بيع الشيء الغائب وصفه بما يكفى في بيع السلم عندنا (٤) (٥) جامع المقاصد ٤ : ٣٠١ (٥). وفي موضع آخر منها: أنه يعتبر في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع (٥)، وذلك بذكر الجنس وسائر الاوصاف التي يختلف بها قيمه الشيء ويطرأ الجهالة بعدم تعيين تلك الأوصاف. وفي جامع المقاصد (٦): يعتبر ذكر الاوصاف التي يختلف بها قيمه الشيء

ص: ٢٥٧

١- (١) كما في التذكرة ١ : ٤٦٧ و ٥٢٤، والنهايه ٢ : ٤٩٩ ٥٠٠، ومفتاح الكرامه ٤ : ٢٩٠ ٢٩١ .

٢- (٢) كما في الوسيله: ٢٤٠، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠١، والمسالك ٣ : ٢١٩، ومجمع الفائده ٨ : ٤١٠، والحدائق ١٩ : ٥٨ .

٣- (٣) كما في المقنعه: ٥٩٤ و ٦٠٩، والمبسوط ٢ : ٧٦، والسرائر ٢ : ٤١ .

٤- (٤) و

٥- راجع التذكرة ١ : ٤٦٧ و ٥٢٣ .

باختلافها ويتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى. وفي جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كل وصفٍ تتفاوت الرغبات بشوته وانتفائه وتتفاوت به قيمه تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى. وربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفايه ذكر أوصاف السلم من جهة أنه الشرح:

و فرع على ذلك ذكر الأوصاف بما يكفى فى بيع الشىء سلماً.

ثم إن المصنف قدس سره قد أورد فى المقام إشكالات خمسة وأجاب عنها.

الأول: أن الجمع بين قولهم: يعتبر فى بيع الشىء غائباً ذكر تمام الأوصاف التى يختلف بها قيمه الشىء مع قولهم: يكفى فى بيع الشىء الغائب ذكر الأوصاف التى يكفى فى بيع الشىء سلماً، لا يخلو عن تناقض وذلك فإنهم ذكروا: أنه لا يعتبر فى بيع الشىء سلماً ذكر تمام الأوصاف بحيث يوجب اعتبار جميعها ندره وجود المبيع أو لتعذر استقصاء الأوصاف، وذكر تمام الأوصاف فى بيع الشىء الغائب لا يوجب محذوراً لفرض وجوده فعلاً فى الخارج فيمكن استقصاء أوصافه.

وأجاب عن هذا الإشكال بأنه يحتمل أن يكون مرادهم ذكر الأوصاف التى يعتبر فى بيع الشىء سلماً، لولا المحذور المزبور ويكون ذلك المحذور موجباً للمسامحة فى بيع الشىء سلماً بحيث يعتبر فيه ذكر عمده الأوصاف، بل يمكن أن يقال: أن تمام الأوصاف التى يختلف بها قيمه الشىء فى بيعه غائباً ليخرج بيعه عن الغرر معتبر فى بيع الشىء سلماً أيضاً، لأن الغرر فى البيع مبطل له من غير فرق بين السلم وغيره فلا وجه للإلغاء اعتبار ذكرها فى السلم حتى فيما تعذر استقصائها ومعنى اعتبار الاستقصاء حتى فى حاله تعذره بطلان البيع لعدم التمكن على شرط البيع، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يضبط أوصافه.

الإشكال الثانى: الظاهر عدم اعتبار ذكر تمام الأوصاف التى تختلف بها قيمه

قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق. وهذا المانع مفقودٌ فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السِّلْم: لا يشترط وصف كلِّ عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصوده وإن تفاوت به الغرض والقيمه، لإفضائه إلى عزه الوجود، انتهى.

الشرح:

الشيء في بيعه غائباً لأن تلك الأوصاف كثيره لا تستقصى عاده خصوصاً في العبد والأمه حيث إن أوصاف الكمال المختلف بها قيمتها لا- تنحصر بعدد، وإذا لم يستقص تلك الأوصاف يكون بيع الغائب غريباً خصوصاً بملاحظه أن الغرر عرفاً أخص من الغرر شرعاً بمعنى أنه ربما لا- يكون في بيع الشيء غرر عرفاً مع تحقق الغرر فيه شرعاً، كما إذا باع الشيء سلماً وعين وقت الإقباض بزمان الحصاد.

الإشكال الثالث: أنه لا يعتبر في بيع الشيء الحاضر الذي يباع بالمشاهده، كالحيوان والأمه ونحوهما الاطلاع على تمام أوصافها التي تختلف بها قيمتها وإلا لما جاز بيعها بالمشاهده إلا ممن يكون من أهل خبره ذلك الشيء المشاهد، وإذا لم يعتبر في بيع العين الحاضره العلم بتمام تلك الأوصاف فكيف يعتبر في بيع الشيء غائباً بل في بيعه سلماً.

وأجاب عن جميع الإشكالات الثلاثة: بأنه يعتبر في بيع الشيء عدم الغرر فيه عرفاً، وإذا شوهدت العين أو وصفت بعمده أوصافها لا يكون في بيعها غرر عرفاً، وكذا الحال في بيع الشيء سلماً.

وكلما دل الشرع على اعتبار أمر زائد على عدم الغرر العرفي فيؤخذ به في ذلك المورد، كما إذا دل على اعتبار تعيين زمان الإقباض بالأيام والشهر لا بالحصاد ونحوه، ويتمسك في غيره بإطلاق حل البيع وعدم الغرر فيه عرفاً ويكون نتيجة ذلك اعتبار ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبه؛ بل في بيع الشيء سلماً بتوصيفه بما يكون وسطاً

ص: ٢٥٩

وقال فى السلم فى الأحجار المتخذة للبناء: إنه يذكر نوعها ولونها ويصف عظمها، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعدّر التحقيق.

ويمكن أن يقال: إن المراد ما يعتبر فى السلم فى حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فى بعض أفراد السلم، وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أن الاستقصاء فى الأوصاف شرط فى السلم غير مقيّد بحال التمكن، فتعدّره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، وتام الكلام فى محلّه.

ثم إن الأوصاف التى يختلف الثمن من أجلها غير محصوره، خصوصاً فى العبيد والإماء، فإن مراتبهم الكماله التى تختلف بها أثمانهم غير محصوره جدّاً، والاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالته على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، لانتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفى أخص من الشرعى.

الشرح:

بين الاجمال والتفصيل.

الإشكال الرابع: إنه إن أخذت الأوصاف فى ناحيه المبيع بأن قيد بها فيحكم بفساد البيع للجهل بوجود المبيع المزبور خارجاً، وإن لم تؤخذ فى المبيع فالبطلان باعتبار الجهل بأوصافها.

ولكن هذا الإشكال أيضاً مندفع بما تقدم من أنه لا معنى لأخذ الأوصاف غير المقومه فى ناحيه المبيع إلا الاشرط أى جعل الخيار على تقدير فقدها، وما هو قابل للتقييد هو الكلى دون العين الخارجيه، فلا يوجب أخذها فى المبيع الجهل بوجود المبيع.

ص: ٢٦٠

وكيف كان، فالمسألة لا تخلو عن إشكالٍ. وأشكل من ذلك أنّ الظاهر أنّ الوصف يقوم مقام الرؤية المتحقّقه في بيع العين الحاضره، وعلى هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتمره في العين الغائبه ممّا يختلف الثمن باختلافه. قال في التذكره: يشترط رؤيه ما هو مقصودٌ بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضره لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهاله، انتهى.

وحاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهده على ما يعتبر في صحّه السلم وبيع الغائب. ومن المعلوم من السيره عدم اعتبار الاطلاع بالرؤيه على جميع الصفات المعتمره في السلم وبيع العين الغائبه، فإنّه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهده على سنّ الجاربه، بل ولا على نوعها ولا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبه كمالها الإنساني المطلوبه في الجوارى المبذول بإزائها الأموال، ويبعد كلّ البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهده، بل يلزم من ذلك عدم صحّه شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعه إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبه إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصيرٍ عارفٍ بها.

ولا أجد في المسأله أوثق من أن يقال: إنّ المعتمر هو الغرر العرفي في العين الحاضره والغائبه الموصوفه، فإن دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبره أخذ به. وليس فيما ادّعه العلامة في التذكره من الإجماع حجّة، مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في أوّل مسأله اشتراط العلم بالعوضين: إنّّه أجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما الذي مَلِكُكُ بإزاء ما بذل فينتفى الغرر، فلا يصحّ بيع العين الغائبه ما لم يتقدّم رؤيه أو يوصف وصفاً يرفع الجهاله، انتهى. ولا ريب أنّ المراد بمعرفه ما مَلِكُكُ معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي

ثم إنّه يمكن الاستشكال في صحّحه هذا العقد بأنّ ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً، لأنّ الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود، لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج والغرر فيه أعظم. ويمكن أن يقال: إنّ أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا وكذا، ولا- غرر فيه حينئذٍ عرفاً. وقد صرّح في النهاية والمسالك في مسأله ما لو رأى المبيع ثمّ تغير عمّا رآه: أنّ الرّؤية بمنزلة الاشتراط. ولازمه كون الوصف القائم مقام الرّؤية اشتراطاً. ويمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره بأنّ صفات المبيع بالصفات المذكوره، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل والوزن، ولذا ذكروا أنّه يجوز مع جهل المتبايعين بصفه العين الغائبه المبايعة بوصفٍ ثالثٍ لهما. وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبه مع اعتبار الصفات الرافعه للجهاله، ولا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعيّن الحكم بجوازه، مضافاً إلى الإجماع عليه ممّن عدا بعض العامه.

ثمّ إنّ الخيار بين الرّد والإمساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب. وصريح السرائر: تخييره بين الرّد والإمساك بالأرش وأنّه لا يجبر على أحدهما. ويضعّف بأنّه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخلٌ في الصحّحه توجّه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب، لا- خيار رّؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً. وسيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحّحه.

وأضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعه والنهيه والمراسم: من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف. لكن الموجود في المقنعه والنهيه أنّه: «إن لم

يكن على الوصف كان البيع مردوداً» ولا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد، لا- الباطل فعلاً. وقد عبّر في النهايه عن خيار الغبن بذلك فقال: ولا- بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً. وعلى تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه، لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً، عدا ما فى مجمع البرهان، وحاصله: وقوع العقد على شىء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود والموجود غير معقود عليه.

ويضعف: بأن محلّ الكلام فى تخلف الأوصاف التى لا- توجب مغايره الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذه فيه، لا- أنه مغاير للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقه المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف فى البطلان ولو أخذ فى عباره العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعثك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان حماراً وحشياً. إلا أن يقال: إن الموجود وإن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فقد ما بُنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغى بطلان البيع، ولذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً فى المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلا- لم يوجب فساد فساد العقد، بل غايه الأمر ثبوت الخيار. ومن هنا يظهر: أن دفع ما ذكر فى وجه البطلان الذى جعله المحقق الأردبيلى موافقاً للقاعده، واحتمله العلامة رحمه الله فى النهايه فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات والوصف المعين فى الشخصيات وبين الوصف الذاتى والعرضى، وأن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشاره والوصف والإشاره أقوى مجازفة لا محصل لها. وأما كون الإشاره أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن

اعتباراً بالوصف، فينبغي لزوم العقد وإثبات الخيار من جهه كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلي حتى يتقوم به، وكونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق. ويمكن أن يقال: إنَّ الاستفادة من النصوص والإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفه الصفه المقصوده الغير المقومه للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح، ومنه المصراه. وكالحكم في النص والفتوى بتبعض الصفقه إذا باع ما يملك وما لم يملك وغير ذلك، فتأمل.

نعم هنا إشكال آخر من جهه تشخيص الوصف الداخلى فى الحقيقه عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، والخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنَّ الظاهر دخول المذكوره والأنوثة فى المماليك فى حقيقه المبيع لا فى مثل الغنم، وكذا الرومى والزنجى حقيقتان عرفاً، وربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس، وكذا لو باعه خلّ الزبيب فبان من التمر. ويمكن إحاله اتحاد الجنس ومغايرته على العرف وإن خالف ضابطه التغاير المذكوره فى باب الربا، فتأمل.

مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوراً [١] بل نسب إلى ظاهر الشرح:

[١] ذكر قدس سره: أن خيار الرؤية عند الأكثر على الفور ومنسوب إلى ظاهر الأصحاب (١) بل فى التذكرة: عدم الخلاف فى فوريته عند المسلمين إلا ابن حنبل حيث جعل امتداده بامتداد مجلس الرؤية (٢) واحتمله فى نهايه الاحكام (٣). ولا يعرف

ص: ٢٦٤

١- (١) نسبه فى الحدائق ١٩ : ٥٩ إلى ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٦٧ .

٣- (٣) نهايه الاحكام ٢ : ٥٠٨ .

الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتدداً بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية، واحتمله فى نهايه الأحكام. ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار فى مخالفه لزوم العقد على الشرح: وجه للالتزام بفوريته إلا الاقتصار فى رفع اصاله لزوم العقد بالقدر المتيقن.

وعلى ذلك فيرد على القائلين بالتراخي فى خيارى العيب والغبن بأن التفكيك بينهما وبين خيار الرؤية بالأخذ باصالة اللزوم فى خيار الرؤية بالإضافة إلى غير القدر المتيقن دونهما بلا وجه، مع أن ملاحظه صحيحه جميل^(١) المتقدمه مقتضاه الالتزام بالتراخي فى خيار الرؤية حيث لم يقيد فيها عليه السلام خيار الرؤية بمداه.

ثم ذكر أن دعوى الإطلاق فى الصحيحه لا تصح بناءً على ما تقدم من أن الخيار فى المقام بملاك نفي الضرر وكون لزوم البيع ضرورياً والضرر ينتفى بثبوت الخيار فى الزمان الأول ولا يكون الضرر فى الزمان الثانى من لزوم البيع بل من ترك الفسخ فى الزمان الأول، ولذا لا يتمسك فى إثبات التراخي باستصحاب الخيار لارتفاع الموضوع ولا أقل من عدم إحراز بقائه.

أقول: قد تقدم أن خيار الرؤية لا يدور مدار تحقق الضرر على المشتري بل إذا اشترى عيناً غائباً فوجدها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما احرز ما فيها من الوصف يثبت له الخيار سواء كان فى ذلك الشراء ضرر على المشتري أو وجدها على خلاف صلاحه ورغبته فقط.

وذلك فان الخيار لا يثبت بقاعده «نفي الضرر»^(٢) أصلاً، وأن المدرك للخيار فى المقام صحيحه جميل المتقدمه، ولم يذكر فيها عنوان الضرر موضوعاً ولا ملاكاً.

ص: ٢٤٥

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث ، الحديث ١٠ .

المتيقن، ويبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أنّ صحيحه جميل المتقدمه في صدر المسأله مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدّه الخيار فيها على عدم الفوريّه وإن كان خلاف التحقيق، كما تبّهنا عليه في بعض الخيارات المستنده إلى النصّ.

الشرح:

ولا يبعد أن يقال: بأن مقتضى الإطلاق فيها تراخي الخيار.

ودعوى أنها بصدد أصل ثبوت الخيار فقط من غير تعرض لسائر الجهات لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ الأصل في كل خطاب يتضمن الحكم وموضوعه كون المتكلم بصدد بيان ذلك الحكم وموضوعه بتمام قيودها التي منها الزمان.

وبتعبير آخر: تقييد مثل خيار الحيوان في الخطابات بزمان خاص وعدم تقييد مثل خيار الرؤيه به مقتضاها الالتزام بدخل الزمان في الأول دون الثاني.

أضف إلى ذلك ما ذكره السيد اليزدي (1) قدس سره: من أن الحكم في الصحيحه بثبوت خيار الرؤيه للمشتري المفروض فيها لا يمكن إلا بالتراخي في ذلك الخيار، لأن الإمام عليه السلام قد حكم فيها بالخيار للمشتري فعلاً أي بعد ما رأى القطعه التي لم يرها إلى مابعد البيع وبعد استقالته البائع وعدم موافقته على الإقاله وبعد سؤال جميل الإمام عليه السلام عن حكم الشراء المزبور.

نعم دلالتها على التراخي كذلك بالإضافة إلى المشتري المفروض في الروايه حيث كان في الزمان الأول بعد البيع جاهلاً بثبوت خيار الرؤيه له.

ويمكن اختلاف الخيار في الفوريه وعدمها بالإضافة إلى العالم والجاهل بالخيار وعدم كون الجهل بالحكم عذراً بالإضافة إلى مخالفه التكليف والحكم لا بالإضافة إلى

ص: ٢٦٦

وقد بيّنا سابقاً ضعف التمسك بالاستصحاب فى إثبات التراخى وإن استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقه.

الشرح:

اختلاف جعل الحق، ومنه الخيار كما لا يخفى، فما ذكره رحمه الله (١) فى ذيل كلامه من عدم كون الجهل بالفوريه عذراً فتكون مقتضى الصحيحه التراخى فى الخيار مطلقاً ضعيف، لأنه بعد إمكان اختلاف الجاهل بالخيار والعالم به فى الفوريه وعدمها يشكل استفاده الحكم بالتراخى فى حق من كان عالماً بثبوت خيار الرؤيه له، ولكن أحرّ الفسخ ولو مع جهله بفوريته.

ولكن يمكن دفع هذا الإشكال بإطلاق الحكم على المشتري المزبور بأن له خيار الرؤيه حيث لم يقيده عليه السلام بأول زمان علمه بالخيار، بل لا يمكن هذا التقييد كما لا يخفى.

وقد يجاب عما ذكره السيد اليزدى رحمه الله: أن الظاهر من أمثال الصحيحه أنها سؤال عن الحكم لا أنه وقع أمر شخصى أريد السؤال عن حكمه فأصحاب الأئمه عليهم السلام كانت طريقتهم فرض مسائل لأخذ الجواب والثبت فى كتبهم، ولعل كثيراً منها لم تكن واقعه فى الخارج، كما يظهر بالمراجعه إلى الأصول المنقول فيها رواياتهم فلا وجه لما ذكر.

أقول: لم يظهر وجه الجواب فان إرادته السؤال عن الحكم الكلى لازمه أن يعم الجواب الكلى الواقعه المفروضه فى السؤال أيضاً لا أن لا يعم الجواب شخص الواقعه المفروضه فى السؤال، كما لا يخفى.

ومحور كلام السيد اليزدى قدس سره: أنه لو كان خيار الرؤيه بنحو الفور لم يمكن ثبوت الخيار فعلاً للمشتري المفروض فى السؤال.

ص: ٢٦٧

مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره [١] عرفاً على الوجه المتقدم فى خيار الغبن، وبإسقاطه بعد الرؤية، وبالتصرف بعدها، ولو تصرف قبلها ففى سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية، بناءً على أنّ التصرف إسقاطاً فعلى. وفى جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أنّ الرؤية سبب أو كاشف. قال فى التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم،

الشرح:

[١] الأول: ترك مبادره ذى الخيار إلى فسخ البيع على قرار ما تقدم من تركها فى فسخه بخيار الغبن.

أقول: انتهاء الخيار بترك المبادره مبنى على كون خيار الرؤية على الفور، وقد تقدم ضعف ذلك وأنه على التراخى.

الثانى: إسقاطه قولاً بعد الرؤية ووجدان العين على خلاف ما رآها سابقاً فان جواز إسقاطه مقتضى كون الخيار حقاً على ما استفيد من الأخبار الواردة فى خيار الحيوان وغيره، ولا يحتمل كون بعض الخيار حقاً دون البعض الآخر.

الثالث: التصرف فى العين التى رآها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما أحرز لها من الوصف، ولكن هذا التصرف فيما إذا كان مع بقاء الرضا بالمعامله والإغماض عن فسخها حتى فيما بعد يكون إسقاطاً فعلياً، ولا فرق فى نفوذ الإسقاط بين القول والفعل.

وأما إذا كان بغير هذا الداعى فلا دليل على سقوط الخيار به بعدما ذكرنا من أن الخيار حق يتعلق بالمعامله ولا يمنع عن تصرف المتعاملين فيما انتقل إليهما.

نعم قد حكم الشارع فى بعض التصرفات بأنها إسقاط فعلى للخيار كالمس الجارىه والنظر منها إلى ما يحرم على غير المالك والزوج.

والكلام فى المقام فى مطلق التصرف لا فى تلك التصرفات التى لا يبعد القول

لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى. وحكى ذلك عن غيرها أيضاً. وظاهره: أنّ الخيار يحدث بالرؤية، لا أنّه يظهر بها، ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب وهو العقد. ولا يخلو عن قوه.

الشرح:

بأنها مسقطه لخيار الحيوان، ولا يعم سائر الخيارات لاحتمال الخصوصيه في خيار الحيوان. ولذا لا يوجب النظر إلى الأمه المشتره سقوط خيار العيب على ما يأتي.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق في التصرف المسقط بين كونه قبل الرؤية أو بعدها بناءً على ما ذكر من جواز إسقاط الخيار بعد البيع وقبل الرؤية حتى لو قيل بحصول الخيار بالرؤية بأن يكون الرؤية مقوماً لموضوع الخيار لا كاشفاً.

الرابع: إسقاطه قولاً أو فعلاً بعد المعامله وقبل الرؤية.

وقيل: جواز إسقاطه قبل الرؤية مبنى على كون الرؤية كاشفه؛ وأما إذا كانت سبباً فيكون إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب.

وذكر المصنف رحمه الله أنه لو قيل بأن السبب للخيار هو العقد والرؤية شرط لتحقيقه كفى ذلك في إسقاطه حيث يجوز في إسقاط شيء تحقق سببه.

أقول: قد ذكر الرؤية في صحيحه جميل بإضافه الخيار إليها، والإضافه تكفى فيها مناسبه ما ولو باعتبار أن الرؤية غالباً موجب العلم بفقد الأوصاف التي أحرزها المشتري في العين الغائبه أو اعتقد بوجودها فيها، بل الرؤية في أمثال المقام كناية عن العلم المتمحض في الطريقيه، كما في قوله: «إذا رأيت زيدا محتاجاً فأعطه المال».

وبتعبير آخر: مناسبه الحكم والموضوع أن الخيار مترتب على فقد الوصف الذي أحرزه المشتري واعتقده في المبيع الغائب، ولذا لو رأى العين على ما أحرزها لم يكن له خيار مع أنه لم يذكر ذلك في الصحيحه، هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا حدوث الخيار بالرؤية إلا إن إسقاط الحق لا يقابل بإسقاط الأمر

ولو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساد وإفساده للعقد، كما عن العلّامة وجماعه، أو عدمهما، كما عن النهايه وبعض، أو الفساد دون الإفساد وجوه، بل أقوال: من كونه موجباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أنّ الوصف قام مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئياً ولا موصوف. ومن أنّ دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، فإنّ الخيار حكمٌ شرعيٌّ لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهولٍ متزلزلاً، والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفه، فإنّ الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبه على أى صفه كانت، ولو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البراءه من العيوب أيضاً مؤدياً إليه، لأنه بمنزله بيع الشئ صحيحاً أو معيباً بأى عيب كان، الشرح:

الحقيقى والعينى، بل هو كالحق أمر اعتبارى إنشائى، وقد ذكرنا كراراً اعتبار الأمر الاستقبالى وجوداً وسقوطاً أمر ممكن، غايه الأمر يحتاج نفوذه إلى دليل الإمضاء، ودليل الإمضاء فى المقام جواز إسقاطه حال العقد بشرط سقوطه فيه، فانه إذا كان الخيار من الحقوق وجاز إسقاطه قبل تمام العقد باشتراط سقوطه عنه كما يأتى جاز إسقاط ذلك الحق بعده أيضاً حيث لا يحتمل جواز إسقاط الحق فى العقد لا بعده.

الخامس: اشتراط سقوطه فى العقد فان فى هذا الاشتراط أقوال ثلاثه:

الأول: فساد الشرط وفساد البيع به. الثانى: صحه العقد والشرط فلا يكون مع شرط سقوط خيار الرؤيه خيارها فى شراء العين الخارجيه. الثالث: فساد الشرط، ولكن يصح العقد ويثبت فى شرائها خيار الرؤيه كما هو مقتضى فساد الشرط.

وذكر قدس سره فى وجه الأول أن الشرط المزبور يوجب كون البيع غررياً لأن معنى شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بوجود الصفات التى وصفها بها، وأنه يبيع العين الغائبه بأى صفه.

ولا شك أنه غررٌ، وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتماداً على أصالة الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظه الصحة والعيب في المبيع، لأنّ تخالف أفراد الصحيح والمعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، واقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبره في بيع العين الغائبه على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة، لا لجواز إهمالها عند البيع. فحينئذٍ، فإذا شرط البراءه من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف وعدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ وأتباعه: من جواز اشتراط البراءه من العيوب فيما لا- قيمه لمكسوره كالبيض والجوز الفاسدين كذلك، حيث إن مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط الشرح:

وبتعبير آخر: اعتبار الأوصاف في العين كان قائماً مقام مشاهدته العين؛ وإذا ألغى اعتبار الأوصاف كان بيع تلك العين بلا توصيف ورؤيه وهذا يدخل في بيع الغرر.

ووجه القول الثاني: أن خيار الرؤية نظير خيار الحيوان حكم شرعى يترتب على تمام البيع، ومعنى شرط سقوط الخيار الرؤية الالتزام بعدم فسخ البيع، لا- أن العين الغائبه تباع بأى صفة كانت بحيث يوجب الغرر في البيع، وإلا لما صح اشتراط البراءه من العيوب ويكون البيع بها غريباً، لأن اختلاف ماله الشيء باختلاف صحه الشيء وعيبه أفحش من تفاوتها باختلاف سائر الأوصاف.

لا يقال: الرفع للغرر عن البيع في وصف الصحة والعيب ليس هو التوصيف بل الاعتماد على أصالة الصحة بخلاف رفعه في بيع العين الغائبه فانه يكون بالتوصيف، فمع الإغماض عن التوصيف يكون بيعها غريباً بخلاف مسأله البراءه عن العيوب.

فانه يقال: لا فرق في ملاحه الوصف لرفع الغرر عن البيع بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، غايه الأمر ملاحظه وصف الصحة غير محتاج إلى ذكرها في متن

سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بماليه المبيع، ولذا اعترض عليهم الشهيد وأتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط. لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمه، لأنَّ مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأيّ عيبٍ، والغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متّصفاً بأيّ وصفٍ كان. ثمَّ إنّه قد يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتّى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنّه إسقاطٌ لما لم يتحقّق، بناءً على ما عرفت: من أنّ الخيار إنّما يتحقّق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغوٌ، وفساده من هذه الجهة لا يؤثّر في فساد العقد، فيتعيّن المصير إلى ثالث الأقوال المتقدّمة. لكن الإنصاف: ضعف وجه هذا القول.

الشرح:

العقد بل يكتفى في بيع الشيء صحيحاً الاعتماد على اصاله سلامته، فيكون معنى البراءة عن العيوب بيع الشيء صحيحاً كان أو فاسداً، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن الشيخ وأتباعه^(١): من جواز اشتراط البراءة عن العيب فيما لا- قيمه لمكسوره مع العيب كالبيض والجوز الفاسدين؛ ولذا ذكر الشهيد وأتباعه فساد البيع باشتراط البراءة في مثل الجوز والبيض، ولكن مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط البراءة حيث في غيرهما أيضاً.

ووجه القول الثالث: أن شرط سقوط خيار الرؤية لا يوجب الغرر في البيع، فان غايته أن لا يكون له الفسخ على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف إلا أن الخيار في زمان اشتراط سقوطه غير محقق فيكون الاشتراط المزبور من إسقاط ما لم يجب

ص: ٢٧٢

١- (١) الدروس ٣: ١٩٨، وراجع المبسوط ٢: ١٣٨، والوسيلة: ٢٤٧ و ٢٥٥، وإصباح الشيعة: ٢٢٤، والمهذب ١: ٣٩٢.

وأقوى الأقوال أولها، لأنّ دفع الغرر عن هذه المعامله وإن لم يكن لثبوت الخيار، لأنّ الخيار حكمٌ شرعيّ لا دخل له في الغرر العرفيّ المتحقّق في البيع، إلّا أنّه لأجل سبب الخيار، وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحلّ إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنّها إمّا شروطٌ للبيع و إمّا قيودٌ للمبيع كما تقدّم سابقاً واشتراط سقوط الخيار راجعٌ إلى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات وعدمها، والتنافى بين الأمرين واضح.

الشرح:

فلا يصح، ونتيجة ذلك صحة البيع وثبوت خيار الرؤيه على تقدير تخلف الرؤيه عن التوصيف.

ثمّ إنه رحمه الله اختار القول الأول بدعوى أن شرط سقوط الخيار موجب للغرر في البيع، لأن الأوصاف التي تذكر للعين الغائبه؛ اما قيد للبيع، واما قيود للمبيع؛ ومع شرط سقوط الخيار يكون مقتضى العقد وقوع البيع على كل تقدير وعلى أى وصف للعين المزبوره.

والتنافى بين هذا وبين توصيف بائع العين ظاهر بخلاف البراءة عن العيوب، فان التنافى لا مجال له فيها فان رفع الغرر عن البيع في مورد خيار العيب يكون باعتماد المشتري على اصاله الصحه لا- على تعهد البائع وتوصيفه فلا يكون في اشتراط البراءة تناف لتحقق الاعتماد على اصاله الصحه ولو مع براءة البائع.

وعلى ذلك فلو كان الاعتماد في شراء العين الغائبه على أمر آخر غير توصيف البائع كما إذا رأى المشتري العين سابقاً واشتراها بالاعتماد على استصحاب بقائها على حالها أو على توصيف غير البائع يكون اشتراط سقوط خيار الرؤيه نظير مسأله البراءة عن العيوب غير مناف لارتفاع الغرر عن البيع.

ولو فرض أنه لا فرق بين الاعتماد على اصاله الصحه وتوصيف البائع في أن

وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصله الصحّح، لا على تعهّد البائع لانتفائها حتّى ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإنّ البائع يتعهّد لوجودها في المبيع والمشتري يعتمد على هذا التعهّد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاه لذلك.

الشرح:

اشتراط سقوط الخيار في مسأله البراءة عن العيوب ومسأله العين الغائبه يوجب الغرر في البيع فلتتزم بجواز البراءة عن العيوب للنص الوارد فيها ويكون هذا النص مخصصاً للنهي عن بيع الغرر، فان هذا النهي عنه لا يزيد على سائر العمومات التي يرفع اليد عن عمومها بورود المخصص.

أقول: عمدته ما ذكره قدس سره في المقام يرجع إلى أمور ثلاثة:

أحدها: أن الوصف الذي يتعهده البائع للمشتري قيد للبيع أو قيد للمبيع بحيث لا يكون البيع أو المبيع مع عدم ذلك التعهد مطلقاً.

وثانيها: أن كل وصف اعتبر في المبيع بتعهد البائع وتوصيفه لا يمكن فيه شرط سقوط خيار الرؤية لتنافي التوصيف والتعهد مع شرط سقوط الخيار فيكون البيع مع شرط سقوط الخيار غريباً بخلاف ما إذا كان رفع الغرر بغير توصيف البائع وتعهد، كما في خيار العيب فان شرط سقوط الخيار فيه لا يوجب التنافي والدخول في الغرر.

وثالثها: أنه لا يقاس مسأله براءة البائع عن عيوب المبيع بمسأله شرط سقوط خيار الرؤية مع توصيف البائع لينافي شرط سقوط الخيار التوصيف، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك فيمكن الالتزام بأن النهي عن بيع الغرر قد ورد التخصيص عليه في مورد براءة البائع من العيب لورود النص على جوازه وسقوط الخيار معه والنهي

ص: ٢٧٤

نعم، لو شاهده المشتري واشتره معتدلاً على أصله بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفه، كان نظير اشتراط البراءه من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل. والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أماره أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواه باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك. ومما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد وغيره في المنع والجواز بين اشتراط البراءه من الصفات المأخوذه في بيع العين الغائبه وبين اشتراط البراءه من العيوب في العين المشكوك في صحته وفساده.

الشرح:

المزبور لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات.

ولكن لا يخفى أن ذكر البائع الوصف للمبيع وإن يوجب تقييده ولكنه مختص بالكليات لأنها قابله للتقييد؛ ولذا لو باع كلياً موصوفاً ودفع إلى المشتري، ما يكون فاقداً له يكون للمشتري الاستبدال فقط لا خيار الفسخ لأن ما دفعه إلى المشتري ليس فرداً للمبيع ليكون المدفوع وفاءً للبيع، ولكن العين الشخصيه لا يقبل التقييد؛ ولذا يكون الوصف فيه توضيحاً.

وأما نفس الوصف في شيء من القسمين لا يكون قيداً للبيع ولا كان محكوماً بالبطلان للتعليق ولا أقل ينتفى البيع مع عدم ذلك الوصف لا أن يثبت الخيار، فان الخيار حق في فرض ثبوت البيع.

والحاصل: أن الوصف في بيع العين الخارجيه سواء كان بذكر البائع أو بغيره ان أخذ بنحو الشرط فلا يكون قيداً للمبيع كما أنه لا يكون قيداً لنفس البيع.

ص: ٢٧٥

وظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكوره فى العقد فى المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأنّ دفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأن بوجودها ولم يتيقن. والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات وتعهدّها من البائع وعدمه. وظهر أيضاً ضعف ما يقال: من أنّ الأقوى فى محلّ الكلام الصحّ، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، ولو أنّ الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يُجد فى الصحّ ثبوت الخيار، وإلاّ لصحّ ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، وهو معلوم العدم. وإقدامه بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى. توضيح الضعف: أنّ المجدى فى الصحّ ما هو سبب الخيار، وهو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار. وأمّا كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصه فى البيع الغررى. والمسأله موضع إشكال.

الشرح:

نعم قد يقع التعهد به فى المعامله ولا معنى للتعهد به فى بيع العين الشخصيه كما هو الفرض إلاّ ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدمه، وظاهر توصيف البائع العين بوصف ثبوت هذا التعهد عليه.

والمراد بالظهور إطلاق توصيفه وعدم تعقيبه بقوله: ولكن لا خيار لك مع عدم الوصف، فيكون توصيف البائع مع هذا التعقيب كتوصيف ولى البنت فى نكاحها بأنها كذا، فلا منافاه بين التوصيف وعدم الخيار وشرط سقوط الخيار لأنه يكفى فى شرط سقوطه احتمال عدم الوصف ولو احتمالاً ضعيفاً بحيث لا ينافى التوصيف المتضمن للأخبار بالوصف أو يكون شرط سقوط الخيار بداعى أن الوصف وإن يكون موجوداً باعتقاده جزماً إلاّ أنه يحتمل أن المشتري أن يدعى فقده فيكون التحفظ على مؤنه الاختلاف والمحاكمه داعياً له إلى شرط سقوط الخيار.

ص: ٢٧٤

عدم سقوط خيار الرؤيه ببذل التفاوت أو إبدال العين

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت [١] ولا- بإبدال العين، لأنَّ العقد إنَّما وقع على الشخصى، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضهٍ جديده. ولو شرط فى متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس: أنَّ الأقرب الفساد. ولعلَّه لأنَّ البذل المستحقَّ عليه بمقتضى الشرط:

الشرح:

وممَّا ذكرنا يظهر الحال: أن الموجب لثبوت الخيار هو التعهد المعاملى بالوصف ويحصل هذا التعهد ولو كان رفع الغرر فى المعامله باعتماد المشتري على اصاله السلامه أو توصيف الغير أو غير ذلك، وفيما إذا وقعت المعامله مبنيه على التعهد به ولم يعقب بسقوط الخيار على تقدير التخلف يثبت الخيار ولا خيار مع تعقيبها به سواء كان الخيار المشترط سقوطه خيار الشرط أو الرؤيه أو غير ذلك.

نعم قد ذكرنا فيما سبق عدم دوران خيار الرؤيه للتعهد بل هو خيار آخر غير خيار الشرط؛ ولذا يثبت مع عدم توصيف البائع أيضاً كما إذا اشترى العين الغائبه برؤيه سابقه أو توصيف الأجنبى فلا مورد فى مثله لتوهم الغرر مع شرط سقوط الخيار.

وعلى الجملة شرط سقوط خيار الشرط ينافى التعهد بالوصف لا أنه ينافى التوصيف ورفع الغرر يكون بالتوصيف لا بتعهد البائع بالوصف، فلا منافاه بين شرط سقوط خيار الشرط أو غيره وبين توصيف البائع المبيع بوصف أو أوصاف.

[١] لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت بين العين الفاقده للوصف والواجده له بأن ليس له إجبار المشتري على أخذ ذلك التفاوت وإبقاء البيع كما أنه ليس للمشتري إلزام البائع بالبذل المزبور، وكذا الحال فى إبدال المبيع الفاقده للوصف بالعين الواجده له؛ وأما التراضى بالبذل أو الإبدال فهذا أمر آخر ويكون من الإسقاط الخيار بالفعل وقد مرَّ أنه كإسقاطه القولى.

ولو اشترط فى العقد الإبدال على تقدير تخلف الوصف فى صحه العقد

إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضه جديده على تقدير ظهور المخالفه، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفه، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كلُّ منهما معلقٌ على ظهور المخالفه، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك. و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضاً إلى انعقاد معاوضه تعليقته غرريه، لأن المفروض جهاله المبدل. وعلى أى تقدير، فالظاهر عدم مشروعيتيه الشرط المذكور، فيفسد ويفسد العقد.

الشرح:

والشرط أو فسادهما أو صحه العقد دون الشرط أقوال: فانه قد ذكر فى الدروس: أن الأقرب الفساد(١). وقد حملة المصنف رحمه الله على فساد العقد والشرط معاً.

وذكر فى وجهه: أنه لو رجع شرط الإبدال على تقدير تخلف الوصف إلى انفساخ ذلك العقد وانعقاد عقد آخر بين الثمن المزبور والعين الأخرى الواجده للوصف نحو شرط النتيجة، فمن الظاهر أن الشرط لا يحقق الانفساخ ولا انعقاد عقد آخر.

ولو رجع أنه على تقدير تخلف الوصف ينعقد عقد آخر بين العين التى جرى عليه البيع وبين البديل فيكون الشرط أى المشروط انعقاد معاملة أخرى تعليقته غرريه لأن المفروض أنه لا يعلم فعلاً أن العين التى يجرى عليها البيع فاقده للوصف أو واجده له، وهذا الشرط يوجب الغرر فى أصل البيع فيبطل البيع والشرط.

ثم تعرّض لما ذكره صاحب الحدائق رحمه الله فى الرد على الدروس وقال: أنه يظهر مما ذكرنا ضعف الرد. قال فى الحدائق(٢) فى مقام الرد على الدروس ما حاصله: إنه لو أراد الشهيد أن البيع المشروط فيه الإبدال باطل على الإطلاق أى فيما ظهرت العين على الوصف وما ظهرت على خلافه ففيه أنه لا موجب لبطلانه مع ظهور العين على

ص: ٢٧٨

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

٢- (٢) الحدائق ١٩ : ٥٩ .

وبذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق: من الاعتراض على الشهيد قدس سره ، حيث قال بعد نقل عباره الدروس وحكمه بالفساد ما لفظه: إنّ ظاهر كلامه أنّ الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

الشرح:

الوصف بل مقتضى الأخبار المتقدمه أى الأخبار الوارده فى خيار الرؤيه صحه ذلك البيع.

نعم لو ظهرت العين على خلاف الوصف يكون البيع فاسداً لتخلف الوصف ولا يصححه شرط الإبدال لإطلاق الأخبار المشار إليها من أن للمشتري الخيار مع خلاف الوصف، ولعل مراد الشهيد فى الدروس من الفساد فساد الشرط دون البيع، ووجه فساد الشرط عدم ترتب أثر على الشرط المزبور ظهرت العين على الوصف أو على خلافه.

أقول: الظاهر أن صاحب الحدائق رحمه الله قد فهم مما ورد فى خيار الرؤيه بطلان البيع على تقدير تخلف الوصف بأن يكون معنى الخيار فيه اختيار البيع وعدمه؛ ولذا ذكر أنه مع ظهور العين على الوصف لا موجب لبطلان البيع وأنه مع المخالفه يبطل ولا يصححه الشرط المزبور.

وفيه: أولاً: أن صححه جميل المتقدمه ثبوت الخيار بمعناه المعروف؛ وثانياً: أنه لا تعرّض لها لصوره ظهور العين على الوصف فكيف تمسك بإطلاقها.

وأما أصل المسأله أى شرط الإبدال فى البيع فإن كان بنحو شرط الفعل فلا ينبغى الإشكال فى صحه البيع والشرط، بل يكون الإبدال من شرط سقوط خيار الرؤيه فلا يكون للمشتري على تقدير تخلف الوصف إلا المطالبه بالإبدال.

نعم لو امتنع البائع عن الإبدال ولم يمكن إجباره فللمشتري خيار الفسخ لتعذر الشرط.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً للفساد، لعموم الأخبار المتقدمه. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفه، ولا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار في الخيار. والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه. وبالجملة، فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكوره على الإطلاق وجهاً يحمل عليه، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان بنحو شرط النتيجة فان كان المشروط انفساخ البيع وانعقاد معاوضه أخرى بين الثمن والعين الواجده للوصف فالشرط المزبور باطل، لأن شرط الانفساخ في العقد فسخ فعلي للمعامله قبل حصولها، ولا دليل على نفوذه كما أن شرط الإبدال مع الانفساخ شرط ابتدائي لأن بالانفساخ يفسخ المعامله بشرطها ولا يقاس بشرط سقوط الخيار في العقد فان ما دل على شرط سقوط خيار العيب بالبراءه من العيوب في العقد دليل على مشروعيه إسقاط الخيار في العقد فيعمه قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»^(١) بخلاف شرط الانفساخ.

وأما شرط الإبدال بين العين الفاقد له للوصف والواجده له بلا- انفساخ البيع الأول بنحو شرط النتيجة فهو أيضاً باطل فانه من تملك الشئ بعوض أى المبدل قبل تملكه.

وبتعبير آخر: يدخل التملك المزبور في بيع الشئ قبل تملكه فيعمه قوله صلى الله عليه وآله «لا بيع الا في ملك»^(٢) بل في قوله عليه السلام «نهى عن بيعين في بيع»^(٣).

ص: ٢٨٠

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .
 - ٢- (٢) راجع عوالي اللآلى ٢ : ٢٤٧ ، الحديث ١٦ . وفيه: «لا بيع إلا فيما تملك» .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧ ٣٨ ، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ و ٥ .

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد [١] واقع على عين شخصيته موصوفه كالصلح والإجاره، لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفه، فإما أن يحكم بطلان العقد، لما تقدّم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبه. وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار. والأول مخالفٌ لطريقه الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطه في المعقود عليه. والثاني فاسدٌ من جهه أنّ دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقص، ومعلومٌ أنّ عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقده للصفات المشترطه فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم عن بعضٍ أنّ ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً وعملاً بالعقد حتّى يجوز، بل هو تصرفٌ لم يدلّ عليه العقد، فيبطل.

الشرح:

وأما ما ذكر قدس سره في وجه البطلان من أن شرط الإبدال معامله غريره تقديره فلا يمكن المساعدة عليه، لأن المبدل في التمليك بالشرط العين الفاقده للوصف؛ وأما التعليق في التمليك فلا دليل على بطلانه بل الثابت بالإجماع هو التعليق في العقود لا في شروط العقود أيضاً كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن خيار الرؤية على تقدير رجوعه إلى خيار تخلف الوصف المشروط فلا اختصاص لذلك الخيار بالعين المبيعه بل يجري في كل معامله تقبل اشتراط الخيار فيه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن خيار الرؤية خيار تأسيسى يترتب على عدم رؤيه العين الخارجيه زمان بيعها سواء كان شراؤها بالرؤيه السابقه أو بتوصيف ثالث؛ واستفدنا ذلك من صحيحه جميل المتقدمه فلا يمكن التعدى منها إلى غير البيع من سائر المعاملات.

وعلى ذلك فلو كانت المعامله الأخرى المتعلقة بالبيعين الخارجيه الغائبه

والحاصل: أنّ الأمر في ذلك دائرٌ بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأوّل منافٍ لطريقه الأصحاب في غير باب، فتعيّن الثاني.

مسأله: لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته، وقال المشتري: قد اختلفت، ففي التذكرة: قُدّم قول المشتري [١] لأصالة براءة ذمّته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينه. وردّه في المختلف في نظير المسأله بأنّ إقراره بالشراء إقراراً بالاشتغال بالثمن. ويمكن أن يكون مراده براءة الذمّه عدم وجوب تسليمه إلى البائع، بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلن في مدّه الخيار وإن تسلّم الآخر.

الشرح:

بتوصيف مالها فيثبت خيار الشرط، وإلا فلا خيار.

ومما ذكر يظهر الحال في الاستدلال الذي ذكره المصنف رحمه الله على التعدي إلى سائر المعاملات.

[١] لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف الوصف، وقال المشتري: قد اختلف، ذكر في التذكرة (١): يقُدّم قول المشتري لأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن؛ ومعنى تقديم قوله: إنه يثبت له خيار الفسخ بحلفه على عدم تعلق البيع على هذا الموجود بدون ذلك الوصف.

ولكن ذكر في المختلف (٢) تقديم قول البائع لأصالة عدم الخيار ولا مجال لأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن بعد إقراره بوقوع البيع على هذا الموجود ودخول الثمن في ملك البائع سواء تخلف الوصف أم لا.

ص: ٢٨٢

١- (١) التذكرة ١: ٤٦٧.

٢- (٢) المختلف ٥: ٢٩٧.

وكيف كان، فيمكن أن يخدش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمّته بالثمن سواءً اختلف صفه المبيع أم لم يختلف، غايه الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أنّ البائع التزم على نفسه اتّصاف البيع بأوصافٍ مفقوده، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابلٍ للإزالة بفسخ العقد. هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط، إلّا أنّه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشكّ في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفاتٌ مفقوده، أو تعلقه بعينٍ لوحظ فيها الصفات الموجوده أو ما يعتمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه. ومنه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابه العبد، وقد تقدّم توضيح ذلك وبيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسأله ما إذا اختلفا في تغيّر ما شاهدها قبل البيع.

الشرح:

وما قيل (١): من أن المراد من أصله براءة ذمه المشتري عدم وجوب تسليمه إلى البائع حتى ما لو أقبض المبيع بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار ولا يجب تسليم أحدهما ولو مع تسلّم المال من الآخر.

ففيه: أنه لا يجوز الإمساك بمال الغير بلا رضاه، والخيار حق متعلق بالعقد فان فسخ ذو الخيار يكون له استرداد ما انتقل عنه إلى صاحبه وإلا فلا يجوز الاسترداد أو الإمساك به مع تسلّم المال الآخر عن صاحبه.

والأظهر أنه لو رجع خيار الرؤيه إلى خيار تخلف الوصف المشروط كما هو ظاهر المصنف رحمه الله فقد تقدم أن الخيار أثر تعهد البائع بالوصف المفقود والأصل عدم تعهده به.

ص: ٢٨٣

لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول

مسأله: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي [١] كالأول بطل، كما عن المبسوط والقاضى وابن سعيد والعلامة فى كتبه وجامع المقاصد. واستدلّ عليه فى التذكرة وجامع المقاصد: بأنّ بعضه عينٌ حاضرةٌ وبعضه فى الذمّه مجهولٌ. وعن المختلف: صحّته. ولا يحضرنى الآن حتّى أتأمل فى دليله، والذى ذكر للمنع لا ينهض مانعاً. فالذى يقوى فى النظر: أنّه إذا باع البعض المنسوج المنضمّ إلى غزلٍ معيّن على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا إذا ضمّ

الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن لزوم العقد أثر إطلاق متعلق البيع، فقد تقدم أن العين الخارجيه غير قابله للتقييد واللزوم من أحكام البيع فى صورته عدم تعهد البائع بالوصف المفقود وجريان البيع على العين محرز بالوجدان وعدم تعهد البائع بالوصف محرز بالأصل.

وأما إذا كان خيار الرؤية خياراً برأسه وأنه يثبت فى شراء العين الخارجيه التى لم يرها مشتريها عند شرائها، فلم يحرز أن قيد الموضوع عدم وجدان العين على ما أحرزها من الوصف أو وجدانها على خلاف ما اعتقدها فيه من الوصف، فلا يمكن إجراء الأصل فى ناحيه موضوع الخيار فيجرى فى ناحيه عدم ثبوت حق الخيار للمشتري المزبور فيكون القول قول البائع كما لا يخفى.

[١] لو نسج بعض الثوب وكان بعضه الآخر غير منسوج وباع المنسوج وغيره على أن ينسج الباقي على طبق المنسوج فقد قيل كما عن الشيخ رحمه الله فى المبسوط (١) والقاضى (٢) وابن سعيد (٣) بطلان البيع المزبور من أصله، لان المبيع بعضه موجود

ص: ٢٨٤

١- (١) المبسوط ٢: ٧٧.

٢- (٢) المهذب ١: ٣٥٢.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٢٥٦ ٢٥٧.

معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطه والصنع. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومه منسوجه مع هذا المنسوج بهذا المنوال. ولو لم ينسجه في الصورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط. ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيره لم يلزم القبول، وبقي على مال البائع، وكان للمشتري الخيار في المنسوج، لتبعص الصفقه عليه، والله العالم.

الشرح:

وبعضه غير معلوم.

وذكر السيد اليزدي قدس سره (١): أن مرادهما بيع العين الخارجيه التي بعضها موجود وبعضها غير موجود. ومن الظاهر أنه لا يصح بيع العين الخارجيه قبل تحققها كبيع حنطه المزرعه ونحوها قبل وجودها.

أقول: بيع العين الخارجيه قبل وجودها لا بنحو الكلي على العهده، وإن كان غير صحيح فان العين قبل وجودها لا يعتبر ملكاً ولا يصح بيعه مضافاً إلى ورود النص بذلك في بعض أفراد المسأله، كبيع حنطه المزرعه والثمره قبل وجودهما، إلا أن ذلك لعدم الوجود حال البيع لا- للجهاله؛ بل لو علم حصول العين في المستقبل أيضاً لا يجوز بيعها، ولكن يظهر من النصوص المزبوره أن تحقق بعض المبيع كاف في جواز بيع كله فراجع.

ثم إن على تقدير بطلان البيع لعدم وجود بعض المبيع فعلاً- وكونه استقبالياً لا- يوجب بطلان البيع مطلقاً؛ بل يختص ذلك بالإضافة إلى موارد عدم انحلال البيع

ص: ٢٨٥

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبيئاً على سلامه العين [١] من العيب، وإنما تُرك

الشرح:

بالإضافه إلى الموجود وغير الموجود والثوب فى غالبه من موارد الانحلال؛ كما لا يخفى.

وذكر المصنف رحمه الله : أن للبيع المزبور صور ثلاث وفى كلها يكون البيع محكوماً بالصحة، ولكن الصوره المتقدمه مغفول عنها فى كلامه.

والصور الثلاث ما إذا باع بعض المنسوج منضمماً إلى الغزل الخارجى غير المنسوج على أن ينسجه طبق المنسوج وما إذا باع المنسوج مع غزل كلى موصوف على أن ينسجه وضم الكلى إلى العين الخارجيه وبيعهما بصفقه لا باس به.

وبعض الكلمات المنقوله عن المختلف (١) يشير إلى جعل نسج الغزل شرطاً فى البيع حيث ذكر ان اشتراط النسج كاشتراط الخياطه والصبغ.

وما إذا باع المنسوج مع أذرع معلومه من الثوب ينسجه مع النسوج فعلاً ويكون أيضاً من ضم الكلى إلى العين الخارجيه فى البيع.

وقال: إن البيع فى جمع الصور الثلاث محكوم بالصحة غايه الأمر أنه لو لم ينسج الباقي فى صورتين الاوليتين يصح البيع فى تمام البيع ويثبت للمشتري خيار تخلف الشرط بخلاف الصوره الأخيره فانه يصح البيع بالإضافه إلى المنسوج مع ثبوت خيار تبعض الصفقه فيه للمشتري.

[١] المراد من ابتناء العقد على سلامه العين اشتراط سلامتها فى العقد الجارى على تلك العين نظير ابتناؤه على وصف كمال يذكر فى متن العقد وليس المراد تعليق

ص: ٢٨٦

اشترطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامه، وإلا لم يصح العقد من جهه الجهل بصفه العين الغائبه، وهى صحتها التى هى من أهم ما يتعلّق به الأغراض. ولذا اتفقوا فى بيع العين الغائبه على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، ولم يذكروا اشتراط صفه الصّحه، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مُقعد، لا يعتمد فى صحته إلا على أصالة السلامه، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد، وكما يعتمد على إخبار البائع الشرح:

العقد على حصول ذلك الوصف وإلا بطل البيع مطلقاً لاشتراط التّنجز فى العقود، ولا أقل من بطلانه على تقدير عدم الوصف لا كون العقد خيارياً كما لا يخفى. وما قيل من أن اعتبار وصف الصّحه لانصراف متعلق البيع إلى فرض سلامته لا يخفى ما فيه لأن الانصراف يتحقق فى الكليات، ولا يعم العين الخارجيه ومع الإغماض عن ذلك فلازم ذلك عدم وجود للمبيع على تقدير فقد وصف الصّحه.

والالتزام بتعدد المطلوب كما عن السيد اليزدى (١) قدس سره كما ترى، فانه لو كان المراد من تعدد المطلوب تعدد الالتزام والملتزم به، بأن يكون أحد الالتزامين متعلقاً بملكه المشتري العين بازاء الثمن، والآخر بتحقيق وصف الصّحه بمعنى استحقاق المشتري المطالبه به بحيث لو لم يكن فى العين ذلك الوصف يكون له رفع اليد عن الالتزام الأول بفسخ المعامله، فهذه عباره أخرى عن الشرط الضمنى.

ولو أريد من تعدد المطلوب معنى آخر فلا نتصوره فى البيع ونحوه فانه لا يمكن الالتزام بتعلق البيع بنفس العين مطلقاً وبيع آخر بالعين مقيده بالوصف.

ص: ٢٨٧

بالوزن. قال في التذكرة: الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة من العيوب والصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابله تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصاله السلامة، انتهى. وقال في موضع آخر: إطلاق العقد واشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ: من أنّ القضاء العرفي يقتضى أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصاله السلامة، فكأنّها مشرطه في نفس العقد، انتهى.

الشرح:

والحاصل: في المقام أمران:

أحدهما: الحكم بصحة بيع العين مع عدم الجزم بسلامتها مع أن إحراز سلامتها مما يوجب انتفاء معظم الغرر عن بيعها وصحته باعتبار هذا الإحراز بالاعتماد على أصاله الصحة.

وثانيهما: ثبوت خيار العيب مع عدم تبرؤ البائع عن عيب المبيع، وهذا باعتبار اشتراط سلامه المبيع لا للاعتماد إلى أصاله الصحة. ويشهد لذلك سقوط خيار العيب مع تبرؤ البائع من عيب المبيع مع اعتماد المشتري على أصاله الصحة، كما اعترف المصنف رحمه الله بذلك فيما سبق.

وعلى ذلك فلا بد من تعليل عدم ذكر وصف الصحة في متن العقد بكون اشتراطها ارتكازياً لا بالاعتماد على أصاله الصحة، كما عبّاره المصنف رحمه الله . نعم يكون تعليل انتفاء الغرر بالاعتماد عليها كما ذكرنا.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنه لو أغمض النظر عن الروايات الواردة في عيب المبيع لكان الثابت للمشتري خيار الشرط، ولذا جرى عليه سيره العقلاء ولو من غير أهل الملة ويعملون مع فقد وصف الصحة معاملة فقد وصف الكمال المشروط ولا يكون في اليبين استحقاق المشتري مطالبه البائع بالأرش.

ص: ٢٨٨

ومما ذكرنا يظهر: أنّ الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه:

أولاً: منع الانصراف، ولذا لا يجرى في الأيمان والنذور.

وثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئى حقيقى خارجى.

وثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما. ودفع جميع هذا: بأن وصف الصحه قد أخذ شرطاً في العين الخارجيه نظير معرفه الكتابه أو غيرها من الصفات المشروطه في العين الخارجيه، وإنما استغنى عن ذكر وصف الصحه لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرثيه سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها وصفاتها على الأصل. ولقد أجاد في الكفايه حيث قال: إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامه. ولو باع كلياً حالاً أو سَلماً كان الانصراف إلى الصحيح من جهه ظاهر الإقدام أيضاً.

الشرح:

ولكن قد ورد النص في العيب بأن للمشتري المطالبه بأرش العيب وسقوط جواز الرد بالحدث في المبيع وهذا حكم شرعى في مورد اشتراط وصف الصحه.

ومقتضى النص عدم الفرق في ذلك بين الاكتفاء في شراء المعيب الواقعي بالشرط الارتكازى أو بذكر وصف الصحه في متن العقد صريحاً.

وما قيل من اختصاصه بما إذا لم يشترط وصف الصحه في متن العقد وإلا يجرى عليه حكم خيار الشرط لا يمكن المساعده عليه.

ويؤيد ما ذكرنا مضمرة يونس بن عبدالرحمن «في رجل اشترى جاريه على أنها

ويحتمل كونه من جهة الإطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء، وإن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام.

ثم إنَّ المصرَّح به في كلمات جماعة: أنَّ اشتراط الصَّحَّه في متن العقد يفيد التأكيد، لأنه تصرَّح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، وإنَّما ترك لاعتماد المشتري على أصاله السلامه، فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيارٌ آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبره كذا وكذا صاعاً، فإنَّه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط واعتمد على إخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفه السابقه المرثيه فإنَّه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصاله بقائها.

وبالجملة، فالخيار خيار العيب اشترط الصَّحَّه أم لم يشترط. ويؤيِّده ما ورد من روايه يونس «في رجل اشترى جاريه على أنَّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يردُّ عليه فضل قيمه» فإنَّ اقتصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الردِّ يدلُّ على أنَّ الخيار خيار العيب، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الردُّ الشرح:

عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردُّ عليه فضل قيمه إذا علم انه صادق»(١) حيث إن الاقتصار بأخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الفسخ مقتضاه ثبوت خيار العيب، ولو كان في البين خيار الشرط لم يسقط جواز الفسخ بالتصرف في الجاربه بالوطى، أو ما دونه غايه الأمر كان على المشتري بعد الفسخ مهر المثل.

ولكن العمده ما ذكرنا فإن الروايه مع الإغماض عن إضمامها ضعيفه ب«إسماعيل بن مرار» مع احتمال اختصاص الحكم بشرط البكاره ومعارضتها بمثلها فراجع.

ص: ٢٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٨ ، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

التخير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب

بالتصرّف في الجاربه بالوطء أو مقدّماته. ومنه يظهر ضعف ما حكاه في المسالك: من ثبوت خيار الاشرط هنا، فلا يسقط الردّ بالتصرف. ودعوى: عدم دلالة الروايه على التصرف أو عدم دلالاته على اشرط البكاره في متن العقد، ممنوعه.

مسأله: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ وأخذ الأرش [١] بلا خلافٍ، ويدلّ على الردّ الأخبار المستفيضه الآتيه. وأمّا الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدلّ على التخير بينه وبين الردّ، بل ما دلّ على الأرش يختصّ بصوره التصرف المانع من الردّ، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصوره لتدارك ضرر المشتري، لا لتعيين أحد طرفي التخير بتعدّد الآخر. نعم، في الفقه الرضوي:

الشرح:

[١] المشهور على تخير المشتري مع ظهور عيب المبيع بين فسخ المبيع وإمضائه والمطالبه بأرش العيب هذا مع بقاء المبيع بحاله وعدم التصرف فيه وإلاّ تعين الإمضاء مع استحقاقه المطالبه بالأرش، ولكن الروايات الوارده في المقام لم يذكر فيها التخير، بل ذكر فيها جواز الرد والفسخ كصحيحه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه» (١).

وما ورد في الأرش يختص بصوره التصرف في المبيع واحداث الحدث فيه.

نعم ورد في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعه معيماً وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب» (٢)، وظاهره كما في الحدائق (٣). تخير المشتري بين فسخ البيع وامضاء البيع بدون أخذ الارش أو مع أخذه.

ص: ٢٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٩ ، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب ، الحديث ١ .

٢- (٢) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام : ٢٥٣ .

٣- (٣) الحدائق ١٩ : ٦٠ و ٦٤ .

«فإن خرج السلعه معيماً وعلم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب»، وظاهره كما في الحدائق التخيير بين الردّ وأخذه بتمام الثمن وأخذ الأرش. ويحتمل زياده الهمزه في لفظه «أو» ويكون «واو» العطف، فيدلّ على التخيير بين الردّ والأرش. وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعبٌ جداً. وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أنّ الصّحّه وإن كانت وصفاً، فهي بمنزله الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصّفقه.

الشرح:

واحتمل بعضهم (١) زياده الهمزه في لفظه «أو» ويكون مفاد «واو» العطف ومقتضاه تخيير المشتري بين فسخ البيع وأخذ الأرش كما عليه المشهور.

ولكن الأظهر أن جواز المطالبة بالأرش يختص بمورد الحدث في المعيب وقبلة لا- يكون للمشتري إلا- الفسخ وبعده يكون المطالبة بالأرش فقط كما عليه جماعه من الأصحاب.

ففي معتبره زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أيما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (٢)، ومرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع يجد فيه عيباً فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن؛ وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» (٣).

ص: ٢٩٢

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٥: ١٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٣ .

وفيه: منع المنزله عرفاً ولا- شرعاً، ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبه، بل لا يستحق المطالبه بعين ما قابله على ما صرح به العلامة وغيره. ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصى على وجه الشرطيّه، كما فى بيع الأرض على أنّها جربانٌ معيّنه، وما نحن فيه من هذا القبيل.

الشرح:

وعلى ذلك فلو لم تكن فى هذه دلالة على عدم الاستحقاق لأخذ الأرض مع عدم الحدث فى المبيع فلا أقل أنه لا دلالة فى البين على جواز المطالبه به قبل التصرف واحداث الحدث.

وقد تقدّم أن ثبوت الأرض لا يدخل فى مقتضى اشتراط وصف الصحه ويحتاج إلى ثبوته إلى الدليل والفقّه الرضوى لم يثبت كونها روايه ليدعى انجبار ضعفها بعمل المشهور مع احتمال أن المشهور التزموا بالتخير بين الفسخ والمطالبه بالأرض لبعض ما أشار المصنف رحمه الله إليه.

وعمدته ما قيل من أن وصف الصحه كالجزم للمبيع، ومع فقدها يبطل البيع بالإضافة إلى ما وقع من الثمن بازاء ذلك الوصف فيكون للمشتري استرداد ذلك أو فسخ البيع تماماً لتبعض الصفقه عليه.

ولكن الوجه ضعيف جداً وذلك فان وصف الصحه كوصف الكمال، وان يوجب زياده ثمن العين إلا أن الثمن فى البيع يقع بازاء نفس العين؛ ولذا يكون تمام الثمن للبائع على تقدير عدم فسخ البيع وعدم المطالبه بالأرض؛ بل على تقدير المطالبه أيضاً لأن الأرض الذى يستحقه المشتري بمطالبته من قبيل التغريم فى باب اللقطه، وليس جزءاً من الثمن ولا- من قبيل الدين على العهده بأن يثبت المال على عهده البائع من دون المطالبه.

ص: ٢٩٣

وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الردّ والأرش. نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أنّ أخذ الأرش مشروط باليأس عن الردّ، لكنّه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهايه وبعض مواضع المبسوط ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش [١] فافهم.

الشرح:

ويترتب على ذلك أنه لا يتعين على البائع رد الأرش من نفس الثمن ولو مع مطالبه المشتري.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أن الجزء الفائت يقسط عليه فيما إذا لم يؤخذ في البيع شرطاً ومع ثبوته شرطاً فلا يثبت في البيع إلا خيار الفسخ، كما إذا باع الأرض على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها فلا يمكن المساعدة عليه فانه إذا كان الجزء مما ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا كانت الأرض مما يباع كل جرب منها بكذا وباعها بثمن على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها ينحل البيع بالإضافة إلى الناقص سواء أخذ جزءاً أو شرطاً بأن جعل من قبيل شرط وصف المبيع.

وأما إذا لم ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا باع دار سكناه بكذا على أنه كذا جريب فبان أقل منها فلا يثبت إلا خيار الفسخ فليس المعيار في تبعض البيع الاشتراط وعدمه بل كون المبيع مما ينحل البيع بالإضافة إلى أجزاءه وعدمه.

[١] قد تقدّم عدم روايه في البين تكون ظاهره في استحقاق المطالبه بالأرش مع عدم الحدث في المبيع ولعل مراده بالإطلاق عدم تعلق الأرش على اليأس من الرد؛ بل على الحدث في المبيع، ولكن في التفرقة تأمل ولعله أشار إليه بالأمر بالفهم.

وأما ما في صحيحه عمر بن يزيد من قوله عليه السلام يلزمه ذلك (١)، فلا ظهور لها

ص: ٢٩٤

ثم إن في كون ظهور العيب مثبناً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدم في خيار الغبن. وقد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعاً، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط. وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤيه قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤيه. لكن المتفق عليه هنا نصاً وفتوى جواز التبري وإسقاط خيار العيب.

ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب: أن استحقاق المطالبه [٢] بالأرض الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوتها بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحه. هذا مضافاً إلى أن الظاهر من بعض اخبار المسأله أن السبب هو نفس

الشرح:

لرجوع الإشاره إلى الأرض مع أن القسمه المفروضه حدث في المبيع كما لا يخفى.

[٢] لا يخفى أن خيار الفسخ في الروايات وكذا استحقاق الأرض مرتب على العلم بالعيب ووجدانه، وبما أن العلم أو نحوه كما أشرنا مراراً ظاهر ذكره في الخطاب طريقاً لا- أنه مقوم لموضوع الحكم فيثبت الخيار بمجرد العيب؛ واما استحقاق الأرض فقد تقدم ثبوتها بعد فرض العيب بحدوث الحدث في المبيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله : من أنه لا- معنى لاستحقاق الأرض بظهور العيب بل يتعين ثبوتها بمجرد العيب فلا- يمكن المساعده عليه، لأنه لو قيل بأن الارش جزء من الثمن ومقابل لوصف الصحه أو كونه من قبيل ضمان الوصف ببدله في ضمان اليد فيكون الأمر كما ذكره.

ولكن قد ذكر قدس سره قبل ذلك أن الأرض ليس جزءاً من الثمن، وذكرنا أن ثبوتها من قبيل التغريم في باب اللقطه لا من قبيل ثبوت الدين بأن يثبت المال على عهده البائع بدون مطالبه المشتري فانه لا يستفاد من الأخبار الوارده في الأرض غير التغريم. والله

العيب، لكنّها لا تدلّ على العليّة التامّة فلعلّ الظهور شرطٌ. وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كلّ حكم من احكام هذا الخيار إلى دليله وأنّه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد، فافهم. ثمّ إنّ لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرّح به العلّامه وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضى الصرف معيياً. والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

الشرح:

سبحانه هو العالم.

ثمّ انه قد ذكرنا أن خيار العيب ثبت في مورد اشتراط الصحه، وهذا الاشتراط ارتكازى مع إطلاق العقد، وأنه لو لم يكن في البين الأخبار الخاصه كان الثابت في هذا الاشتراط ما يثبت في مورد اشتراط وصف الكمال، ولكن تلك الأخبار قد دلت على أمرين سقوط خيار الفسخ بالحدث في المبيع وجواز المطالبه بالأرّش مطلقاً أو بعد الحدث ولاختصاصها بالمبيع لا يمكن الالتزام بجريان الأمرين في سائر العقود فيكون الثابت في موارد ما مجرد جواز الفسخ فانه مقتضى ثبوت الشرط الارتكازى الجارى في غير البيع أيضاً.

وقد تحصل من جميع ما تقدم: أن خيار العيب متضمن لحقين طوليين: أحدهما جواز فسخ العقد قبل حدوث الحدث في المبيع ومع حدوثه جواز مطالبه الأرّش؛ هذا بناءً على ما اخترنا.

وأما بناء على المشهور من ثبوت جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرّش في عرض واحد فيمكن الالتزام بان الثابت حقا قبل الحدث هو الجامع بين الأمرين بنحو

ص: ٢٩٦

القول في مسقطات هذا الخيار

القول في مسقطات هذا الخيار

بطرفيه أو أحدهما.

مسأله: يسقط الردّ خاصّه بأُمورٍ.

أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاط الردّ [١] واختيار الأرش، ولو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش، ولو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الشرح:

الكلّي في المعين، كما ذكرنا في بيع أحد المتماثلين كأحدى الصبرتين المعلومين وزنهما، وكما أنه ليس من بيع الفرد المردد كذلك لا- يكون المقام من الحق المردد، كما يمكن الالتزام بثبوت كلا الحقين لكنهما متضادان في الاستيفاء فان مع الفسخ لا مورد للأرش وبالارش فرض الفسخ خلف.

من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه

[١] يسقط جواز فسخ البيع دون الأرش بأُمور:

الأول: الالتزام ببقاء العقد والإغماض عن فسخه سواء كان الالتزام قبل العلم بالعيب أو بعده، وكذا الالتزام بالعقد مع العلم بالعيب باختياره الأرش ولو اسقط خياره قبل العلم بالعيب أو بعده فالأظهر سقوط الأرش أيضاً فإنّ إسقاط خيار العيب بعد العقد كإسقاطه حال العقد وحق المطالبه بالأرش داخل في خيار العيب وباعتباره جعل نوعاً من الخيار.

الثاني: التصرف في المبيع المعيوب سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده فانه يسقط به جواز الرد دون الأرش.

واستدلّ على ذلك بأن التصرف المزبور يدل على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن فسخه وإلاّ لما كان يتصرف فيه قبل اختياره وإحراز صحته.

وفيه: أن التصرف فيه باعتبار كونه ملكاً بالفعل سواء كان معيباً أو صحيحاً والتصرف فيه بعد العقد لا يقصر عن الاقدام بشرائه قبل اختياره، وكما كان شراؤه

الثانى: التصرف فى المعيب عند علمائنا كما فى التذكرة، وفى السرائر: الإجماع على أن التصرف يُسقط الردّ بغير خلافٍ منهم، ونحوه المسالك، وسيأتى الخلاف فى الجملة من الإسكافى والشيخين وابن زهره وظاهر المحقق، بل المحقق الثانى. واستدل عليه فى التذكرة أيضاً تبعاً للغنيه: بأنّ تصرفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، ولو لا ذلك كان ينبغى له الصبر والثبات حتّى يعلم حال صحّته وعدمها، ويقول أبى جعفر عليه السلام فى الصحيح: «أئما رجلٍ اشترى شيئاً وبه عيبٌ أو

الشرح:

للاعتقاد على أصاله السلامه، وكذا التصرف فيه.

والحاصل: أنه لو كان التصرف فى المبيع قبل العلم بالعيب أو بعده للإغماض عن فسخ البيع حتى مع العيب فلا ينبغى الريب فى سقوط جواز الفسخ، لأن جوازه حقى ولا يختص إنشاء السقوط بالقول بل يكون به بالفعل. واما مطلق التصرف فى المبيع من غير قصد الإغماض عن الفسخ، فلا دليل على كونه مسقطاً تعبداً.

نعم، إذا كان التصرف حدثاً فى المبيع ومغيراً له بحيث لم يصدق أنه ليس على ماشرى فيسقط جواز الفسخ لدلاله الصحيحه، والمرسله المتقدمتين، بل ربما يستدل على عدم سقوط جواز الفسخ بمطلق التصرف بما ورد فى جواز رد الجاربه بعدم الحيض إلى سته أشهر من حين شرائها مع كونها فى سن من تحيض وبما ورد من جواز ردها بعيوب السنه؛ ومن الظاهر أن الجاربه فى سته اشهر أو إلى سنه لا تخلو عن التصرف فيها، ولو بمثل استخدامها فى بعض الأمور كغلق الباب وغسل الثياب ونحو ذلك.

ولكن لا يخفى أنه لو تم الدليل على سقوط جواز الرد بمطلق التصرف فيلتزم فى الجاربه بعدم سقوط ردها بمطلق التصرف ولا يوجب رفع اليد عن مسقطيه مطلق التصرف فى غيرها من المبيع.

عوارٍ ولم يتبرأ إليه ولم يبينه فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب، فإنه يمضى عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به». ويدلّ عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجح بنقصان العيب».

الشرح:

وقد يستدلّ على كون التصرف في المعيب مسقطاً لجواز الفسخ ولو قبل العلم بالعيب بما ورد في خيار الحيوان «من أن المشتري لو أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه الأيام فذلك رضاً منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

فانه إذا كان النظر إلى الجارية بما ذكروا لمسها حدثاً مسقطاً للخيار كان التصرف المفروض في المقام أيضاً حدثاً مسقطاً لخيار العيب أي جواز فسخ البيع.

أقول: قد تقدّم مراراً أن الرضا بالبيع عبارته عن الإغماض عن فسخ والالتزام ببقائه، وان كان من قصد المتصرف ذلك سواء كان ذلك مع العلم بالعيب أو قبله، فهذا مسقط فعلى في مقابل المسقط القولى، ومع عدم القصد المزبور فلا إسقاط للخيار.

نعم ربما يجعل الشارع للخيار أمداً كإحداث الحدث في بيع الحيوان والافتراق في خيار المجلس فيعتبر عنه بأن الافتراق أو الحدث في الحيوان رضا بالبيع فيعم ما إذا كان الحدث جهلاً بالخيار أو الغفلة عنه، كما أنه ربما يجعل للحدث مصداقاً فيكون ذلك تعبداً والنظر إلى الجارية ولمسها من هذا القبيل.

ص: ٢٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

هذا، ولكنَّ الحكم بسقوط الردِّ بمطلق التصرّف، حتّى مثل قول المشتري للعبد المشتري، «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» على ما صرّح به العلّامه في التذكرة في غايه الإشكال، لإطلاق قوله عليه السلام: «إن كان الثوب قائماً بعينه رده» المعتضد بإطلاق الأخبار في الردِّ خصوصاً ما ورد في ردِّ الجاربه بعدما لم تحض سته أشهر عند المشتري ونحو ذلك ممّا يبعد التزام التقييد فيه بصوره عدم التصرّف فيه بمثل «اغلق الباب» ونحوه وعدم ما يصلح للتقييد ممّا استدللّ به للسقوط، فإنّ مطلق التصرّف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب. وأمّا المرسله فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطء الجاربه لو لا النصّ المسقط للخيار به. وأمّا الصحيحه فلا يُعلم المراد من «إحداث شيء في المبيع» الشرح:

وعلى ذلك فلا يمكن التعدي إلى غير ما ورد التعبد بكونه مصداقاً في خيار الحيوان فضلاً عن سائر الخيارات.

ويؤيِّده ما ورد في خيار العيب من رد الجاربه على بايعها مع عدم وطئها، فانه لم يشرفه إلى عدم وقوع مثل التقبيل والنظر واللمس مع أن الجاربه لا تخلو عنها.

وعلى كل تقدير فلا يمكن استفاده الحدث في الجاربه في خيار العيب مما ورد في خيار الحيوان فضلاً عن استفاده كون كل تصرف في المبيع حدثاً.

وممّا ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمه الله من التفصيل وهو أنه إذا كان التصرف في المبيع المعيوب قبل العلم بالعيب فان كان ذلك موجباً لتغير العين، ومن قبيل الحدث فيها فلا يكون معه جواز الرد عملاً بالصحيحه، والمرسله ويبقى معه جواز المطالبه بالارش، وان كان بعد العلم ولم يكن مغيراً ومن الحدث في المبيع فان كان دالاً على الرضا نوعاً فذلك أيضاً مسقط، ومع عدم دلالة على الرضا فلا موجب لسقوط الخيار ووجه الظهور ان مع ظهور الفعل في الإغماض عن فسخ البيع يثبت

لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه ولا عرفاً لمثل استخدام العبد وشبهه ممّا مرّ من الأمثلة، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله: من أنّ العبره بتغيّر العين وعدم قيامها بعينها. اللهمّ إلا أن يستظهر بمعونه ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختصّ بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا وفي الحيوان بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسنٌ، لكن إقامة البينه على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعده العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكّله. ثمّ إنّ إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرّف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد وإن كان النصّ في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقرينه التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدّمه في المراد من التعليل. لكن كلمات كثيرٍ منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنيه: أنّ علّة السقوط دلالة التصرّف نوعاً على الرضا.

ونحوه في الدلاله على كون السقوط بالتصرّف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعه ممّن تقدّم عليه ومن تأخّر عنه. قال في المقنعه: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتّى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الردّ، وكان له أرش العيب خاصّه، وكذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، ولا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاً به منه، انتهى. فإنّ تعليله عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهرٌ خصوصاً بملاحظه ما يأتي من كلام غيره في أنّ سقوط الردّ الشرح:

حكم ظاهري لا اعتبار ظهور الأفعال كالأقوال. وأما سقوط الخيار واقعاً فهو فرع قصد الإغماض عن الخيار كما لا يخفى.

بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع، ومثلها عبارته النهائيه من غير تفاوتٍ. وقال في المبسوط: إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيباً كان له ردّها، فإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتاجها، كلّ هذا لأنّه ملكه وله فائدته وعليه مؤنّته، والردّ لا يسقط، لأنّه إنّما يسقط الردّ بالرضا بالمعيب أو ترك الردّ بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى. وقال في الغنيه: ولا يسقط بالتصرّف بعد العلم بالعيب حق المطالبه بالأرّش، لأنّ التصرّف دلّله الرضا بالبيع لا- بالعيب، انتهى. وفي السرائر، قال في حكم من ظهر على عيبٍ فيما اشتراه: ولا يجبر على أحد الأمرين يعنى الردّ والأرّش قال: هذا إذا لم يتصرّف فيه تصرّفًا يؤذّن بالرضا في العاده، أو ينقص قيمته بتصرّفه، انتهى. وفي الوسيله: ويسقط الردّ بأحد ثلاثه أشياء: بالرضا، وبترك الردّ بعد العلم به والمعرفه إذا عرف أنّ له الخيار، وبحدوث عيبٍ آخرٍ عنده، انتهى. وهى بعينه كعبارته المبسوط المتقدمه ظاهره في أنّ التصرّف ليس بنفسه مسقطاً إلا- إذا دلّ على الرضا. وقال في التذكره: لو ركبها ليسقيها ثمّ يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساکها، ولو حلبها في طريق الردّ فالأقوى أنّه تصرّف يؤذّن بالرضا بها. وقال بعض الشافعيّه: لا يكون رضاً بإمساکه، لأنّ اللبن ماله قد استوفاه في حال الردّ، انتهى. وفي جامع المقاصد والمسالك في ردّ ابن حمزه القائل بأنّ التصرّف بعد العلم يسقط الأرّش أيضاً: أنّ التصرّف لا يدلّ على إسقاط الأرّش، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد. وفي التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرّف فيه بما يدلّ على الرضا قبل علمه بالعيب وبعده سقط الردّ، انتهى.

وقد ظهر من جميع ذلك: أنّ التصرّف من حيث هو ليس مسقطاً، وإنّما هو الترامّ ورضاً بالعقد فعلاً، فكلّ تصرّفٍ يدلّ على ذلك عادةً فهو مسقطٌ، وما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، ومقتضى ذلك: أنّه

لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان ممياً يتوقف العلم بالعيب عليه وحصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف خصوصاً بين العلامه ومن تأخر عنه : عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

والذى ينبغى أن يقال وإن كان ظاهر المشهور خلافه : إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلاله اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، والدليل على إسقاطه مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ : ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكمنا بسقوطهما بالتصرف، فكذلك خيار العيب.

وأمياً التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان معييراً للعين بزياده أو نقيصه أو تغيير هيئه أو ناقلاً لها بنقل لازم أو جائز وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً، لمرسله جميل المتقدمه. ويلحق بذلك تعدد الرد بموت أو عتق أو إجاره أو شبه ذلك. وظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال فى أول المسأله: ويسقط الرد بإحداثه فيه حدثاً كالعتق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. وفى مسأله رد المملوك من أحداث السنه: فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش، انتهى. وهو الظاهر من المحكى عن الإسكافى، حيث قال: فإن وجد بالسلعه عيباً وقد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمه والقطع للثوب أو تعدد الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحه والعيب، انتهى. وهذا هو الذى ينبغى أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم، وأمياً ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابه وركوبها وشبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئن به النفس، أقصى ما

يوجد لذلك صحيحه زواره المتقدمه بضميمه ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر واللمس، وقيام النص والإجماع على سقوط ردّ الجاربه بوطئها قبل العلم، مع عدم دلالتة على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين، وإطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر، كالتذكرة والسرائر والغنيه وغيرها.

وفي نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الردّ خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غايه البعد، كالنص بردّ الجاربه بعد ستّه أشهر، وردّ الجاربه إذا لم يطأها وردّ المملوك من أحداث السنه نظرًا، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع، فإنّ نقله الإجماع كالعلمه والحلي وابن زهره قد صرحوا في كلماتهم المتقدمه بأنّ العبره بالرضا بالعقد، فكأنّ دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهره في الغنيه حيث إنّه اختار ما قوّيناه من التفصيل بين صورتى العلم والجهل والمغيّر وغيره.

قال قدس سره : وخامسها يعنى مسقطات الردّ التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنّه يمنع من الردّ لشيء من العيوب، ولا يسقط حقّ المطالبه بالأرّش، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو كان قبل العلم بالعيب وكان مغيّرًا للعين بزياده فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع. وإن لم يكن كذلك فله الردّ بالعيب إذا علم ما لم يكن أمه فيطأها فإنّه يمنع من ردّها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه. وقد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلّه. وحكى من المبسوط أيضاً: أنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار. لكن صرح بأنّ الصبغ وقطع الثوب يمنع من الردّ. فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغيّر. وظاهر المقنعه والمبسوط: أنّه إذا وجد العيب بعد عتق العبد والأمه لم يكن له ردّهما، وإذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردّ وأرّش العيب، وفرّق بينهما وبين العتق بجواز الرجوع فيهما

دون العتق. ويردّه مع أنّ مثلهما تصرّف يؤذن بالرضا مرسله جميل، فإنّ العين مع الهبه والتدبير غير قائمه، وجواز الرجوع وعدمه لا دخل له في ذلك، ولذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيارٍ مع أنّه لم يقل أحدٌ من الأئمّه بجواز الردّ حينئذٍ بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع فإنّه لا يجوز له ردّه، ولا خلاف في أنّ الهبه والتدبير تصرّف. وبالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرّف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكّل. والعجب من المحقّق الثاني أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبه الجائزه، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف [١] فإنّه يسقط الخيار هنا، بخلاف

الشرح:

[١] الثالث: من مسقطات جواز الرد تلف المبيع أو كونه كالتالف.

وكونه كالتالف إمّا بتمام الملكيه كاعتاق المبيع على المشتري. وإمّا بانتقال المبيع الى ملك غير المشتري بعقد لازم أو جائز أو صيروره العين تحت سلطان الغير، كما إذا استأجرها المشتري أو جعلها رهناً.

وذكر كل ذلك مسقطاً لا تخلو عن المسامحه، لأن المستفاد من الصحيحه (١) والمرسله (٢) أن جواز الفسخ مادام لم يحدث في المبيع شيئاً وكونه قائماً بعينه وبحصول كل من الأمور المزبوره ينتهي أمد جواز الفسخ ولكن التعبير غير مهم.

والمهم في المقام ما إذا تلف المبيع حقيقه، فانه قد يقال: بأن الفرض خارج عن المرسله منظوقاً ومفهوماً لأن منظوقها فرض بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه المبيع ومفهوماً عدم بقاءه بحاله بنحو السالبه بانتفاء المحمول، كما هو المتفاهم العرفي من

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٣ .

الخيارات المتقدّمة الغير الساقطه بتلف العين. والمستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطه الردّ في المرسله السابقه بقيام العين، فإنّ الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه، فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا ردّ.

الشرح:

قضيه السالبه.

وبتعبير آخر: قد فرض في كل من المنطوق والمفهوم أصل وجود المبيع وجعل جواز الفسخ وعدم جواز مدار عدم تغييره وتغييره.

لا يقال: إذا سقط جواز الفسخ في فرض تغير المبيع عما كان عليه يسقط مع تلف العين بطريق أولى.

فإنه يقال: لا طريق لنا إلى إحراز الأولويه فانه يحتمل أن يكون الوجه في سقوط جواز الفسخ بالتغيير لأجل أن في قبول المتغير صعوبه على البائع بأن يأخذ الثوب المقطوع ونحوه بخلاف الفسخ مع تلف العين فانه يأخذ مثلها أو قيمتها وأخذ بدل العين سهل.

نعم ربما لا يكون في قبول المتغير صعوبه على البائع كما إذا تغير بالزيادة، ولكن الملاك المزبور بنحو الحكمه فلا ينافى عموم الحكم بسقوط الخيار بالتغيير بالزيادة.

وقد أجاب عن ذلك بعض المحققين: بأنه لم يثبت في المقام جواز فسخ العقد على حد جواز الفسخ في سائر الخيارات، بل الوارد في الروايات جواز رد المبيع نظير ما ورد في الهبه من جواز رجوع الواهب إلى العين المرهونه ومع تلف العين لا يمكن تحقق ردها، وعلى تقدير التنزل والالتزام بان الثابت في المقام أيضاً جواز الفسخ فيقال الثابت جواز الفسخ برد العين لا مطلقاً ومع عدم إمكان الفسخ برد العين يبقى جواز المطالبه بالأرش كما هو ظاهر الصحيحه والموثقه.

ص: ٣٠٦

الشرح:

أقول: ما ذكره قدس سره من أن الثابت في المقام جواز الرد لا جواز الفسخ على حد سائر الخيارات لا يمكن المساعدة عليه، فإن رد العين مع بقائها على ملك المشتري لا معنى له كما ذكرنا ذلك في الرجوع إلى العين الموهوبه وردّها بتمليك جديد غير مراد ولا بد من أن يكون المراد رد العين مع الغاء البيع.

وبتعبير آخر: رد العين كناية عن فسخ البيع في فرض بقاء المبيع بحاله فيكون مفهوم المرسله عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحاله على نحو السالبه بانتفاء المحمول فيعود الإشكال.

وقد يجاب عن الإشكال بأن التلف الحقيقي الدقي مسبق بالحدث في المبيع لا محاله فان التلف لا يحصل بلا موجب يحدث ومع التلف العرفي يصدق على أن الموجود فعلاً غير باق على ما كان عليه عند البيع.

أقول: تطويل الكلام مع كون المسأله يكفى في الحكم فيها بسقوط الخيار مجرد الالتفات إلى مداركها ليس من دأبنا في الفقه، ولكنه قد حصل في المقام.

والوجه في الكفايه ان الصحيحه والمرسله تخصيص في عموم وجوب الوفاء بالعقود(1)، والمقدار الثابت من التخصيص صورته بقاء المبيع المعيوب بحالها، فإنه يجوز في هذه الصوره فسخ العقد؛ وما في غير هذه الصوره فيحكم بلزوم العقد فانه مقتضى العموم المزبور فليس المدرك للزوم البيع مفهوم الشرطيه في المرسله ليناقد فيه بما تقدم.

وأما ثبوت الأرش مع تلف العين المعيوبه فانه مقطوع ولازم للزوم البيع كما لا يخفى.

ص: ٣٠٧

١- (١) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١.

ومما ذكرنا ظهر أنّ عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه كما في الدروس لا يخلو عن شيءٍ. نعم ذكر أنّه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرّف، وهو أيضاً لا- يخلو عن شيءٍ، والأولى ما ذكرناه. ثمّ إنّ لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده، للأصل [١] خلافاً للشيخ، بل المفيد.

فرع: لا- خلاف نصّاً وفتوى في أنّ وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب، سواء قلنا بأنّ مطلق التصرّف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرّف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غاية الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرّف الغير المغير للعين كما عرفت من عبارته الغنية مع أنّ العلامة قدس سره علّل المنع في موضع من التذكرة بأنّ الوطء جنائياً، ولهذا يوجب غرامه جزء من قيمته كسائر جنایات المملوك.

وقد تقدّم في كلام الإسكافي أيضاً: أنّ الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، ويشير إليه ما سيجيء في غير واحدٍ من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً» فإنّ فيه إشارة إلى أنّه لو ردها لا بدّ أن يردّها معها شيئاً تداركاً للجنایه، إذ لو كان الوطء مجزّداً استيفاءً لمنفعه لم يتوقّف ردها على ردّ عوض المنفعه، فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يترأى في نظر العرف من كون هذه الغرامه كأنّها أجره للوطء.

الشرح:

[١] لو عاد ملك المبيع إلى المشتري فان كان ذلك بسبب جديد أو زوال الناقل السابق لم يكن للمشتري جواز فسخ بيع المعيوب على ما هو ظاهر المصنف رحمه الله ولعل مراده بالأصل أصاله اللزوم فإنّ البيع المزبور قبل عود الملك كان لازماً لصدق أن الشيء قد أحدث فيه شيئاً أو أنه لم يكن بحاله، وهذا موضوع لانتهاه جواز الفسخ والحكم على البيع بالمضى فيه.

وحاصل معناه: أنه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنايتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره وهي ممنوعه شرعاً، لأنّ إجاره الفروج غير جائزه. وهذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبيّناً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إنّ المتعه مشروع، وقد ورد «أنّ المنقطعات مستأجرات» فلا وجه للاستعاذه باللّه من جعل الأجره للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفقره، واللّه العالم. وكيف كان، ففي النصوص المستفيضه الوارده في المسأله كفايه: ففي صحيحه ابن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى جاريه فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن يردها، ولكن يرده عليه بقيمه ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم».

وصحيحه ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع الجاريه فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردها على صاحبها، ولكن يقوم ما بين العيب والصحة، ويردّ على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً».

وروايه مسير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يرده الجاريه بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمه العيب، وكان يقول: معاذ الله! أن أجعل لها أجراً... الخبر». وفي روايه طلحه بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جاريه فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تقوم وهي صحيحه، وتقوم وبها الداء، ثم يرده البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين».

وما عن حماد في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام، يقول: «قال علي بن الحسين عليهما السلام: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمه فوطأها، ثم ظهر على عيب: أنّ البيع لازم، وله أرش العيب».

إلى غير ذلك مما سيجيء.

ثم إنّ المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل، فإنّه

عيب إجماعاً، كما في المسالك. إلا أن الوطاء لا يمنع من الرد به، بل يردّها ويردّ معها العُشر أو نصفه على المشهور بينهم. واستندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة:

منها: صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ اشترى جاريةً حُبلى ولم يعلم بحَبْلِها، فوطأها؟ قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، ويردّ عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها»، وقد قال عليّ عليه السلام: «لا تُردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها». ورواه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها وله أرش العيب، وتردّ الحُبلى ويردّ معها نصف عشر قيمتها». وزاد فى الكافى، قال: وفى روايه أخرى: «إن كانت بكرًا فعشر قيمتها، وإن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها». ومرسله ابن أبى عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع جاريةً حُبلى وهو لا يعلم فنكحها الذى اشترى؟ قال: يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها». ورواه عبد الرّحمن بن أبى عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترى الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلى؟ قال: تردّ ويردّ معها شيئاً». وصحيحه ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فى الرجل يشترى الجارية الحُبلى فينكحها؟ قال: يردّها ويكسوها». ورواه عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يشترى الجارية وهى حُبلى فيطأها؟ قال: يردّها ويردّ عشر قيمتها».

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، وقد عمل بها المشهور، بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنيه كما عن الانتصار، وعدم الخلاف فى السرائر.

خلافاً للمحكى عن الإسكافى فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى، لبطلان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد فى السلعه عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري فى السلعه ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله كالوطاء للأمه أو

القطع للشوب أو تلف السلعه بموتٍ أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصّحّه والعيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حملٍ من البائع وقد وطأها المشتري من غير علمٍ بذلك، كان عليه ردّها ونصف عشر قيمتها، انتهى. واختاره في المختلف: وهو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال: فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها وكان له أرش العيب خاصّة، اللهم إلا أن يكون العيب من حبلٍ فيلزمه ردّها على كلّ حالٍ وطأها أو لم يطأها ويردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها، انتهى. ويمكن استفادة هذا من إطلاق الميسوط القول بمنع الوطء من الردّ، فإنّ من البعيد عدم استثناء وطء الحامل وعدم تعرّضه لحكمه مع اشتهاار المسألة في الروايات وألسنه القدماء. وقال في الوسيله: إذا وطأ الأمه ثمّ علم بها عيباً لم يكن له ردّها، إلا إذا كان العيب حملاً وكان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها ويردّ معها نصف عشر قيمتها، وإن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك، انتهى. وظاهر الرياض اختيار هذا القول.

أقول: ظاهر الأخبار المتقدّمه في بادئ النظر وإن كان ما ذكره المشهور، إلا أنّ العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه:

أحدها: من حيث مخالفه ظهورها في وجوب ردّ الجاربه أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتّى تكون الجملة الخبريه وارده في مقام دفع توهم الحظر الناشىء من الأخبار المتقدّمه المانعه من ردّ الجاربه بعد الوطء، إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبريه في مقام دفع توهم الحظر، إذ لا منشأ لتوهم حظر ردّ الحامل حتّى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد، أو من مخالفه ظاهر الجملة الخبريه.

الثانى: مخالفه لزوم العقر على المشتري لقاعده: «عدم العقر فى وطء الملك»، أو قاعده: «كون الردّ بالعيب فسخاً من حينه»، لا من أصله.

الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف عموماً والوطء بالخصوص مانعاً

الرابع: أنّ الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدمه: «رجلٌ باع جاريهً حُبلى وهو لا يعلم» وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، وإلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة. ويشير إليه ما في بعض الروايات المتقدمه من قوله: «يكسوها»، فإنّ في ذلك إشارة إلى تشبّثها بالحزبه للاستيلاد، فنسب الكسوه إليها تشبيهاً بالحرائر، ولم يصرّح ب«العقر»، الذي هو جزء من قيمه.

الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرّف المشتري في الجاريه بغير الوطء من نحو «اسقنى ماء» أو «اغلق الباب» وغيرهما ممّا قلّ أن تنفك عنه الجاريه، وتقيدها بصوره عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، وإنّما دعا إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار ممّا دلّ على ردّ الجاريه بعد مدّه طويله الدليل الدالّ على لزوم بالتصرّف. لكن لا داعى هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك، وغايه الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطء عن الردّ بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحاً لتقييد هذه الأخبار. ولو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم وبين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداه حدث مسقطاً، لكونه رضاً بالبيع، ويمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين. نعم، لو خُذش في عموم ما دلّ على المنع عن الردّ بمطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصاله جواز الردّ الثابت قبل الوطء لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلاّ الإجماع المركّب وعدم الفصل بين الردّ والعقر، فافهم. ثمّ إنّ المحكّي عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار والغنيه: الإجماع عليه. إلاّ أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع كالتصوص إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل

فرض حمل البكر بالسَّحَق أو بوطء الدُّبُر، ولذا ادَّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب وثبوت العشر في البكر. بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافقٌ للسرائر أيضاً، حيث ذكر في الحامل: أنه يردُّ معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة. ومراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقاً مدَّعياً عليه الإجماع: من أنه إذا وطأ المشتري في مدَّه خيار البائع ففسخ يردُّ معها العشر إن كانت بكرةً ونصف العشر إن كانت ثيباً. وأمَّا الانتصار فلا يحضرنى حتى أراجع، وقد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب. وحينئذٍ فتكون مرسله الكافي المتقدِّمه بعد انجبارها بما عرفت من السرائر والغنية دليلاً على التفصيل في المسألة، كما اختاره جماعة من المتأخرين، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدِّمه المحموله على البكر، إلا أنه بعيدٌ، ولذا نسبه الشيخ قدس سره إلى سهو الراوى في إسقاط لفظ «النصف» وفي الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف».

وأما ما تقدّم ممّا دلّ على أنه يردُّ معها شيئاً، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره. وأمّا ما دلّ على أنه يكسوها، فقد حمل على كسوه تساوى العشر أو نصفه، ولا بأس به في مقام الجمع. ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الردّ ولو مع الوطء في الدُّبُر، ويمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفه العمومات على منصرف اللفظ. وفي لحوق التقييل واللمس بالوطء وجهان: من الخروج عن مورد النصّ، ومن الأولويّه. ولو انضمّ إلى الحمل عيبٌ آخر، فقد استشكل في سقوط الردّ بالوطء: من صدق كونها معيبةً بالحمل، وكونها معيبةً بغيره. وفيه: أنّ كونها معيبةً بغير الحمل لا يقتضى إلاّ عدم تأثير ذلك العيب في الردّ مع التصرّف، لا نفى تأثير عيب الحمل. ثم إن صريح بعض النصوص والفتاوى وظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل

بالعيب، فلو وطأ عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثيرٍ من الروايات يشمل العالم.

الرابع: من المسقطات: حدوث عيبٍ عند المشتري [١] وتفصيل ذلك: أنّه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإمّا أن يحدث قبل القبض، وإمّا أن يحدث بعده في زمان خيارٍ يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس والحيوان والشرط وإمّا أن يحدث بعد مضيّ الخيار. والمراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير.

الشرح:

[١] وحاصله: أن العيب الجديد يحصل في المبيع المعيوب قبل قبضه تاره ويحصل بعد قبضه في زمان يكون ضمان المبيع فيه على بايعه أخرى كما إذا حصل في زمان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط ويحصل في زمان لا يكون فيه ضمان حدوث العيب على البائع ثلثه كما إذا حصل بعد قبضه وفي غير زمان تلك الخيارات.

والكلام في أن حدوث الحادث يوجب سقوط جواز الرد بالعيب الموجود قبل الشراء راجع إلى القسم الثالث.

وأما إذا حصل العيب الجديد قبل قبض المبيع كما في فرض الأول فهو لا يمنع الفسخ بالعيب السابق بل العيب الجديد كالعيب القديم يوجب جواز الفسخ به وبمطالبه الأرش، ولذا لو اسقط البائع جميع الخيارات بشرط سقوطها في العقد وحصل العيب الجديد قبل القبض يكون للمشتري جواز الفسخ أو المطالبة بالأرش للعيب الجديد حيث إنّ ضمان البائع قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاث ضمان معاملي لا ضمان التلف في اليد كما هو ظاهر قوله عليه السلام في معتبره عقبه بن خالد «فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه» (١) وقوله عليه السلام «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير البيع له» (٢).

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، ذيل الحديث ٢، والفتاوى ٣: ١٢٦ / ٥٥١.

وأما الأول: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه، على الخلاف الآتي في أحكام القبض.

وأما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لا خلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سببٌ مستقلٌ موجبٌ للرد، بل الأرش على الخلاف الآتي فيما قبل القبض بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض.

ويدل على ذلك ما يأتي: من أن الحدث في زمان الخيار مضمونٌ على البائع ومن ماله، ومعناه: ضمانه على الوجه الذي يضمه قبل القبض بل قبل العقد، إلا أن المحكي عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيبٌ: أن تأثير العيب الحادث في زمن الخيار وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري.

الشرح:

وعلى ذلك فيكون العيب الجديد نظير ما إذا كان في المبيع قبل البيع، كما ان مقتضى الظهور المزبور ان التلف قبل القبض أو زمان الخيار المشروط أو الحيوان أو حصول نقص في وصف الكمال أيضاً يكون كالتلف أو حصول النقص قبل البيع في انحلال البيع أو ثبوت خيار الوصف المشروط كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أن العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة لضمانه على البائع لا يمنع الرد بالعيب السابق.

ولكن يظهر من المحقق قدس سره (١) في درسه: عدم الفرق بين العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة والحاصل بعدها في أنه يمنع الرد بالعيب السابق، وإنما يجوز الفسخ في زمان الخيارات من العيب السابق أو الحادث بتلك الخيارات، وإذا انتهى تلك

ص: ٣١٥

قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيبٌ غير مضمونٍ على المشتري لم يمنع من الردّ إن كان قبل القبض أو في مدّه خيار المشتري المشترط أو بالأصل،

الشرح:

الخيارات فلا يجوز الفسخ، خلافاً لشيخه ابن نما(1) حيث ذكر جواز الفسخ حتى بعد انقضاء تلك الخيارات حيث إن العيب الحادث لكونه على البائع لا يمنع الرد.

وربما يقال: إن ابن نما متفق مع المحقق في عدم كون العيب الحادث موجباً لجواز الفسخ واختلافهم في أن حدوثه يمنع الرد بالعيب القديم، أو لا يمنع فالمحقق على الأول وشيخه على الثاني.

ويضعف قول كلاهما: بأن العيب الجديد موجب لخيار آخر غير الخيار الثابت بالعيب الأول، ولكن نسبه وحده الخيار وعدم تعدده بالعيب الحادث إلى ابن نما مشكل لأن كلامه لا يأبى عن التعدد.

أقول: في صورتين جهتان من البحث:

الأولى: كون العيب الحادث قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان ونحوه كالموجود حال العقد موجب لخيار العيب.

وبتعبير آخر: الضمان المعاملي الحاصل على البائع بالإضافة إلى المبيع وأوصافه يستمر إلى القبض وإلى انقضاء زمان خيار الحيوان ونحوه.

والثانية: انه لو كان المبيع معيباً حال العقد ثم حدث عيب آخر قبل القبض أو قبل مضي زمان خيار الحيوان ونحوه فهل يتعدد خيار العيب من حيث جواز الفسخ والمطالبه بالأرش أم يتداخل من حيث جواز الفسخ.

أمّا الوجه الأولي: فقد تقدم أنه قد يقال: انه يستفاد من قوله عليه السلام في صحيحه

ص: ٣١٦

فله الردّ ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الردّ خلافٌ بين ابن نما وتلميذه المحقّق، فجوّزه ابن نما لأنّه من ضمان البائع، ومنعه المحقّق قدس سره، لأنّ الردّ لمكان الخيار، وقد زال. ولو كان حدوث العيب في مبيعٍ صحيحٍ في مدّة الخيار فالباب الشرح:

عبدالله بن سنان «على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام ويصير المبيع للمشتري»^(١)، ان ضمان التلف قبل القبض سواء كان تلف العين أو الوصف ليس ضمان يد، بل استمرار للضمان المعاملي الحاصل على البائع حال حدوث البيع وانشائه، فان كون الشيء تالفاً حال حدوث البيع يوجب عدم انعقاده وكذلك تلفها قبل القبض أو قبض انقضاء زمان الخيار يوجب انحلاله وكما تلف وصف الصحه أو وصف كمال مشروط حال حدوث البيع يوجب خيار العيب أو الوصف المشروط للمشتري كذلك تلفهما قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار.

أقول: لم يظهر وجه استفاده الضمان المعاملي من الصحيحه فان صيروره المبيع للمشتري قد تحقق بنفس البيع فيكون المراد صيرورته له بملك مستقر، ويكفي في عدم استقرار الملك نفس ثبوت خيار الحيوان ونحوه لان مع تمكن المشتري على فسخ معامله بذلك الخيار لا يكون ملكه استقرارياً حتى لو لم يكن ضمان البائع في ذلك الزمان ضمان معاملي بل ضمان يد كما لا يخفى.

نعم لا باس بدلاله معتبره عقبه بن خالد^(٢) على كون ضمان تلف المبيع قبل القبض ضمان معاملي وكذلك بعض الروايات في التلف زمان خيار الحيوان حيث ذكر سلام الله عليه فيها لو تلف المبيع قبل القبض يكون «من مال صاحب المتاع الذي هو

ص: ٣١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٢- (٢) مرّ سابقاً .

واحد، انتهى. لكن الذى حكاه فى اللمعه عن المحقق هو الفرع الثانى، وهو حدوث العيب فى مبيع صحيح. ولعلّ الفرع الأوّل مترتبٌ عليه، لأنّ العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتّى يكون سبباً للخيار غايه الأمر كونه غير مانع الشرح:

فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»(١) ومفاده تلف المبيع ملكاً للبائع وهذه عبارته أخرى عن انحلال البيع.

ولكن لا- دلالة لها على كون تلف وصف الصحة أو الكمال أيضاً ضمان معاملى، فانه لا يمكن أن يكون تلف الوصف ملكاً للبائع بأن يبقى البيع بالاضافه إلى نفس الموصوف بحاله وينحل بالاضافه إلى الوصف وقد تقدم عدم انحلال البيع وعدم تقسيط الثمن على الوصف والموصوف.

وقد يقال: انه يستفاد الضمان المعاملى بالاضافه إلى وصف الصحة أيضاً من مرسله جميل(٢)، حيث إن السؤال فيها «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً» يعم ما إذا علم حدوث ذلك العيب فيه قبل القبض وبعد البيع وما فى الجواب «إن كان الشيء قائماً بعينه فردّه» المراد من القيام بحاله مع قطع النظر عن ذلك العيب.

وفيه: أولاً- لا- يمكن الاعتماد عليها لارسالها. وثانياً: انه على فرض الاطلاق فى السؤال والجواب، فلا يعم الجواب فقد وصف كمال مشروط مع ان المدعى فيه أيضاً ضمان الوصف بضمن معاملى، كما انه لا يستفاد منها حكم العيب الحادث بعد القبض فى زمان خيار الحيوان ونحوه، فلا بد فى تعميم الضمان المعاملى بالاضافه إلى وصف الصحة أو الكمال قبل القبض أو زمان الخيار من التشبث بالتسالم، بل للاطمينان بعد

ص: ٣١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) مرّ سابقاً .

عن الردّ كخيار الثلاثه كان مانعاً عن الردّ بالعيب السابق، إذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيبٍ مضمونٍ على المشتري، فيكون الردّ فى زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق. فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث، ولذا ذكر فى اللمعه: أنّ هذا من المحقق منافٍ لما ذكره فى الشرائع: من أنّ العيب الحادث

الشرح:

انفكاك ضمان تلف العين عن تلف الوصف بان يكون الاول ضماناً معاملياً وتلف الوصف ضمان اليد كما لا يخفى.

أمّا الجبهه الثانيه: وهى على تقدير ضمان البائع العيب الجديد قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بضمان معاملى فهل الجديد مع القديم من قبيل العيين الموجدين حال البيع فى كونهما موجباً لوحدّه الخيار فى جبهه جواز الفسخ أو من قبيل شراء الحيوان ومجلس البيع فى ترتب الخيار على كل منهما.

وقد يقال: بتعدد الخيار فى جبهه جواز الفسخ وجبهه جواز المطالبه بالأرش، لان الدليل على الخيار بالعيب السابق ما دل على أن شراء ما به عيب أو عوار من غير علم المشتري وتبرأ البائع موضوع للخيار وما دل على ضمان البائع المبيع قبل القبض أو زمان خيار الحيوان مقتضاه كون العيب الجديد موضوعاً لخيار آخر، غايه الأمر الخياران متماتلان فى جبهه جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرش.

والحاصل: ان تعدد الموضوع يوجب تعدد الحكم ولو فرض أن كلاً من الموضوعين قد أخذ بنحو صرف الوجود بالاضافه إلى حكمه.

وعلى ذلك فلا يقاس العيب الجديد بالعيين الموجودين حال العقد حيث لا يتعدد الخيار فى جبهه جواز الفسخ.

نعم يتعدد جواز المطالبه بالأرش فيه أيضاً فان جواز المطالبه به نظير جواز المطالبه بالدين.

ص: ٣١٩

فى الحيوان مضموناً على البائع، مع حكمه بعدم الأرش. ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه، ويضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

الشرح:

ولكن لا يخفى عدم تعدد جواز الفسخ فى تعاقب العيين أيضاً حيث إن مفاد ما ورد فى ضمان البائع قبل القبض أو زمان الخيار استمرار الضمان المعاملى الحاصل على البائع عند البيع، وتعميم لموضوع ذلك الحكم إلى الانقضاء زمان خيار الحيوان أو الشرط، وإذا فرض أن العيب بصرف وجوده فى ذلك الزمان موضوع للخيار فلا يتعدد الخيار.

ويترتب على ذلك أنه لو اسقط العيب السابق أى جواز الفسخ به قبل حدوث العيب الجديد يثبت له جواز الفسخ بالعيب الجديد، بخلاف ما سقط جواز الفسخ بعد حدوثه فإنه لا يبقى له حق فى جواز الفسخ.

ثم إن الكلام فى كون العيب الجديد موجباً لخيار آخر أم لا- فيما إذا لم يكن ذلك العيب بفعل المشتري وإلا فيكون ذلك الحدث موجباً لمضى البيع وجواز المطالبة بأرش العيب السابق كما هو مقتضى معتبره زواره وغيرها.

وكذا إذا كان العيب الجديد بفعل البائع أو الأجنبى، فإنه يكون ضمان البائع أو الأجنبى العيب الجديد بضمان يد ولا يبعد أن يكون فعلهما أيضاً مسقطاً لجواز الفسخ بالعيب القديم لعدم قيام العين بحالها، وبما كان عليه حال البيع كما هو مفاد مرسله جميل (1) وتمام الكلام فى ذلك فى بحث القبض إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٢٠

١- (١) مَرَّت سابقاً .

العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار

وأما الثالث: أعنى العيب الحادث في يد المشتري [١] بعد القبض والخيار فالمشهور أنه مائع عن الردّ بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام وفي ظاهر الغنيه الإجماع عليه.

الشرح:

[١] وذكر قدس سره بما حاصله: أنه لو حدث في المبيع المعيب عيب جديد في يد المشتري بعد القبض وانقضاء الخيارات فيسقط بحدوثة جواز الفسخ بالعيب السابق.

والمراد بالعيب الجديد مجرد النقص الموجب لصدق التغير وعدم بقاء العين بحالها التي كانت عليها حال البيع ولو لم يكن النقص الحادث من العيب أى ما يوجب الأرش كما إذا باع داراً من اثنين فظهر عيب في الدار وأراد أحد المشتريين فسخ البيع من حصته، فان الفسخ في حصته يكون موجباً لشركه البائع والمشتري الآخر في الدار.

ومثله ما إذا باع شيئين بصفقه واحده وظهر في أحدهما عيب وأراد مشتريهما فسخ البيع في حصته فانه لو فسخ البيع يصدق عدم بقاء المبيع بحاله وكون ذلك مع الشيء الآخر كان ملكاً للبائع وكذا فيما إذا باع عبداً كاتباً وظهر فيه عيب، ولكن كان العبد بيد المشتري قد نسي الكتابه ومثله نسيان الدابه الطحن عندما اريد فسخ شرائها بالعيب السابق.

ويمكن الاستدلال على جميع ذلك بمرسله جميل فان الوارد فيها «إن كان الشيء قائماً بعينه» (١)، كما يظهر ذلك في مسأله تقديم قول البائع في اختلافه مع المشتري في قدر الثمن، إلا أن التمثيل لتغير في المرسله بقطع الثوب وخطاطته وصبغه قرينه على أن المراد ببقاء الشيء بعينه عدم التغير بمطلق النقص حيث إن خياطه الثوب أو صبغه لا يوجب النقص الموجب للأرش غالباً.

بل ربما يقال: إن المراد ببقائه بعينه عدم التغير لا بالنقص ولا بالزيادة كسمن

ص: ٣٢١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٣ .

والمراد بالعيب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعم عيب الشركه وتبعض الصفقه إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقه وظهر العيب في بعضه فأراد ردّ المعيب خاصه، ونحوه نسيان العبد الكتابه كما صرح به في القواعد وغيره، ونسيان الدابته للطحن كما صرح به في جامع المقاصد. ويمكن الاستدلال على الحكم في المسأله بمرسله جميل المتقدمه، فإنّ «قيام العين» وإن لم ينافِ بظاهره مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم في مسأله تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين، إلاّ أنّ الظاهر منه بقرينه التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب وخطايطه وصبغه ما يقابل تغير الأوصاف والنقص الحاصل ولو لم يوجب أرشاً، كصبيغ الثوب وخطايطه. نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزياده، كالتسمن وتعلم الصنعه. لكنّه يندفع: بأنّ الظاهر من

الشرح:

الدابه وتعلم الصنعه، ولكن لا- يمكن المساعده عليه فان ظاهر قيام العين عدم نقصها بمعنى أن لا يحدث فيه ما يوجب نقص ماليتها، لا أن لا يحدث فيه ما يوجب زيادتها حيث إن الحكم بسقوط جواز الفسخ مع عدم قيام المبيع بحاله بحسب الفهم العرفي رعايه لحال البائع فلا يعم حدوث الزياده كما لا يخفى.

وذكر في التذكره(1) مع الإغماض عن المرسله وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ بالعيب الجديد الحادث في يد المشتري: وهو أن النقص أي العيب الحادث في يد المشتري يوجب تلف شيء من المبيع فيكون مضموناً على المشتري ويسقط به جواز فسخه لأن مع رد المبيع يلزم تحمل البائع المبيع مع العيب الجديد وهذا ليس بأولى من تحمل المشتري ذلك الشيء مع العيب القديم.

ص: ٣٢٢

قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا- ينقص مائتته، لا- بمعنى أن لا- يزيد ولا- ينقص، كما لا يخفى على المتأمل. واستدلّ العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسله: بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط ردّه، للنقص الحاصل في يده، فإنّه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث. والمرسله لا تشمل جميع أفراد النقص، مثل نسيان الدابّة للطحن وشبهه. والوجه المذكور بعدها قاصر عن إفاده المدعى، لأنّ المرجح بعد عدم الأولويّه من أحد الطرفين إلى أصاله ثبوت الخيار وعدم ما يدلّ على سقوطه، غايه الأمر أنّه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرش للبائع إذا ردّه، كما لو تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين. أمّا مثل نسيان الشرح:

ثمّ إن المصنف قدس سره قد أورد على كل من الاستدلال على الحكم بالمرسله وبالوجه المذكور في كلام العلامة:

أمّا المرسله: فإنها لا يعم مثل نسيان العبد الكتابه ونسيان الدابه الطحن ونحوهما من موارد عدم تغير عين المبيع.

وأمّا ما في التذكرة: فانه مع عدم ثبوت الأولويه يرجع إلى استصحاب بقاء الخيار للمشتري فيكون كما إذا فسخ البيع بالإقاله أو بالغبن مع تعيب المبيع في يد المشتري، فان البائع يرجع إلى المشتري بأرش العيب الحادث في يده، لأن الأوصاف وان لا تدخل في ضمان المشتري لأن المبيع في زمان الخيار ملكه والمالك لا يضمن ماله، إلا أن وصف الصحه بمنزله جزء المبيع في كون تلفه عند فسخ المعامله يوجب رجوع البائع إلى بدله لأن المبيع وكذا أجزائه مضمون على المشتري بضمان معاملي.

والحاصل: أن النقص الحادث في يد المشتري إذا لم يكن من العيب فلا موجب لسقوط جواز الفسخ ولا لثبوت الأرش.

الصنعه وشبهه فلا يوجب أرشاً بل يرده، لأنّ النقص حدث في ملكه و إنّما يضمن وصف الصّحّه لكونه كالجزيء التالف، فيرجع بعد الفسخ ببذله. نعم، لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضرر. لكنّ العمده في دليل الردّ هو النصّ والإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشكّ في المسقط لا بأس به.

الشرح:

ولا يقاس المقام بباب ضمان اليد(١) كما إذا غصب العبد الكاتب ونسى الكتابه بيده.

نعم لو كان الدليل على جواز الفسخ بالعيب القديم نفى الضرر(٢) لأمكن أن يقال: بعدم جواز الفسخ بعد حصول النقص، لأنّ تحمل البائع المبيع بالعيب القديم ضرر عليه وقاعده نفى الضرر الحاكمه بثبوت جواز الفسخ للمشتري لا يعم الفرض لأنه لا حكومه لقاعده نفى الضرر في مورد تعارض الضررين.

والحاصل: أن العمده في جواز الفسخ في شراء المعيب النص والإجماع ومع الشكّ في سقوط هذا الجواز يحكم ببقائه بالاستصحاب، ولكن لا- بأس بالأخذ بالمرسله والحكم بسقوط جواز الفسخ بمطلق النقص الحاصل في المعيب بعد القبض وانقضاء الخيارات الثلاثه.

وتوضيح الأخذ بها: هو أن الوارد فيها مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه خياطه الثوب وصبغه والنقص الحاصل للثوب بالخياطه والصنغ اعتباري حيث يتعلق حق المشتري بخياطه الثوب أو صبغه.

ومن الظاهر أن تعلق حقه به بحيث يبقى ذلك الحق له على فرض الفسخ نقص

ص: ٣٢٤

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

إلا- أن الإنصاف أن الاستفادة من التمثيل في الرواية بالصيغ والخياطة هو إناطه بالحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك: أن المراد ب«قيام العين»، هو ما يقابل الأعم، من تلفها وتغيرها، على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك. لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا- الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، والمراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش، فإن النقص الحاصل بالصيغ والخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالشوب من جهة الصيغ والخياطة، وهذا ليس عيباً اصطلاحياً.

الشرح:

اعتباري وليس من العيب الموجب للأرش.

وعلى ذلك فيكون جواز فسخ شراء المعيب مشروطاً بعدم تغير العين الأعم من تلفها أو حصول النقص فيها ولو كان النقص اعتبارياً.

لا يقال: ما ذكر مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه من قبيل التغير الحسى، ولو لم يكن من العيب الموجب للأرش، واما مثل نسيان العبد الكتابه أو الدابه للطحن فلا يدخل في التغير الموجب لسقوط جواز الفسخ.

فانه يقال: لما يحتمل الفرق بين حدوث العيب الجديد وبين غيره من النقص بأن لا يكون النقص من غير عيب مسقطاً لجواز الفسخ، فإذا كان ظاهر المرسله عدم الفرق بينهما فلا يحتمل الفرق بين النقص المحسوس والنقص الاعتباري.

وكيف كان فلا وجه لما عن المفيد في المقنعه (1) من عدم كون العيب الجديد مسقطاً لجواز الفسخ.

أقول: لو بنى على العمل بالمرسله فلا حاجه إلى اتعاب النفس في إدخال مثل نسيان العبد الكتابه أو الدابه الطحن في مدلولها لأنه يصدق مع النسيان عدم قيام المبيع

ص: ٣٢٥

ودعوى: اختصاصه بالتغيّر الخارجى الذى هو مورد الأمثله فلا يعمّ مثل نسيان الدابّه للطحن.

يدفعه: أنّ المقصود مجرد النقص، مع أنّه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث وإن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت فى المغيّر وغيره، للقطع بعدم الفرق، فإنّ المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز ردّ العين إلّا مع أرشه، وكونه مجرد نقص لا يوجب أرشاً كنسيان الكتابه والطحن. أمّا الفرق فى أفراد النقص الغير الموجب للأرش بين مغيّر العين حساً وغيره فلا مجال لاحتماله. ثم إنّ ظاهر المفيد فى المقنعه المخالفه فى أصل المسأله، وأنّ حدوث العيب لا يمنع عن الردّ. لكنّه شاذٌّ على الظاهر.

الشرح:

بحاله؛ بل ظاهرها اعتبار قيامه بحالها حتى بعد الفسخ إلى أن يصل إلى يد بايعه ولو حصل النقص بعد الفسخ وقبل رده إلى صاحبه فلا يكون ذلك الفسخ نافذاً.

وبهذا يمكن أن يقال مع حصول الشركه بالفسخ بل التبعض فى الصفقه بالفسخ لا يكون ذلك الفسخ نافذاً.

هذا مع الإغماض عما يأتى من أن الثابت فى بيع الشىء من اثنين أو بيع الشئتين بصفقه واحده ثبوت خيار واحد. وانه لا يثبت الخيار فى كل من البيوع الانحلاليه.

بل الأمر كذلك لو أغمض عن المرسله واستند فى سقوط الخيار بالحدث بمعتبره زواره، فان الوارد فيها مسقطاً لجواز الفسخ، وان كان إحداث المشتري شيئاً إلّا- أن استناد الحدث إلى المشتري لا دخل فى الحكم لأن المتفاهم العرفى هو اعتبار وصول المبيع إلى بايعه ثانياً على ما كان فى نفوذ الفسخ ونسبه الحدث إلى المشتري لفرض الغالب.

وما ذكره المصنف رحمه الله فى توضيح إدخال النقص الاعتبارى فى مدلول المرسله

ثم إن مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله [١] فلا يثبت بعد زواله، لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال في التذكرة: عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق، سواء زال أم لا.

الشرح:

من أن تعلق حق المشتري بخياطه الثوب أو صبغه نقص فيه لا يمكن المساعدة عليه، فانه لو اسقط المشتري حقه قبل الفسخ لا يجوز أيضاً الفسخ بل لا حق للمشتري مع نفوذ الفسخ بل ملكه الخيوط أو الصبغ إذا كان له عين كما أوضحنا ذلك في حكم الفسخ بخيار الغبن.

[١] لو زال العيب الحادث أو التغير الحادث بأن عادت العين على ما كانت عليه حال البيع فهو يجوز للمشتري فسخ البيع أو أنه يمضى عليه البيع؛ وانما يكون له المطالبة بالأرش كما كان ذلك قبل زوال العيب أو التغير؛ ذكر المصنف رحمه الله عدم جواز فسخ البيع بعود العين على ما كانت عليه لأن جواز الفسخ قد سقط بحدوث العيب والنقص ولا دليل على عوده ومقتضى الاستصحاب عدم عوده، كما ذكر ذلك في التذكرة.

ولكن فصل في التحرير (١) وقال: إن كان العيب بفعل المشتري فلا يجوز الفسخ بزواله، وكان له المطالبة بالأرش خاصة، بخلاف ما إذا لم يكن بفعله فانه يجوز الفسخ بزواله.

ووجهه المصنف رحمه الله: بأن سقوط جواز الرد بحدوث العيب الجديد لئلا يتضرر البائع برد العين عليه معيماً، ولأن ضمان العيب الجديد على المشتري ومع عود العين إلى ما كانت عليه لا ضرر على البائع ولا يكون للمشتري ضمان.

ص: ٣٢٧

لكن فى التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الرد ولا أورش عليه، انتهى. ولعل وجهه: أن الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث، وقد انتفى الأمران. ولو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد، كما فى الدروس وغيره، لأن عدم الجواز لحق البائع، وإلا فمقتضى قاعده خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمه العيب، وإنما منع من الرد هنا للنص والإجماع، أو للضرر.

الشرح:

أقول: لو كان الوجه فى عدم جواز الفسخ بالعيب الجديد ما ذكر لما كان فرق بين كون العيب الجديد بفعل المشتري أو غيره، فيجوز الفسخ مع زوال الحادث على التقديرين.

ولعل الوجه فيما ذكره فى التحرير: أن مقتضى معتبره زواره (١) سقوط جواز الفسخ بإحداث المشتري فى المبيع حدثاً سواء زال ذلك الحادث أم لا. وأما إذا لم يكن بفعله فمع زوال الحادث يصدق رد الشيء مع قيامه بعينه.

ولكن يرد على هذا الوجه من أن المتفاهم من معتبره زواره بمناسبه الحكم والموضوع عدم وصول العين إلى يد البائع على ما كانت عليه فيتحد مدلولها مع المرسله الا فيما كان التغير بفعل البائع فانه يمكن القول بشمول المرسله لهذا الفرض أيضاً، وأنه لا يجوز الفسخ فى هذا الفرض أيضاً، اللهم إلا أن يقال: إن لازم جواز الفسخ بعد زوال العيب الحادث تعدد جواز الفسخ للمشتري وهو خلاف ظاهر المعتبره بل المرسله.

وما ذكر السيد اليزدى قدس سره بعد استلزامه تعدد الخيار لأننا نمنع عن كون العيب

ص: ٣٢٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

ومما ذكرنا يعلم: أنّ المراد بالأرش الذى يغرمه المشتري عند الردّ قيمه العيب، لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشتري عند عدم الردّ، لأنّ العيب القديم مضمونٌ بضمان المعاوضه والحادث مضمونٌ بضمان اليد.

ثمّ إنّ صريح المبسوط: أنّه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش. وهذا أحد المواضع التى أشرنا فى أوّل المسأله إلى تصريح الشيخ فيها بأنّ الأرش مشروطٌ باليأس من الردّ، وينافيه إطلاق الأخبار فى أخذ الأرش.

الشرح:

الحادث الذى يزول قبل الفسخ مسقطاً وانما لا يكون له الرد خارجاً مادام العيب. وإذا زال العيب جاز الرد ونفذ الفسخ لا يمكن المساعده عليه، فان تجويز الرد كناية عن ثبوت الخيار ونفوذ الفسخ والأمر بأخذ الأرش كناية عن سقوطه. ومن الظاهر انه قبل زوال العيب كان له أخذ الأرش بمقتضى المعتبره والمرسله فىكون المرجع بعد زواله عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ولا- أقل من استصحاب عدم نفوذ الفسخ.

هذا كله فى جواز الفسخ بالخيار بحيث يكون للمشتري إلزام البائع بالفسخ المزبور. واما الفسخ برضا البائع فهو لا بأس به بل هو داخل فى الإقاله سواء رضى البائع بالفسخ مع أرش العيب الجديد أو بلا أرشه أيضاً وأخذ البائع الأرش على العيب الجديد ليس من الإقاله بالنقيصه ليقال بعدم جوازه بل الأرش لضمان المشتري للعيب الجديد بضمان اليد مع تمام البيع حدوثاً، كما فى البيع الفاسد أو بقاء، كما فى صورته فسخه بالخيار أو بالإقاله.

وأيضاً ليس أرش العيب الجديد من قبيل أرش العيب القديم الذى يستحقه المشتري على البائع على تقدير إبقاء البيع، فان ضمان البائع الأرش ضمان معاملى

ص: ٣٢٩

تنبيه:

ظاهر التذكرة والدروس: أن من العيب المانع من الردّ بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع [١].

الشرح:

فيؤخذ من البائع بنسبه تفاوت القيمتين أى المعيب والصحيح إلى الثمن المسمى، بخلاف ضمان المشتري العيب الجديد فانه يأخذ البائع من المشتري نفس مقدار تفاوت قيمتين.

وفى معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام «انه سأل عن رجل ابتاع ثوباً فلما قطعه وجد فيه خروفاً ولم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء فى ذلك؟ قال: اقبل ثوبك وإلا فهأبى صاحبك بالرضا وخفض له قليلاً ولا يضررك إن شاء الله تعالى، فان أبى فاقبل ثوبك فهو اسلم لك إن شاء الله تعالى» (١) فإن الخفض من الثمن على تقدير الاقاله أرش القطع كما لا يخفى.

[١] ذكر فى التذكرة (٢) والدروس (٣): أن تبعض الصفقة على البائع يوجب سقوط جواز فسخ البيع بالعيب القديم فيتعين للمشتري المطالبة بالأرش.

وذكر المصنف رحمه الله فى توضيح المقام أن التعدد الموجب للتبعض: إما فى أحد العوضين، كما إذا باع واحد شيئاً أو شيئين بصفقه من مشتر واحد وظهر بعض المبيع معيماً؛ ونظير ذلك ما إذا باع شيئاً بثمن خارجى فظهر بعض الثمن معيماً.

وإما التعدد فى البائع كما إذا باع اثنان شيئاً كالدار المشتركه بينهما بالمنصفه من واحد فظهر العيب فيها وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافه إلى حصه احد

ص: ٣٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٤ .

٢- (٢) راجع التذكرة ١ : ٥٣٦ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٢٨٤ .

وتوضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في العوض ثمناً كان أو مثمناً وإما في البائع، وإما في المشتري.

فالأول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمانٍ واحدٍ من مشتري واحدٍ فظهر بعضه معيباً، وكذا لو باع شيئاً بثمانٍ، فظهر بعض الثمن معيباً.

والثاني: كما إذا باع اثنان من واحدٍ شيئاً واحداً فظهر معيباً، وأراد المشتري أن يردّ على أحدهما نصيبه دون الآخر.

الشرح:

المتبايعين. وإما ان يكون التعدد في ناحيه المشتري، كما إذا اشترى اثنان داراً من بايعها فظهر العيب فيها وأراد أحد المشتريين فسخ الشراء بالاضافه إلى حصته ونظير ذلك ما إذا باع الدار مالکها من واحد ومات المشتري وأراد بعض ورثته فسخ الشراء بالاضافه إلى حصته الموروثه.

وإما فرض التعدد في ناحيه الثمن بأن باع نصف الدار بألف درهم ونصفها الآخر بمئه دينار فظهر العيب في الدنانير، وأراد البائع فسخ البيع بالاضافه إلى الدنانير فقد ذكر قدس سره: أنه لا إشكال في نفوذ هذا الفسخ لكون الموجود خارجاً عقدين ولم يتعرض قدس سره لثبوت خيار التبعض الصفقه على المشتري، حيث انه قد أقدم على شراء نصف الدار بالدرهم على أن يتم له شراء نصفها الآخر بالدنانير، بل ظاهره عدم ثبوت خيار التبعض.

ولكن هذا الخيار على تقديره لا يمنع عن فسخ البائع البيع بالاضافه إلى الثمن المعيب لأن التبعض الحاصل بالاضافه إلى المبيع أو الثمن لا يمنع الفسخ كما يأتي.

أمّا الصوره الأولى كما باع شيئاً أو شيئين بصفقه واحده أى بثمانٍ واحدٍ فظهر بعض المبيع مبيعاً وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافه إلى المعيب فقد ذكر قدس سره عدم جواز هذا الفسخ لأن الفسخ إذا كان في الجزء المشاع يتبع المبيع المعيب على

والثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيباً، فاختار أحدهما الردّ دون الآخر، وألحق بذلك الوارثان لمشتري واحدٍ للمعيب.

وأما التعدّد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمانٍ وبعضه الآخر بثمانٍ آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، ولا إشكال في جواز التفريق بينهما.

الشرح:

البائع، وكذا إذا أراد فسخ الشراء بالاضافه إلى أحد الشئيين الذي ظهر فيه العيب، فان التفريق الحاصل بالفسخ حدث في المعيب ونقص آخر فيه، ولذا لو حدث هذا التفريق في المبيع الصحيح كما إذا باع شئيين بصفقه واحده فظهر أحدهما مستحقاً للآخر يثبت للمشتري الخيار بالاضافه إلى شراء الآخر.

لا- يقال: يمكن منع النقص الحاصل بالالتمزام بثبوت خيار التبعض للبائع فيكون الفرض، كما إذا اشترى حيواناً مع غيره بصفقه واحده وفسخ الشراء بالاضافه إلى الحيوان في ثلاثه أيام فانه يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافه إلى بيع غير الحيوان.

فانه يقال: ثبوت الخيار بالتبعض للبائع غير ممكن في المقام؛ لانه ربما يكون ضرورياً للمشتري حيث إنه يريد الامسك بالشيء الصحيح.

ويدلّ على عدم جواز الفسخ بالاضافه إلى الشيء المعيب ويتعين المطالبه بالأرش ماورد في المنع عن رد الثوب المعيب بالخياطة والصبغ فان المانع عن الفسخ ليس التغير الخارجى بالخياطة والصبغ لحصول هذا التغير في سمن الدابه ونحوها، بل المانع في الحقيقه حصول الشركه في الثوب بالخياطة والصبغ في فرض ردّه، وهذه الشركه نقص يمنع عن الفسخ بالمعيب القديم.

أقول: قد تقدم عدم الشركه في صنع الثوب وخياطه بالفسخ حتى الشركه في المالىه لعدم اعتبار الوصف ملكاً لواحد والموصوف آخر؛ بل المسقط لجواز الفسخ نفس التغير الخارجى المحسوب حدثاً في المعيب فلا يضر السمن المتعارف الذى

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه، لأن المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه، وإن كان معيناً فهو ناقص من

الشرح:

لا يعد حدثاً.

والتبعض على البائع فيما إذا كان بيع الشيئين بصفقه واحد فظهر العيب في أحدهما لا يكون حدثاً ونقصاً في الشيء المعيب، ولو كان نقصاً فيه لما كان فيما إذا بيع الحيوان مع غيره بصفقه خيار التبعض للبائع بالاضافه إلى غير الحيوان لأن النقص في الحيوان مضمون على البائع في زمان خياره بل ثبوت خيار التبعض تخلف الشرط على البائع.

وعلى ذلك فيلزم التفصيل في المقام وهو أنه إذا بيع شيء وظهر العيب فيه، وأراد المشتري الفسخ في نصفه أو ثلثه ونحوهما فلا يجوز لأن الثابت للمشتري في شراء المعيب خيار واحد متعلق بشراء مجموع المعيب فلا يثبت الخيار في البيوت الانحلاليه.

وأما إذا كان الفسخ بالاضافه إلى شراء المعيب كما إذا باع الشيئين بصفقه واحده، فظهر العيب في أحدهما فهذا الفسخ لا بأس به، ويكون نظير شراء الحيوان مع غيره غايه الأمر يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافه إلى بيع الشيء الآخر كما لا يخفى.

ولو كان التبعض على البائع من حدوث النقص في المعيب فيما لو باعه مع غيره بصفقه لما جاز فسخ شراء الحيوان في الثلاثه فيما لو شراه مع غيره بصفقه، لأن إحداث المشتري الحدث في الحيوان أيضاً موجب لسقوط خيار الحيوان فالتبعض الحاصل بفسخ شراء الحيوان في الفرض يمنع عن نفوذ ذلك الفسخ.

والحاصل: لم يعلم الفرق بين مسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه وشراء

ص: ٣٣٣

حيث حدوث التفريق فيه، وكلُّ منهما نقضٌ يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الردّ من نسيان الدابّة الطحن. وهذا الضرر وإن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فردّه المشتري بخيار الثلاثة إلاّ أنّه يوجب الضرر على المشتري، إذ قد يتعلّق غرضه بإمساك الجزء الصحيح. ويدلّ عليه النصّ المانع عن الردّ بخياطة الثوب والصبغ، فإنّ المانع فيهما ليس إلاّ حصول الشركه في الثوب بنسبه الصبغ والخياطة لا مجرد تغيّر الهيئه، ولذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة كالسّمّن لم يمنع عن الردّ قطعاً. وقد يستدلّ بعد ردّ الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع دفعه بظهور الأدلّه في تعلق حقّ الخيار بمجموع المبيع [١] لا كلّ جزءٍ منه، لا أقلّ من الشكّ، لعدم إطلاقٍ موثوقٍ به، والأصل اللزوم.

الشرح:

المعيب مع غيره بصفقه وأنه لا وجه للالتزام بنفوذ فسخ شراء الحيوان وعدم نفوذ فسخ شراء المعيب.

[١] ذكر في الجواهر (١) في وجه عدم جواز الفسخ بالاضافه إلى المعيب: أن الخيار يثبت في البيع بالاضافه إلى تمام المبيع لا بالاضافه إلى أجزائه.

وأجاب المصنف عنه بأن ذلك أمر متسالم عليه؛ ولذا لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الجزء الصحيح خاصه، إلاّ أن الكلام في أن مع انطباق موضوع الخيار على جزء الصفقة يكون مورد الخيار شراء ذلك الجزء، كما في مسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه، إلاّ أن يدعى أن مع تحقق العيب في جزء الصفقة يصدق عليه أنها معيبه كصدق المعيب على الثوب المبيع فيما إذا كان العيب في بطن أطرافه.

ص: ٣٣٤

وفيه مضافاً إلى أن اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً وإن رضی البائع، لأنّ المنع حينئذٍ لعدم المقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه وهو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع : أنه لا يشكّ أحدٌ في أنّ دليل هذا الخيار كغيره من أدلّه جميع الخيارات صريحٌ في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزءٍ، ولذا لم يجوز أحدٌ تبعض ذي خيارٍ بين أجزاء ما له فيه الخيار، ولم يحتمل هنا أحدٌ ردّ الصحيح دون المعيب، وإنّما وقع الإشكال في أنّ محلّ الخيار هو هذا الشيء المعيوب غاية الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لئلا يتبعص الصفقه عليه، وإمّا لقيام الإجماع على جواز ردّه، وإمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم أو أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه؟

الشرح:

وقال أيضاً: إن لازم ما ذكر في الجواهر عدم جواز الفسخ في المعيب خاصه ولو مع رضا البائع لأن مقتضى ما ذكر عدم الموجب لفسخ شراء المعيب خاصه لا لوجود المانع يعنى لزوم الضرر على البائع بحصول النقص بالتبعص ليرتفع مع رضاه.

وذكر في آخر كلامه: أنّ الأمر في المقام يدور بين الالتزام بثبوت جواز الفسخ بالاضافه إلى المعيب ومع تحقق الفسخ يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه، ومع ينتفى سلطنه المشتري على الإمساك بالجزء الصحيح، وبين الالتزام بعدم سلطنه المشتري على الفسخ بالاضافه إلى المعيب من الأول.

ولو لم يكن الثانى أولى فلا أقل من مساواته مع الأول فيرجع إلى أصاله اللزوم، فيكون الفرق بين المقام ومسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه بالإجماع، كما أن للشفيح أن يأخذ بحق شفخته في بعض الصفقه بالإجماع أيضاً.

أقول: قد تقدم سابقاً أن الفسخ مع رضا البائع داخل في الاقاله، فكيف لا يجوز مع

وبعبارة أخرى: الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب الخيار أم لا؟ بل غايه الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد في رد المبيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير أخبار خيار الحيوان، وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم العيب إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لا- جزئه الاعتباري كأحد الشيئين الذي هو محل الكلام. ومنه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل: «إذا كان الشيء قائماً بعينه» لأن المراد ب«الشيء» هو العيب، ولا شك في قيامه هنا بعينه.

وبالجمله، فالعمده في المسأله مضافاً إلى ظهور الإجماع ما تقدم: من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطنه للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد أولاً أولى، ولا أقل من التساوى، فيرجع إلى أصالة اللزوم. والفرق بينه وبين خيار الحيوان الإجماع، الشرح:

رضا البائع والاقاله مشروعه حتى بالاضافه إلى البيوع الانحلاليه، كما هو مقتضى قوله عليه السلام «أيا عبد أقال مسلماً في بيع اقاله الله عثرته يوم القيامة»^(١).

وذكرنا في المقام أن مورد خيار العيب فيما لو باع المعيب مع غيره بصفقه هو شراء المعيب وأن التبعض على البائع لا يمنع عن نفوذ فسخ، غايه الأمر يثبت لكل منهما خيار التبعض بالاضافه إلى الجزء الآخر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٣٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٨٦ ، الباب ٣ من أبواب آداب التجاره ، الحديث ٢ .

كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعه في بعض الصفقه. وبالجملة، فالأصل كافٍ في المسأله. ثم إن مقتضى ما ذكره: من إلحاق تبعض الصفقه بالعيب الحادث: أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقه جاز الرد، كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدّ وهماً. وهذا ممّا يدلّ على أنّ محلّ الخيار هو الجزء المعيب، إلاّ أنّه منع من ردّه نقضه بالانفراد عن باقى المبيع، إذ لو كان محلّه المجموع لم يجز ردّ المعيب وحده إلاّ بالتفاسخ المجوّز لردّ الصحيح منفرداً أيضاً.

وأما الثانى: وهو تعدّد المشتري [١] بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيبٌ، فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعه. واستدلّ عليه فى التذكرة وغيرها بأنّ التشقيص عيبٌ مانعٌ من الردّ. خلافاً للمحكى عن الشيخ فى باب الشركه والإسكافى والقاضى والحلى وصاحب البشرى، فجوزوا الافتراق.

الشرح:

[١] قد ظهر مما تقدم من أن انطباق موضوع الخيار على البيع الانحلالي يوجب ثبوت الخيار فيه ولو مع كونه انحلالياً.

وعليه فإذا اشترى اثنان عيناً وظهر فيها عيب فانه وإن ذكر المصنف قدس سره أن الثابت للمشتريين خيار واحد فيرجعان بالأرش إن لم يجتمعا على الفسخ إلا- أنه لا- يمكن المساعدة عليه، فانه يصدق على كل من المشتريين أنه اشترى ما به عيب ولو كان ذلك الشيء النصف المشاع من العين، فيكون لكل منهما خيار مستقل حتى لو قيل بأنه لو اشترى اثنان حيواناً لا يكون لكل منهما خيار الحيوان، بل يثبت لهما خيار واحد.

وذلك فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان، والخيار ثابت لمشتري الحيوان.

بخلاف المقام فان نصف العين المعيوبه شراء حصه فيها عيب.

لا يقال: الفسخ المزبور يوجب التبعض على البائع.

وفى التذكرة: ليس عندى فيه بُعدٌ، إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بإيجابه. وقوّاه فى الإيضاح لما تقدّم من التذكرة. وظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصوره علم البائع بتعدّد المشتري. واستجوده فى التحرير وقوّاه جامع المقاصد وصاحب المسالك. وقال فى المبسوط: إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثمّ أصاباً به عيباً كان لهما أن يرّداه وكان لهما أن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الرّد والآخر الإمساك كان لهما ذلك. ثمّ قال: ولو اشترى أحد الشريكين للشركة ثمّ أصابا به عيباً كان لهما أن يرّداً وأن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الرّد والآخر الإمساك نُظِرَ: فإن أطلق العقد ولم يخبر البائع أنّه قد اشترى للشركة لم يكن له الرّد، لأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، فإذا ادّعى أنّه اشتراه له ولشريكه، فقد ادّعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله وكان القول قول البائع مع يمينه إلى أن قال: وإن أخبر البائع بذلك، قيل: فيه وجهان: أحدهما وهو الصحيح أنّ له الرّد، لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنّه يبيعه من اثنين وكان لأحدهما أن ينفرد بالرّد دون الآخر، وقيل: فيه وجهٌ آخر، وهو أنّه ليس له الرّد، لأنّ القبول فى العقد كان واحداً، انتهى. وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول فى العقد الشّرح:

فانه يقال: التبعض فى العين قد حصل بالبيع من اثنين، ولكن بما ان البيع منهما بعقد واحد يكون بيع كل حصه مشروطاً بتمام بيع الحصه الأخرى، فيثبت للبائع مع فسخ أحدهما دون الآخر خيار تبعض الصفقه بلا فرق بين علم البائع وجهله بتعدد المشتري.

نعم إذا ادعى المشتري بأنه اشترى العين لاثنين وأنكره البائع يقدم قول البائع لموافقته قوله لظهور قبول المشتري فى كونه لنفسه ويؤخذ المشتري بتمام الثمن وهذه مسأله أُخرى.

واحداً عن اثنين، أمّا إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام فى جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل بين علم البائع وجهله. لكن التأمّل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع لاثنين أو لواحد، فإنّه قدس سره علّل عدم جواز الردّ فى صورته عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم البائع بالتعدّد. وكذا حكمه قدس سره بتقدّم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيّنه من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك دليل على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد فى الواقع بالبيّنه وإن لم يعلم به البائع، إلّا أن يحمل «اليمين»، على يمين البائع على نفى العلم، ويراد من «البيّنه» البيّنه على إعلام المشتري للبائع بالتعدّد. وكيف كان، فمبنى المسأله على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدّد العقد بتعدّد المشتري ووحدته.

والأقوى فى المسأله: عدم جواز الافتراق مطلقاً، لأنّ الثابت من الدليل هنا خياراً واحداً متقومّاً باثنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، ولا- دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى والنصوص من أنّ: «من اشترى معيماً فهو بالخيار» الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب. لكن الظاهر بعد التأمّل انصرافه إلى غير المقام، ولو سلّمنا الظهور لكن لا ريب فى أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصّيته، وهو مانع من الردّ. ومن ذلك يعلم قوّه المنع وإن قلنا بتعدّد العقد. وما ذكره تبعاً للتذكرة: من أنّ التشقيص حصل بإيجاب البائع، فيه: أنّه أخرجه غير مبعضٍ وإنّما تبعض بالإخراج، والمقصود حصوله فى يد البائع كما كان قبل الخروج، وخلاف ذلك ضررٌ عليه، وعلم البائع بذلك ليس فيه إقدام على الضرر إلّا على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض، وهو محلّ الكلام.

والحاصل: أنّ الفرق بين هذه المسأله والمسأله الأولى غير وجيه.

يسقط الأرش دون الردّ في موضعين:

وأما الثالث: وهو تعدّد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق. ولو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كلٌّ من كلِّ ربعاً، فإن أراد أحدهما ردّاً ربعاً إلى أحد البائعين دخل في المسأله الثانيه ولذا لا يجوز، لأنّ المعيار تبعض الصفقه على بائع الواحد.

مسأله: يسقط الأرش دون الردّ في موضعين [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه يثبت في شراء المعيوب جواز الفسخ دون الأرش في موضعين:

أحدهما: ما إذا اشترى ربوياً بجنسه وظهر العيب في أحد العوضين فإنه يجوز لمن انتقل إليه المعيب فسخ البيع، ولكن لا يجوز له المطالبه بالأرش لأن أخذ الأرش يوجب كون المعامله ربوياً، وأن لا يشتري جنس واحد مثلاً بمثل.

وفي المسأله قولان آخران: جواز أرش مطلقاً لأن الأرش لا يدخل في أحد العوضين ليكون أخذه زياده في أحدهما على الآخر، وجواز أخذه من غير جنس العوضين.

وذكر في التذكرة لجواز أخذ الأرش وجهاً ثالثاً في المسأله المعروفه، وهي ما إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب بعد حدوث عيب جديد فيه في يد المشتري، فإن في المسأله وجوهاً ثلاثه:

الأول: فسخ البيع ولو بعد حدوث العيب الجديد، غايه الأمر أن للبائع إلزام المشتري برد قيمه العوض المفروض فيه عيب قديم وعدم حدوث عيب جديد.

والثاني: الفسخ برضا البائع مع رد المشتري على البائع أرش العيب الجديد.

والثالث: عدم جواز الفسخ بل يجوز للمشتري مطالبه البائع بأرش العيب القديم، ولا يكون أخذه رباً، لأن المعترف في بيع الشئ بجنسه المماثله بين العوضين عند إنشاء المعامله لا في بقائها.

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيبٌ في أحدهما، فلا أرش حذراً من الربا.

ويحتمل جواز أخذ الأرش، ونفى عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاها وجهاً ثالثاً لبعض الشافعيّين، موجّهاً له بأنّ المماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد وقد حصلت، والأرش حقٌّ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى. ثمّ ذكر أنّ الأقرب أنّه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين، لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيءٍ آخر، انتهى. وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدّم على العلامة، الشرح:

وعليه فيجوز للمشتري المطالبة بالأرش من غير فرق بين كون الأرش من جنس العوضين أو من غيره فانه لو لم يجز أخذ الأرش من جنس العوضين باعتبار كونه رباً لم يجز أخذه من غير الجنس أيضاً لأن الربا في المعاوضة معاوضه شيء بجنسه مع الزيادة في أحد العوضين.

ووجه المصنف رحمه الله اعتبار المماثلة في حدود المعاوضة لا في بقائها ان وصف الصحة في العوضين لا يقابل بشيء من العوض الآخر؛ ولذا لا يكون الأرش جزءاً من الثمن، ولا يدخل في ملك من انتقل إليه المعيب بمجرد العقد، غايه الأمر يكون إطلاق العقد مقتضاه التزام البائع بوصف الصحة نظير التزامه بوصف الكمال وقد جوّز الشارع لمن انتقل إليه المعيب اختيار تغريم الملتزم بوصف الصحة بالقيمة بنسبه المعاوضة سواء كانت القيمة من الثمن أو من غيره.

ولكن ناقش في التوجيه بأن الأرش عرفاً وشرعاً عوض وصف الصحة و ما دل على حرمه المعاوضة إلا مثلاً بمثل مقتضاه إلغاء وصف الصحة في العوضين من جنس واحد والمنع عن أخذ العوض عليه ولو بعنوان التغريم.

وحاصل وجهه: أنّ صفه الصّحّه لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصّحّه أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً ولو من غير الثمن وإلاّ- لثبت في ذمّه البائع وإن لم يختر المشتري الأرش، بل الصّحّه وصفٌ التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيءٍ من المال كسائر الصفات المشترطه في المبيع، إلاّ أنّ الشارع جوّز للمشتري مع تبيّن فقده أخذ ما يخصّه بنسبه المعاوضه من الثمن أو غيره. وهذه غرامه شرعيّه حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع. هذا، ولكن يمكن أن يدعى: أنّ الاستفادة من أدلّه تحريم الربا وحرمة

الشرح:

ووجه السيد اليزدي قدس سره (1) عدم لزوم الربا بأخذ الأرش بأن المنهى عنه في الربا نفس معاوضه شيء بشيء من جنسه مع الزيادة في أحدهما بحيث تكون الزيادة في أحد العوضين بالجعل المعاملي سواء كانت تلك الزيادة مالا من جنس العوضين أو من غيره أو كان فعلاً.

وأما إذا كانت المعاوضه بين المتماثلين وكانت الزيادة بحكم الشرعي مترتب على تلك المعامله فهذا خارج عن الربا في المعاوضه، والأرش فيما نحن فيه من قبيل الثاني.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن الارش عوض عن وصف الصّحه شرعاً وعرفاً فان كان المراد العوض الجعلي فلا نسلمه فان وصف الصّحه لا يقابل بشيء من العوض في المعامله والا يزيد بها على نفس الشيء الآخر؛ وان كان المراد العوض الشرعي فهو لا يدخل في المعاوضه.

أقول: لو شرط إعطاء الزيادة على تقدير عدم وصف الصّحه في العوض من جنس المعوض تكون الزيادة جعليه فيحكم ببطلان الشرط لكونه مخالفاً للكتاب العزيز الدال على حرمة الربا.

ص: ٣٤٢

المعاوضه إلا مثلاً بمثل بعد ملاحظه أنّ الصحيح والمعيب جنسٌ واحدٌ أنّ وصف الصّحّه في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقدّه استحقاق عوض، ومن المعلوم: أنّ الأرش عوض وصف الصّحّه عرفاً وشرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوى الجنس الآخر. وبالجمله، فبناء معاوضه المتجانسين على عدم وقوع مالٍ في مقابل الصّحّه المفقوده في أحدهما. والمسأله في غايه الإشكال، ولا بدّ من مراجعه أدلّه الربا وفهم حقيقه الأرش، وسيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

الشرح:

ولا- يحتمل الفرق بينه وبين أخذ الأرش بأن يجوز الثاني، ولا يجوز الأول اللهم إلا أن يقال بطلان الشرط المزبور بمعنى عدم ترتب أثر عليه، فانه يثبت الأرش مع فقد وصف الصّحه سواء شرط أو لم يشترط نظير شرط الخيار في شراء الحيوان فانه يثبت إلى ثلاثه أيام شرط أو لم يشترط.

وحرمة المعاوضه الربويه بمعنى فساد أصل المعامله لا حرمتها تكليفاً تنحصر بما إذا كانت الزياده مالاً منضمماً إلى أحد العوضين حيث إن المعاوضه بين المتماثلين غير منشأه والمنشأه غير ممضاه فتفسد ويستفاد من لعن معطى الربا وآكله وآخذه حرمتها تكليفاً.

وأما إذا كانت الزياده عملاً بأن يشترط ذلك العمل في المعامله فلا يوجب بطلان الشرط فساد المعامله؛ ولذا لا يكون الربا في باب القرض مفسداً للقرض.

نعم حرمة المعامله تكليفاً يجرى في هذا القسم أيضاً؛ ولكن شرط إعطاء الأرش في معاملة شيء بجنسه لا يدخل في شيء من القسمين، لأنه شرط للوفاء بالحكم الشرعى.

ثم على تقدير شمول الربا للأرش في المقام فلا ينبغى الشك في الأخذ بإطلاق

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة [١] فإنه لا يتصور هنا أرشٌ حتى يحكم بثبوته، وقد مثلوا لذلك بالخصاء في العبيد.

الشرح:

خطاب تحريمه ورفع اليد عن إطلاق دليل الأرش، لأن خبر ثبوت الأرش بإطلاقه مخالف للكتاب العزيز، فلا يكون معتبراً في إطلاقه، بل لو قيل بأن الخبر المخالف للكتاب لا يعم ما إذا كانت المخالفه بالإطلاق من الكتاب، فإن الإطلاق لا يدخل في مدلول اللفظ بل هو حكم عقلي منوط بتماميه مقدماته ومع تعارض الخبر والكتاب في إطلاقهما لا حكم للعقل فتصل النوبه إلى الأصل العملي ومقتضاه عدم ثبوت الأرش حيث إن الأرش ثبوته حكم تعبدى فيحتاج إلى قيام الدليل عليه.

وأما إذا شك في شمول الربا للأرش فيؤخذ بإطلاق ما دل على ثبوت الأرش بلا معارض كمعتبره زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «أما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار إلى ان قال يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (١).

ودعوى عدم الإطلاق في المعتبره لأنها وردت في مقام بيان مضي المعامله على المعيب بالتصرف فيه كما ترى، فان الأصل في كل حكم يتكفله الخطاب كونه في مقام بيان قيوده وموضوعه والمذكور في المعتبره حكمان أحدهما مضي البيع مع التصرف وثنائهما تعين الأرش معه فلاحظ.

[١] ثانی الموضوعین ما إذا لم يكن النقص الموجود في المبيع موجباً لنقص قيمته السوقية كالخصاء في العبيد حيث إن الخصاء وان يكون نقصاً في الحلقة الأصلية، إلا أنه أمر مرغوب إليه في العبيد، فلا يوجب تنزل قيمه العبد، بل ربما يوجب

ص: ٣٤٤

وقد يناقش في ذلك: بأن الخصاء موجبٌ في نفسه لنقص قيمه لفوات بعض المنافع عنه كالفحوله، وإنما يرغب في الخصي قليلٌ من الناس لبعض الأغراض الفاسده، أعنى: عدم تستر النساء منه فيكون واسطه في الخدمات بين المرء وزوجته، وهذا المقدار لا يوجب زياده في أصل المائيه، فهو كعنبٍ معيوب يُرغب فيه لوجوده خمره.

الشرح:

زيادتها فيكون في الفرض جواز الفسخ دون الأرش لانتفاء الموضوع الثاني.

وقد يقال: عدم تنزل قيمه العبد بالخصاء عند قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسده من عدم تستر النساء منه، ويكون العبد واسطه في الخدمات بين المرء وزوجته لا يوجب عدم نقص قيمته السوقيه عند عامه الناس نظير العنب المعيوب حيث يرغب فيه بعض الناس لغرض التخمير ولوجوده خمره ربما يعطى له الثمن المساوى لصحيح العنب فيكون العبره في ثبوت الأرش القيمه السوقيه عند عامه الناس ممن لا يكون له غرض فاسد.

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بأن النقص عن الخلقه الأصليه إذا كان مما يرغب فيه الغالب بحيث لا يكون من رغبه النادر التي لا دخل لها في القيمه السوقيه للشيء عرفاً لا يوجب الأرش لعدم نقص القيمه السوقيه بالنقص المزبور وصحه الرغبه وفسادها لا دخل لها في القيمه السوقيه، فان مع الندره لا اعتبار بها ومع الغلبه يكون ملاك القيمه السوقيه، وعلى ذلك فلا يكون مثل الخصاء موجباً لجواز أخذ الأرش بل يوجب جواز الفسخ.

أقول: الأظهر عدم جواز الفسخ أيضاً لأن النقص المزبور لا يعد عيباً، بل هو نظير الختان أجنبي عن العيب والاستشهاد بكونه عيباً بمرسله السيارى لا يمكن المساعدة عليه لضعفها سنداً بالإرسال وعدم الاعتبار بفهم أبى ليلى ثانياً فتدبر.

ص: ٣٤٥

وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب في ما يشترط قبضه في المجلس

لكنّ الإنصاف: أنّ الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لا نادراً بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفه ولا هذا الغرض، صحّ أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لماليته الخصي، فكأنّ هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحّح الغرض وفساده شرعاً لا دخل لها في المائيه العرفيه، كما لا يخفى.

وبالجملة، فالعبره في مقدار المائيه برغبه الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهه أغراض أنفسهم أم من جهه بيعه على من له غرض فيه مع كثره ذلك المشتري وعدم ندرته بحيث يلحق بالاتفقيات.

مسأله: يسقط الردّ والأرش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد [١] بلا خلافٍ ولا إشكال، لأنّ الخيار إنّما ثبت

الشرح:

وقد يذكر موضع ثالث لسقوط الأرش دون جواز الفسخ وهو ما إذا ظهر العيب فيما يشترط قبضه في المجلس كما إذا باع دنانير بدراهم، وبعد حصول التقابض وانقضاء المجلس ظهر العيب في أحد العوضين، فأنه لا يجوز لمن انتقل إليه المعيب مطالبه صاحبه بالأرش حيث إنه لو أخذ الأرش بعد المجلس لما حصل التقابض في المجلس.

ولعلّ إغماض المصنف رحمه الله عن التعرض لذلك لأجل أن سقوط الأرش في الفرض مبني على كونه جزء العوضين ليعتبر قبضه في المجلس أيضاً. واما بناءً على أن الأرش تغريم كما هو الصحيح فلا وجه لاعتبار قبضه في المجلس أصلاً.

من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد

[١] ذكر قدس سره أن مع العلم بالعيب قبل العقد لا يثبت جواز الفسخ ولا جواز المطالبه بالأرش بلا خلاف ولا إشكال لأن الموضوع للخيار في الروايات العلم بالعيب ووجدانه بعد العقد فلا يكون العلم بالعيب قبل العقد داخلاً في موضوع الخيار.

وعن الجواهر (١) نفى الخيار مع العلم بالعيب قبل العقد بمفهوم معتبره زواره عن

ص: ٣٤٦

مع الجهل. وقد يستدلّ بمفهوم صحیحه زرارہ المتقدّمه. وفيه نظر. وحيث لا يكون العيب المعلوم سبباً لخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص الذي له أحكام خاصة فسد الشرط وأفسد، لكونه مخالفاً للشرع. ولو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه أحكامه، لا أحكام خيار العيب.

الشرح:

أبي جعفر عليه السلام قال: «أما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له» (١) الحديث.

وتنظر المصنف رحمه الله في الاستدلال بالمفهوم. ويقال في وجه نظره: إن المذكور في الرواية من القيد داخل في الوصف ولا مفهوم له.

أقول: لو كان وجه نظره ذلك لما كان فرق بين المقام ومسأله تبرؤ البائع عن العيب والمصنف استند بعد أسطر في نفي الخيار مع تبرئه بمفهوم قوله عليه السلام «ولم يتبرأ إليه» مع أنه لا فرق بين القيدين ولا يظن خفاء ذلك على المصنف.

والظاهر أن نظره قدس سره باعتبار أنه لم يذكر في المعترض ولم يعلم بل ذكر فيها «لم يبين له»، والبيان لازمه العرفي تبرؤ البائع من العيب فلا- يعم ما إذا علم المشتري العيب من الخارج، ومن غير بيانه فلا يكون للقيد المزبور دلالة على ثبوت الخيار للعالم بالعيب مطلقاً.

ولكن قد ذكر في المعترض زرارہ فأحدث بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار بذلك الداء، ومقتضاه فرض الجهل بالعيب حال العقد.

أضف إلى ذلك ظهور بيان العيب للمشتري في عدم علمه به. ولذا جعل قسماً للتبرؤ ولم يقيد بكون البيان من البائع.

ص: ٣٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

الثانى: تبرّي البائع عن العيوب إجماعاً فى الجملة [١] على الظاهر المصرّح به فى محكّي الخلاف والغنيه، ونسبه فى التذكرة إلى علمائنا أجمع.

والأصل فى الحكم قبل الإجماع، مضافاً إلى ما فى التذكرة: من أنّ الخيار إنّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامه، فإذا صرّح البائع بالبراءه فقد ارتفع الإطلاق صحيحه زواره المتقدمه ومكاتبه جعفر بن عيسى الآتیه.

الشرح:

ثمّ إنه لو شرط العالم بالعيب خيار العيب يبطل الشرط باعتبار كون المشروط خلاف السنه، حيث إن مقتضى التقييد فى السنه عدم ثبوت ذلك الخيار للعالم بالعيب، مع ان عدم الدليل على مشروعيه الخيار المزبور للعالم كاف فى الحكم ببطلان شرطه، لأن الشرط لا يكون مشروعاً كما يأتى، ولكن لا يكون فساد الشرط موجباً لفساد أصل المعامله كما هو ظاهر المصنف رحمه الله .

نعم لو كان مراده شرط مطلق الخيار فهو داخل فى شرط الخيار ولا بأس به.

[١] الثانى من مسقطات خيار العيب تبرى البائع من عيوب المبيع وكذا تبرى المشتري من عيب الثمن، ويشهد لسقوط الخيار بالتبري مع الإغماض عن الإجماع عليه فى الجملة، لأن الإجماع فى المقام مدركى معتبره زواره المتقدمه حيث إن انتفاء الخيار مع التبري مقتضى التقييد فيها بلم يتبرأ إليه ولم يبين له، وكذا حسنه جعفر بن عيسى «قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه إلى أن قال فكتب: عليه الثمن».

فانه حيث يكون التبري فى البيع فيمن زاد أمراً عاديا حكم عليه السلام بتحقيق التبري وبسقوط الخيار به.

ومقتضى إطلاق الروايتين كإطلاق الإجماع المنقول عدم الفرق بين التبري بنحو الاجمال أو تعيين العيب والتبري عنه كما أن مقتضى الإطلاق المزبور عدم الفرق بين

ومقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً وإجمالاً، ولا بين العيوب الظاهره والباطنه، لاشتراك الكلّ في عدم المقتضى للخيار مع البراءه. خلافاً للمحكى في السرائر عن بعض أصحابنا: من عدم كفايه التبرى إجمالاً. وعن المختلف نسبه إلى الإسكافي، بل إلى صريح آخر كلام القاضى المحكى في المختلف، مع أنّ المحكى عن كامل القاضى موافقه المشهور، وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين. ثمّ إنّ ظاهر الأدله هو التبرى من العيوب الموجوده حال العقد.

الشرح:

العيوب الظاهره أو العيوب الباطنه، كالمرض في العبد والأمه الذى يظهر أثناء السنه.

وممّا ذكرنا ظهر ضعف ما حكاه ابن إدريس (١) عن بعض أصحابنا من عدم كفايه التبرى بنحو الاجمال ونسب في المختلف عدم كفايته إلى الإسكافي (٢) كما ينسب إلى صريح كلام القاضى الذى حكاه عنه في المختلف (٣)، ولكن كلام القاضى (٤) في جامعه موافق لما عليه المشهور من كفايه التبرى مطلقاً.

وكيف ما كان فالأمر سهل بعد وضوح الحكم.

ثمّ إنّ ظاهر الروايتين التبرى عن العيب الموجود في الشىء حال العقد فهل يصح أيضاً التبرى عن العيب المتجدد في المبيع زمان ضمان البائع كالعيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان ونحوه أم فيه اشكال، حيث إن الروايتين المتقدمتين ظهورهما جواز التبرى عن العيوب الموجوده حال العقد، ويبقى في العيوب

ص: ٣٤٩

١- (١) السرائر ٢: ٢٩٦ ٢٩٧.

٢- (٢) المختلف ٥: ١٧٠.

٣- (٣) نسبه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٥، وراجع المختلف ٥: ١٧٠ ١٧١.

٤- (٤) حكاه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٥.

وأما التبرّي من العيوب المتجدّده الموجه للخيار، فيدلّ على صحّته وسقوط الخيار به عموم «المؤمنون عند شروطهم». قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون: لا يقال: إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب، لأننا نقول: التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلاّ بسبب حدوث العيب، والعقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع، وقد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد، لكنّه مخالف لسائر كلماته وكلمات غيره كالشاهد والمحقّق الثاني.

الشرح:

المتجدده قبل القبض عموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»^(١).

لا يقال: شرط سقوط الخيار في العقد من الإسقاط الاعتباري فيمكن ان يتعلق بما يحدث مستقبلاً كالخيار المترتب على العقد وحدث عيب في المبيع قبل قبضه أو زمان خيار الحيوان.

ولكن نفوذ هذا الإسقاط يحتاج إلى دليل عليه، وعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) لا يكون دليلاً على النفوذ لأنه لا بد في التمسك به والحكم بنفوذ الشرط كون المشروط في نفسه مشروعاً بقريته ما في ذيل قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»: «إلاّ شرطاً حرم حلالاً أو حلّ حراماً»^(٣) ومشروعيه إسقاط الخيار قبل حدوثه بأن كان بعد العقد وقبل حدوث العيب غير محرز بل شرطه يدخل في تحليل

ص: ٣٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

وبالجملة، فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤيه، بل الغرر في الأوّل أعظم، إلّا أنّه لمّا قام النصّ والإجماع على صحّة التبري من العيوب الموجوده فلا مناص عن التزام صحّته. مع إمكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطه في العين الغائبه باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على أصاله السلامه فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها، بخلاف الثاني فإنّ الغرر لا يندفع فيه إلّا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

وأما البراءة عن العيوب المتجدّده فلا يلزم من اشتراطها غرراً في البيع حتّى يحتاج إلى دفع الغرر بأصاله عدمها، لأنّها غير موجوده بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالاً.

ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور [١]: الأوّل: عهده

الشرح:

الحرام لأن الحرام يعم الوضعي واستصحاب عدم سقوط الخيار بالإسقاط بعد العقد، وقبل حدوث العيب يدخل شرطه في تحليل الحرام.

فانه يقال: إن ضمان البائع العيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بأن كان ذلك العيب أيضاً موجباً لخيار العيب فهو باعتبار توسعه الشارع ضمان الصحه إلى تحقق القبض وانقضاء زمان الخيار، وإذا لم يكن للبائع ضمان بالاضافه إلى وصف الصحه المفقوده حال البيع مع تبريه فلا يكون ضمان له بالاضافه إلى العيب الحادث مع تبريه أيضاً. فتدبر.

[١] التبري في البيع يتصور إضافته إلى أمور:

الأوّل: عهده العيب بأن لا يتعهد البائع بسلامه المبيع فلا يترتب على ظهور العيب فيه اثر من المطالبه بالارش أو جواز الفسخ.

والثاني: ضمان العيب وهذا أنسب لمعنى البراءة، حيث إن البراءة ظاهرها عدم

العيوب، ومعناه: عدم تعهد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب رد ولا أرش، فكأنه باعه على كل تقدير.

الثانى: ضمان العيب، وهذا أنسب بمعنى البراءة، ومقتضاه عدم ضمانه بمال، فتصير الصحه كسائر الأوصاف المشترطه فى عقد البيع لا توجب إلاّ تخييراً بين الردّ والإمضاء مجاناً، ومرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب فى عقد البيع، لا خيارها.

الشرح:

ضمان المال بالعيب المزبور فيكون وصف الصحه مع هذا التبرى كسائر أوصاف الكمال فى المبيع فى أن تخلفه لا يوجب إلاّ جواز الفسخ.

الثالث: حكم العيب أى لا- يترتب الخيار على العيب المزبور، والفرق بين الوجهين يعنى الأول والثالث وبين الوجه الثانى هو سقوط الأرش خاصه على الوجه الثانى، بخلاف الوجهين الأول والثالث، فانه يسقط معهما جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرش.

وأما الفرق بين الوجه الأول والثالث على ما ذكر السيد اليزدى رحمه الله (1) انه لا يترتب على الوجه الاول أثر على العيب حتى لو تلف المبيع بذلك العيب فلا- يكون فى البيع ضمان البايع أى انحلال البيع، بخلاف الوجه الثالث فانه يمكن أن يقال بأن تلف المبيع بالعيب المزبور يكون على البائع كتلفه قبل القبض على ما يأتى.

أقول: لم يظهر أن اسناد التبرى إلى ضمان العيب ظاهره عدم الالتزام بالأرش خاصه، فانه قد تقدّم أن ضمان البائع وصف الصحه ضمان معاملى ومعناه ثبوت خيار الفسخ خاصه كما فى ضمان وصف الكمال، غايه الأمر أن الشارع قد حكم بجواز أخذ الأرش وعدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحالها.

ص: ٣٥٢

الثالث: حكم العيب، ومعناه: البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب.

والأظهر في العرف هو المعنى الأوّل، والأنسب بمعنى البراءة هو الثانى. وقد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث، وهو بعيد عن اللفظ، إلا أن يرجع إلى المعنى الأوّل. والأمر سهل. ثم إن تبرى البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيب خاصّ إنّما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أمّا سائر أحكامه فلا فلو تلف بهذا العيب فى أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص. لكن فى الدروس: أنّه لو تبرأ من عيب فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده وتلف فى زمان خيار المشتري. ويحتمل الضمان، لبقاء علاقه الخيار المقتضى لضمان العين معه. وأقوى إشكالاً ما لو تلف به وبعبءٍ آخر تجدد فى الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه.

الشرح:

وأما الفرق بين إضافته التبرى إلى العيب أو حكم العيب فلا فرق بينهما أصلاً، فان التبرى عن العيب وعدم تعهده بسلامه المبيع لا معنى له إلا عدم الالتزام بحكم العيب الذى يكون من قبيل الحق لصاحبه وقبل صاحبه المعامله مع التبرى المزبور إسقاط لذلك الحق على تقديره.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن ضمان البائع تلف المبيع بالعيب المتبرى عنه لا ينافى التبرى عن العيب غير صحيح، فانه ان كان التبرى مع عدم خيار آخر للمشتري كما قرره السيد اليزدى قدس سره فلا موجب لضمان البائع أصلاً لأنه لا موجب لضمان شخص تلف مال الآخر بضمان اليد أو بضمان معاملى، بمعنى انحلال المعامله.

ودعوى أن ما دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له مقتضاه ثبوت الضمان فى المقام على البائع، لأن الموضوع للضمان هو التلف فى زمان مطلق الخيار

ص: ٣٥٣

ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به

ثم إنّ هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ والأرش بها [١]: منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرّح به في غير موضع من التذكرة، ومال إليه في جامع المقاصد، واختاره في المسالك.

الشرح:

سواء كان فعلياً أو شانياً، وشرط سقوط خيار العيب في البيع يوجب ارتفاع الخيار فعلاً لا شاناً، لا يمكن المساعدة عليه لأن شأنه الخيار بعد إسقاطه لا معنى له، وان الخيار كسائر العناوين فيما إذا كان مأخوذاً في الموضوع لحكم ظاهره فعليته.

أضف إلى ذلك أن ضمان البائع تلف المبيع زمان خيار المشتري يختص بخيارى الحيوان والشرط ولا يعم خيار العيب .

نعم إذا كان التلف بالعيب في زمان خيار آخر كالحيوان الذى يتلف زمان خياره بالعيب المتبرى عنه فينحل البيع بالتلف بلا فرق بين إضافته التبرى إلى العيب أو حكمه، فان هذا الانحلال من أحكام خيار الحيوان لا من أحكام العيب؛ ولذا لو لم يكن خيار العيب مشروعاً لكان تلفه بالعيب القديم أو الجديد زمان خيار الحيوان موجباً للانحلال وترتب الانحلال على التلف في ذلك الزمان من قبيل الحكم الشرعى لا من الحقوق ليسقط باشتراط عدمه كما لا يخفى.

[١] يظهر عن بعض الأصحاب سقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش معاً بأمر: منها: ما إذا زال العيب الموجود في المبيع أو الثمن حال العقد سواء زال بعد العلم به وقبل الفسخ أو اخذ الأرش أو زال قبل العلم به وكذلك الأمر في العيب الحادث قبل القبض والزائل فيما بعد.

ويظهر ذلك من التذكرة خصوصاً في الفرع الذى ذكره وهو ما إذا وجد المشتري في عين العبد نكته بياض وحدث فيها نكته بياض آخر ثم زال احدهما وقال البائع: الزائل النكته القديمه فلا رد ولا أرش. وقال المشتري: الزائل الحادثه فلى الرد. قال

بل وكذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، وهو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثمّ أقْبضه وقد زال عيبه فلا ردّ، لعدم وجبه. وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثمّ زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ، انتهى. وهو صريحٌ في سقوط الردّ وظاهرٌ في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفرّيعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الردّ والأرش معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكته بياض في عينه ووجد نكته قديمه ثمّ زالت إحدهما، فقال البائع: الزائله هي القديمه فلا ردّ ولا أرش، وقال المشتري: بل الحادثه ولي الردّ، قال الشافعي: يتحالفان... إلى آخر ما حكاه عن الشافعي.

الشرح:

الشافعي: يتحالفان.

وذكر المصنف رحمه الله: أن سقوط جواز الفسخ بالزوال وجيه لأن ظاهر ما دل على جواز الفسخ بالعيب رده مع عيبه، فلا يعم ما إذا زال عيبه.

وبتعبير آخر: الموضوع لجواز الرد المعيب فلا موضوع له بعد زوال العيب ولا يجرى الاستصحاب بعد زوال العيب.

وأما أخذ الأرش فلا بأس بالقول بجوازه ان لم يكن التفصيل خلاف الإجماع، لأن الموضوع للأرش هو عيب المبيع حال العقد فيبقى ذلك الجواز خصوصاً فيما إذا كان الزوال بعد العلم بالعيب، وعلى كل تقدير زوال العيب قد حدث في ملك المشتري فلا يمنع عن أخذ الأرش.

نعم الفرع داخل في القاعده التي اخترعها الشافعي وهي أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

أقول: لا وجه للتفصيل بين جواز أخذ الأرش وجواز الفسخ فان الأرش يثبت

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب

وكيف كان، ففي سقوط الردّ بزوال العيب وجهٌ، لأنّ ظاهر أدلّه الردّ خصوصاً بملاحة أنه الصبر على العيب ضررٌ هو ردّ المعيوب وهو المتلبّس بالعيب، لا ما كان معيوباً في زمانٍ، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. وأما الأرش، فلمّا ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصّحّة عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، والصّحّة إنّما حدثت في ملك المشتري، فبراه ذمّه البائع عن عهده العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليلٍ، فالقول بثبوت الأرش وسقوط الردّ قوياً لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع. ولم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب [١] فإنّه مسقطٌ للأمرين عند ابن حمزه في الوسيّله، ولعلّه لكونه علامه للرضا بالمبيع بوصف العيب والنصّ المثبت للأرش بعد التصرف ظاهرٌ فيما قبل العلم. ورُدّ بأنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب.

الشرح:

بالمطالبة لا بمجرد العقد على ما به عيب ولا بالعلم بالعيب، كما صرح رحمه الله قبل ذلك بكونه تغريماً.

والحاصل: ظهور ما دل على جواز الفسخ والأرش هو فسخ العقد على ما يكون فيه العيب فعلاً لوجوده حال العقد، أو قبل القبض، كما هو أخذ أرشه لهذا الاعتبار كما لا يخفى.

[١] حكى عن ابن حمزه في الوسيّله (١): انه ذكر من مسقطات جواز الرد وأخذ الأرش تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد العلم بالعيب.

ولعلّ وجهه: أن التصرف مع العلم بالعيب علامه الرضا بالمبيع المعيب فلا يكون له بعد ذلك جواز الفسخ، كما لا يكون له أخذ الأرش، فان جواز أخذه قد ثبت في مورد

ص: ٣٥٦

والأولى أن يقال: إن الرضا بالعيب لا- يوجب إسقاط الأرش، وإنما المسقط له إبراء البائع عن عهده العيب، وحيث لم يدلّ التصرف عليه فالأصل بقاء حقّ الأرش الثابت قبل التصرف، مع أنّ اختصاص النصّ بصوره التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

الشرح:

التصرف في المبيع قبل العلم بعيبه.

وأجيب عن الاستدلال المزبور بأن مقتضاه سقوط جواز الفسخ لا جواز أخذ الأرش لأن التصرف علامه الرضا بالمبيع لا بعيبه، بأن يسقط جواز أخذ الأرش أيضاً؛ وإنما يسقط جواز أخذ الأرش بتبري البائع، وتصرف المشتري لا يدل عليه ودعوى اختصاص روايات الأرش بما إذا كان التصرف قبل العلم بالعيب ممنوعه فلاحظها.

أقول: إن كان التصرف غير مغير للعين كما إذا ركب الفرس فلا وجه لسقوط جواز الفسخ به فيما إذا لم يقصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع مع علمه بالعيب، فيجوز له الفسخ ولا- يكون له أخذ الأرش لأن الأرش مترتب على عدم إمكان الفسخ كما تقدم.

نعم على المشهور من كون الأرش وجواز الفسخ طرفي التخيير فيجوز كل منهما ومع قصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع ولو مع عيب المبيع يسقط جواز الفسخ، لأن التصرف المزبور إسقاط فعلي، ويبقى جواز أخذ الأرش بخلاف ما كان الأرش في طول جواز الفسخ، فانه لا يكون له أخذ الأرش لما ذكرنا من أن الأرش يثبت مع عدم إمكان الفسخ بالحدث في المبيع لا مع عدم إمكانه باسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً.

وأما إذا كان التصرف مغيراً للعين فيسقط جواز الفسخ به ويتعين عليه جواز أخذ الأرش فيما إذا كان هذا التصرف قبل العلم بالعيب كما تقدم سابقاً.

وأما إذا كان بعد العلم بالعيب فظاهر ابن حمزه عدم جواز أخذ الأرش لخروج

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

ومنها: التصرف في المبيع المعيب الذي لم ينقص قيمته [١] بالعيب، كالبغل الخصي بل العبد الخصي على ما عرفت، فإنّ الأرش منتف لعدم تفاوت قيمه، والرد لأجل التصرف. وقد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب.

الشرح:

الفرض عن روايات الأرش، ولكن معتبره زواره (١) المتقدمه، وان كان كما ذكره، ولكن مرسله جميل (٢) يمكن دعوى إطلاقها كما أن الاطلاق موجود في بعض ماورد في وطئ الأمه المشتراه كصحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال على عليه السلام: لا- تُردّ التي ليست بجلبى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها» (٣) ونحوها غيرها.

لا يقال: قد ورد التقييد بوقوع الوطئ قبل العلم بالعيب في بعض الروايات فيرفع اليد بها عن الاطلاق كمعتبره عبد الرحمن: «أيا رجل اشترى جاريه فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردّها، ويرد البائع عليه قيمه العيب» (٤).

فانه يقال: بما ان القيد غالبى والمشتري لا يقدم على إمساك الأمه المعيبه ويقع وطئها قبل العلم بعيبها غالباً؛ ولذا ذكره عليه السلام فى كلامه فلا يوجب رفع اليد عن الإطلاق المتقدم اللهم إلا أن يقال: إن فى التعدى عن الأمه ووطئها الذى لا يكون غالباً عن التصرف المغير لعدم البكاره فى الاماء غالباً إلى سائر المبيع إشكالاً بل منعاً.

[١] قد يقال بسقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش فيما إذا تصرف فى معيب

ص: ٣٥٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٢ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٤ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦ .

وفيه: أنّ العيب في مثله لا يعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرّف مع عدم أرش فيه. وحلّه: أنّ الضرر إمّا أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد ماله من الموجود، وإمّا أن يكون من حيث القصد إلى خصوصيه مفقوده في العين مع قطع النظر عن قيمته. والأوّل مفروض الانتفاء، والثاني قد رضى به وأقدم عليه المشتري بتصرّفه فيه، بناءً على أنّ التصرّف دليل الرضا بالعين الخارجيّه، كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه. إلاّ أن يقال: إنّ المقدار الثابت من سقوط الردّ بالتصرّف هو مورد ثبوت الأرش، وإلاّ فمقتضى القاعده عدم سقوط الردّ بالتصرّف كما في غير العيب والتدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصّحه فيما نحن فيه منزله الأوصاف المشترطه التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإنّ خيار التخلّف فيها لا يسقط بالتصرّف كما صرّح به. نعم، لو اقتصر في التصرّف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّم سقوط الردّ بالتصرّف مطلقاً.

الشرح:

لا ينقص قيمه الشيء بذلك العيب فان التصرف لكونه علامه الرضا يوجب سقوط جواز الرد وعدم ثبوت الارش لعدم الموضوع له.

ويجاب عن ذلك: بأن الأرش وإن لا يثبت في الفرض إلاّ أنه لا يسقط جواز الرد بالتصرف لكون سقوط جوازه بالتصرف في الفرض ضرورياً.

وناقش المصنّف رحمه الله في الجواب بأنه إن أريد بالضرر الضرر المالي فلا موضوع له وإن أريد الضرر بمعنى فقد صفه مقصوده للمشتري، فهذا الضرر قد أقدم عليه المشتري بتصرفه في المعيب المفروض قبل الفحص عن عيبه فيكون الفرض كما إذا اشترى متاعاً مع شرط وصف فيه، وظهر عدم الوصف ورضى بالفاقد.

ثم ذكر أنه يمكن أن يقال: إنه لا دليل على سقوط خيار الفسخ بالتصرف إلا في

ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور، والاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله، فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجباً له، لأنّ الصّحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في البيع التي لا يوجب فواتها أرشاً، والنصّ الدال على اشتراط الردّ بقيام العين وهي المرسله المتقدّمه مختصّ بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش، والإجماع فيما نحن فيه غير متحقّق، مع ما عرفت من مخالفه المفيد في أصل المسأله. هذا كلّه، مضافاً إلى أصاله جواز الردّ الثابت قبل حدوث العيب، وبها يدفع. معارضه الضرر المذكور بتضرّر البائع بالفسخ ونقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب. وكيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله على سقوط الردّ بحدوث العيب والتغيير على وجه يشمل المقام، وإلّا فسقوط الردّ هنا محلّ نظر بل منع.

الشرح:

مورد ثبوت الأرش وخيار التذليس. واما في مورد عدم ثبوت الأرش كما في الفرض فالأمر فيه كما في تخلف وصف الكمال المشترط في عدم سقوط جواز الفسخ بالتصرف.

أقول: لا- مورد لخيار العيب في الفرض أصلاً فان النقص عن الخلقه الأصليه فيما إذا لم يوجب تفاوتاً في قيمه لا يعد عيباً، بل الوصف المزبور إن كان مشروطاً في العقد فيكون من قبيل وصف مشروط في العقد يوجب تخلفه خيار الشرط وإلّا فلا خيار.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما حدث في المعيب المفروض عيب آخر في يد المشتري وأنه لا مورد فيه لجواز الفسخ وأن العيب الجديد قد حصل في ملك المشتري.

وأيضاً قد ذكرنا فيما تقدم أن الضرر هو النقص المالي، ولا- يكون عدم الوصول إلى الغرض من الضرر وأن قاعده «نفى الضرر»^(١) لا يثبت الخيار في المعامله

ص: ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش فيه

ومنها: ثبوت أحد مانعي الردّ في المعيب [١] الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أما المانع الأول، فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيب الذي لا ينقص مالите، فإنّ المشتري لما أقدم على معاوضه أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلاً عن ماله وإن كان المأخوذ معيباً، فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الردّ بلا أرش، فإذا تصرف فيه خصوصاً بعد العلم تصرفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشتراط لزم عليه، كما في خيار التدليس بعد التصرف. وأمّا المانع الثاني، فظاهر جماعه كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ أيضاً، وهو مبني على عموم منع العيب الحادث من الشرح:

فلا حاجة إلى إعادته.

[١] ذكر مما يسقط به جواز الردّ وجواز أخذ الأرش التصرف الكاشف عن الرضا ببقاء البيع في المعاملة التي تعتبر فيها المماثلة بين العوضين لكونهما من الربويين كما إذا اشترى حنطه بحنطه وبعد العلم بالعيب في الحنطه التي وصلت بيده تصرف فيها بالطحن فإنه لا يكون معه جواز الفسخ، ولا جواز أخذ الأرش لأن إقدامه على المعاملة بين العوضين الربويين رفع اليد عن المطالبة بالمال ازاء الوصف فيكون اشتراط السلامة في العوضين المزبورين كاشتراط وصف الكمال في كون تخلفه موجباً لجواز الفسخ فقط وإذا سقط هذا الجواز بالتصرف فلا يكون له لا جواز الفسخ ولا جواز أخذ الأرش.

نعم لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب فلا يكون فيه اظهار الرضا ببقاء البيع مع عيب المال؛ وعليه فان لم يكن التصرف المزبور داخلاً في المانع الثاني فيجوز له الفسخ وإلا يكون له حكم المانع الثاني.

أقول: قد تقدم أنه مع إسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً لا يجوز له أخذ الأرش

الردّ حتّى فى صورته عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه. وذكر فى التذكرة وجهاً آخر لامتناع الرد، وهو: أنّه لو ردّ، فإنّما أن يكون مع أرش العيب الحادث، وإمّا أن يردّ بدونّه، فإن رده بدونّه كان ضرراً على البائع، وإن ردّ مع الأرش لزم الربا، قال: لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن عوضه. والظاهر أنّ مراده من ذلك: أنّ ردّ المعيب لمّا كان بفسخ المعاوضه، ومقتضى المعاوضه بين الصحيح والمعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحه بشيء، إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه، فيكون وصف الصحه فى كلّ من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونه بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب تراّد العوضين من غير زياده ولا نقيصه، ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزياده أو الشرح:

سواء كان العوضين من الربويين أم لا. فان ما دلّ على جواز أخذ الأرش يختص بما إذا كان التصرف المغير للعين أو حدوث الحدث فى العين قبل العلم بعيبها، ولا يعمّ صورته إسقاط جواز الفسخ بالإنشاء قولاً أو فعلاً بعد العلم بالعيب.

ومع الإغماض عن ذلك فلا بأس بأخذ أرش العيب، فإنّ الأرش لا يجعل المعامله ربويه، لأن الأرش تغريم تثبت الزياده بحكم الشارع لا بجعل المتعاملين لتكون رباً.

وربما يقال بسقوط جواز الفسخ والأرش لما إذا حصل المانع الثانى وهو حدوث العيب الجديد فى العوضين من الربويين، فإنّه بعد حدوث العيب الجديد فى المعيب لا يجوز الفسخ لعدم قيام العين بعينها، وعدم جواز أخذ الارض على العيب القديم للزوم الربا على ما تقدم.

ولا يخفى أنّه بناءً على ما ذكرنا فلا بأس بأخذ الأرش لأنه حكم شرعى لا زياده جعليه.

النقيصه فى أحد العوضين، فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمه العيب الحادث عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع الثمن ووصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا. فمراد العلامة قدس سره بلزوم الربا: إما لزوم الربا فى أصل المعاوضه، إذ لو لا ملا حظه جزء من الثمن فى مقابله صفه الصحه لم يكن وجه لغرامه بدل الصفه وقيمتها عند استرداد الثمن، وإما لزوم الربا فى الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلثم وزياده. والأول أولى. الشرح:

ونقل المصنف رحمه الله وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ فى الفرض وهو أنه لو قيل بالفسخ بالعيب القديم لكان رده على البائع مع العيب الجديد بلا أرش هذا العيب ضرراً عليه، ورده مع أرشه يوجب الربا.

وحيث إن لزوم الربا مع فسخ البيع يشبه سهو القلم لأن الربا يكون على تقدير المعامله لا على تقدير عدمها كما هو مقتضى فسخها ذكر قدس سره فى توجيه لزوم الربا وجهين:

الأول: ان المعامله التى يكون العوضان فيها من الربويين يلغى وصف الصحه من كل منهما، فيقع أحد العوضين فى مقابل نفس العوض الآخر حتى لو كان أحدهما صحيحاً والآخر معيباً فإنه لو وقع بعض المعيب بازاء وصف الصحه فى العوض الآخر بأن يكون بعضه الآخر بازاء نفس العوض الصحيح لكانت المعامله محكومه بالفساد، ولنقصان العوض المعيب عن الصحيح كماً.

وعلى ذلك يكون أخذ البائع الأرش على العيب الجديد كاشفاً عن كون بعض العوض بازاء الصحه التى زالت بالعيب الجديد فيكون العوض موزعاً على نفس الشيء، ووصفه؛ ولذا لا يجوز الإقاله بزياده أو نقيصه فى الربويين، ولو مع تعيب

ومما ذكرنا ظهر ما فى تصحيح هذا: بأن قيمه العيب الحادث غرامه لما فات فى يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضم إلى المثلن حتى يصير أزيد من المثلن. إذ فيه: وضوح الفرق، فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف فى ملك مالكه فيضمه القابض، والعيب الحادث فى المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين فى ملك البائع وتلف وصف الصحه منه فى يد المشتري، فإذا فرض أن صفه الصحه لا تقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضه، فيكون تلفها فى يد المشتري كنسيان العبد الكتابه، لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. والحاصل: أن البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلاً بالمثلن، وهو نفس المثلن، من دون اعتبار صحته جزء، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفسخا بعد نسيان العبد الكتابه. ثم إن صريح جماعه من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه، فذكروا فى تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر فى المبسوط على حكايتهما.

الشرح:

أحدهما بعد المعامله فى يد المقبل.

نعم يصح الرد مع الأرش فى غير ربويين كما إذا اشترى شيئاً بثلن وظهر فيه عيب وتعيب الشىء عند المشتري، فان المشتري مع فسخه البيع ولو برضى البائع يرد عليه ارش العيب الجديد.

والتوجيه الثانى: أن الفسخ مع الأرش من تمليك أحد العوضين من جنس واحد بزياده حيث يملك البائع ثمناً بالفسخ ما صار إلى المشتري أولاً ولأذن الفسخ معاملة جديده بين العوضين الربويين فتكون أخذ الأرش على العيب الجديد زياده فى أحد العوضين.

أقول: التوجيه الثانى ساقط من أصله فان الفسخ ليست معاوضه جديده؛ بل هو

ص: ٣٦٤

أحدهما: جواز ردّ المشتري للمعيّب مع غرامه قيمه العيب الحادث، لما تقدّم إليه الإشارة: من أنّ أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم، في كونها غرامه تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعدّر إمضائه، وإلزام المشتري ببده من غير الجنس معيّباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد، ويجعل بمثابه التالف، لامتناع ردّه بلا- أرش ومع الأرش. واختار في الدروس تبعاً للتحريم الوجه الأوّل مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل. وتبعه المحقّق الثاني معللاً بأن الربا ممنوعه في المعاوضات لا في الضمانات، وأنّه كأرش عيب العين المقبوضه بالسوم إذا حدث في يد المستام وإن كانت ربويّه، فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صورته النزاع.

الشرح:

إزاله للعقد الناقل فيرجع كل من العوضين إلى مالكة الأصلي بالسبب السابق على ذلك العقد، وكذا الأوّل فان وصف الصحة لا تقابل بالمال في المعامله أصلاً سواء كان العوضان ربويين أم لا فيكون تخلف الوصف المشترط صحه كانت أم غيرها موجباً لجواز الفسخ فقط والأرش حكم شرعي، ولكن هذا حكم ضمان الوصف في المعامله.

واما ضمان الوصف في المقام فهو ضمان اليد بمعنى الأرش سواء كان الوصف كاملاً أو صحه، فان العيب الجديد بعد فسخ المعامله يدخل في «ضمان اليد»^(١) ولا- يكشف عن توزيع العوض أصلاً ولو كان كاشفاً فانما يكشف عن الضمان المعاملي بالإضافه إليه لا بالاضافه إلى العيب القديم.

ص: ٣٦٥

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ و ٣٨٩، الحديث ١٠٦ و ٢٢.

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

أقول: قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه وبين أرش عيب المقبوض بالسوم، فإنّه يحدث في ملك مالكه بيد قابضه، والعيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري ولا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، والمفروض عدم المقابله بينه وبين جزء من المبيع.

ومنها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار [١] فإن ظاهر الغنيه إسقاطه للردّ والأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة: التبرّي، والرضا بالعيب، وترك الردّ مع العلم،

الشرح:

[١] قد يذكر من مسقطات جواز الفسخ والمطالبة بالأرش تأخير الأخذ بمقتضى خيار الفسخ بأن لا يفسخ ولا يطالب بالأرش عند العلم بالعيب.

قال في الغنيه (١): مسقطات خيار العيب التبري، والرضا بالعيب وتأخير الرد مع العلم بالعيب، لأنه على الفور بلا خلاف ثم ذكر من المسقطات التصرف في المعيب وحدوث عيب آخر فيه في يده، وقال: إنه ليس مع التصرف وحدوث العيب الفسخ بل يثبت معهما الأرش انتهى.

وذكره أخذ الأرش في التصرف وحدوث العيب دون تأخير الرد ظاهره إلحاق تأخير الرد بالتبري والرضا بالعيب في كونه مسقطاً لجواز الفسخ والأرش.

وكيف كان: فالوجه في إسقاط تأخير الرد الخيار ظهوره مع العلم بالعيب في الرضا بالمعاملة المفروضه، وذكر المصنف رحمه الله: أنه على تقدير دلالة على الرضا يكون المدلول عدم إرادته الفسخ لا عدم إرادته المطالبة بالأرش أيضاً.

أقول: لم يظهر الفرق بين جواز الفسخ والمطالبة بالأرش، ولو كان في التأخير دلالة على عدم الإرادته فهي بالإضافة إليهما، ومع عدم الدلالة كما هو الصحيح

ص: ٣٦٦

لأنه على الفور بلا-خلاف. ولم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش. ثم ذكر حدوث العيب وقال: ليس له ها هنا إلا الأرش. ثم ذكر التصرف وحكم فيه بالأرش. فإن في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره في الأخيرين وقوله: «ليس هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير، مع أن هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر، حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الردّ والأرش بالتأخير، ولعله لأن التأخير دليل الرضا. ويردّه بعد تسليم الدلالة: أن الرضا الشرح:

فلا يسقط شيء منهما.

وقد تمسك المصنف رحمه الله في سقوط خيار العيب أي جواز الفسخ باصالة اللزوم أي عموم وجوب الوفاء بالعقود(1) أو استصحاب بقاء الملكين بحالهما حيث يقتصر في الخروج عنها بالمقدار المتيقن.

وقال ما حاصله: ان دعوى عدم عرفان الخلاف في جواز التأخير، كما عن المسالك(2) والحدائق(3) لا- اساس لها لأننا عرفنا الخلاف، والحكم بكون الخيار على الفور عن ابن زهره(4) وغيره.

ويكشف عن وجود الخلاف تعبير العلامة(5) في حكمه في المقام بالتراخي بأن التراخي أقرب ومثلها دعوى عدم الخلاف في كونه على التراخي، كما عن الكفايه(6).

ص: ٣٤٧

- ١- (١) للآية: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائدة: الآية ١ .
- ٢- (٢) المسالك ٣ : ٣٠٢ .
- ٣- (٣) الحدائق ١٩ : ١١٧ .
- ٤- (٤) الغنيه : ٢٢١ ٢٢٢ .
- ٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٢٩ .
- ٦- (٦) كفايه الأحكام : ٩٤ .

بمجرّده لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرّف. نعم، سقوط الرد وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط والوسيله على ما تقدّم من عبارتهما في التصرّف المسقط، ويحتمله أيضاً عبارته الغنيه المتقدّمه، بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقّن السالمه عمّا يدلّ على التراخي، عدا ما في الكفايه: من إطلاق الأخبار وخصوص بعضها.

الشرح:

نعم ذكر في الرياض^(١) اتفاق المتأخرين كإفاه على التراخي، ولكن الشهره بين المتأخرين لا- يمكن الاعتماد عليها، ولو قلنا باعتبارها من باب مطلق الظن، لأن الشهره في المقام قد حصلت من الأخذ بمقتضى استصحاب بقاء الخيار حتى أن العلامه في حكمه بالتراخي تمسك به، واستصحاب الخيار لا- يعتبر في المقام لكون الشك في المقتضى، وما في الكفايه من أن جواز التأخير مقتضى إطلاق أخبار الباب وخصوص بعضها لا يمكن المساعدة عليه، فإن الاطلاق وارد في مقام بيان أصل الخيار لا خصوصياته وخصوص بعضها لا نعرفه.

أقول: الاطلاق في المقام تام ومعه لا تصل النوبه إلى أصالة اللزوم ولو كان المراد بها التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢) فإنه قد ذكر في مرسله جميل «ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه»^(٣)، فإن مقتضاها أن الموضوع لجواز الفسخ بعد ظهور العيب قيام الشيء بعينه، ولو كان دخل لأمر آخر في جواز الفسخ من عدم التأخير فيه ونحوه لذكر في القضييه الشرطيه، ونحوه ما في صحيحه ميسر من قوله عليه السلام: «وإن لم يكن يعلم

ص: ٣٤٨

١- (١) الرياض ٨ : ٢٤٠ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟

وفيه: أنّ الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، وأمّا الخبر الخاصّ فلم أفهم عليه، وحينئذٍ فالقول بالفور - وفاقاً لمن تقدّم للأصل لا يخلو عن قوّه، مع ما تقدّم من نفى الخلاف في الغنيه في كونه على الفور. ولا- يعارضه ما في المسالك والحدائق: من أنّه لا نعرف فيه خلافاً، لأننا عرفناه ولذا جعله في التذكرة أقرب. وكذا ما في الكفايه: من عدم الخلاف، لوجود الخلاف، بل نفى الخلاف. [وإنعم ما في الرياض: من أنّه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافه. والتحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام وعدمه، ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلاّ به، وإلاّ فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلاّ الشهره بين المتأخرين المستنده إلى الاستصحاب، ولا اعتبار بمثلهما وإن قلنا بحجّيه الشهره أو حكايه نفى الخلاف من باب مطلق الظنّ، لعدم الظنّ كما لا يخفى، والله العالم.

مسأله: قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب ولم يبيّنه فعل محظوراً [١]

الشرح:

أن ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه» (١) فالأظهر أنّ الخيار في المقام أيضاً على التراخي.

[١] في المسأله أقوال خمس: الأول: وجوب بيان العيب تعييناً. الثاني: وجوبه تخييراً بينه وبين التبري. الثالث: عدم وجوب شيء منهما. الرابع: بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار والرؤيه. الخامس: بيان العيب الخفي أو التبري.

ويستدل القائل بوجوب الإعلام مطلقاً أو في بعض الموارد بكون ترك الاعلام غشاً، ولا- يجوز غشّ المؤمن في المعامله بل وغيرها.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ الاظهار في المقام بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بالاختبار المتعارف لكون الكتمان بمعنى عدم الإظهار غشاً.

ص: ٣٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٩ ، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

وكان المشتري بالخيار، انتهى. ومثله ما عن الخلاف. وفي موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبينه ولا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، والأول أحوط. ونحوه عن فقه الراوندى. ومثلهما فى التحرير، وزاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشاً». وظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى والخفى. وصريح التذكرة والسراير كظاهر الشرائع: الاستحباب مطلقاً، وظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى والجلى، فيجب فى الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه، أو مع عدم التبرى كما فى الدروس.

فالمحصّل من ظواهر كلماتهم خمس أقوال. والظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغشّ وعدمه. والذى يظهر من ملاحظه العرف واللغه فى معنى الغشّ: أنّ كتمان العيب الخفىّ وهو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غشّ، فإنّ الغشّ كما يظهر من اللغه خلاف النصح.

الشرح:

واما فى العيب الظاهر فلا يكون مجرد عدم إظهار غشاً بل الغشّ إظهار خلافه بحيث يعتمد عليه المشتري قولاً أو فعلاً، كما إذا فتح الكتاب بين يدي الأعمى مظهراً أنه يقرأه الموجب للاعتماد المشتري عليه فان عدم الإظهار فى الأول، وإظهار الخلاف فى الثانى غشاً.

ثم ذكر أنه لم يعلم عدم صدق الغش مع التبرى لأنّ التغير لم يحصل بمجرد عدم إظهار العيب بل لاعتماد المشتري على اصاله السلامه أيضاً، فيكون عدم إعلامه بالعيب موجباً لاعتماد المشتري على اصاله السلامه فالأحوط الإعلام وعدم الاكتفاء بالتبرى.

أقول: الأظهر أنّ مجرد عدم الإعلام بالعيب لا يعد غشاً فى المعامله سواء كان العيب خفياً لا يظهر بمجرد الاختبار أو كان جلياً يظهر عند البيع بالرؤيه والاختبار

ص: ٣٧٠

وأما العيب الظاهر، فالظاهر أنّ ترك إظهاره ليس غشاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرًا أنّه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك وأهمل اختباره كان غشاً. قال في التذكرة في ردّ استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغشّ: إنّ الغش ممنوع، بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري وتبينه، والتقصير في ذلك من المشتري، انتهى. ويمكن أن يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر. كما أنه يمكن حمل عبارته التحرير المتقدّمة المشتمله على لفظ «الكتمان»، وعلى الاستدلال بالغشّ على العيب الخفيّ، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً. ومن أقوى الشواهد على ذلك أنّه حكى عن موضع من السرائر: أنّ كتمان العيوب مع العلم بها حرام ومحظور بغير خلاف، مع ما تقدّم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

الشرح:

المتعارف، فإنّ الغش أمر وجودي يقابل النصح، وهو فعل ما يوجب تلبيس الواقع وتغطيه باطن أمر المبيع ليقدم المشتري على شرائه ولو كان العيب ظاهراً وقصّر المشتري بعدم التدقيق في النظر إلى المبيع فعدم ذكر البائع العيب لا يعدّ غشاً، وكذا في العيب الخفي حيث يكون الغطاء للعيب وعدم ظهوره للمشتري بمقتضى نفس العيب.

نعم لو سأل المشتري في هذا الفرض عن حال المبيع فأجاب بما يكون ظاهراً في نفي العيب يكون الجواب المزبور غشاً ولو لم يكن الجواب داخلاً في عنوان الكذب، كما إذا قصد به التوريه.

لا يقال: لا يكون في هذا الفرض أيضاً غش فان المشتري مع ظهور العيب عنده يكون له جواز الفسخ.

فانه يقال: الخيار لا يدفع الغش لإمكان ظهور العيب بعد التصرف المسقط

ص: ٣٧١

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور، أم لا؟ فيه إشكال، منشأه: أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً والتبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصاله الصحة، فالتغير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. والأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم عن المبسوط. ثم إن المذكور في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما: أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء، لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه، والآخر مجهول. إلا أن يقال: إن جهاله الجزء غير مانع إن كانت الجملة معلومه، كما لو ضم ماله ومال غيره وباعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن البيع لا يبطل في ملكه وإن كان مجهولاً قدره وقت العقد، انتهى.

الشرح:

لجواز الفسخ، بل مجرد التعب أو صرف المال في رده على بايعه كاف في صدقه.

وقد يقال: إن ما ذكر لا يختص بالعيب الخفى ولو فعل البائع فى العيب الظاهر ما يوجب اطمينان المشتري بصحة المبيع والإقدام على شرائه بلا تفتيشه كفى فى صدق الغش، ولكن ذلك لا يخلو عن تأمل.

هذا كله فيما إذا لم يكن العيب أو اظهار وصف الجوده فى المبيع بفعل البائع بقصد تلبيس الأمر على المشتري، وإلا يكون نفس الفعل المزبور محرماً فيما إذا لم يكن الفعل المزبور ظاهراً.

وفى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون عنده لوان من طعام واحد سعرهما بشىء وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً، ثم يبيعهما بسعر واحد فقال: لا يصلح أن يغش المسلمين حتى يبينه» (١)، فان هذه تحمل

ص: ٣٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١١٢ ، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ .

أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن ولا يخرج عن حقيقته كالملاح الزائد في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقته ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

الشرح:

على صورته التغطية بقرينه صحيحه محمد بن مسلم «أنه سُئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغط الجيد الرديء»^(١).

ولو نوقش في الدلالة كفى في إثبات حرمة الفعل المزبور في العيب الخفي معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى النبي صلى الله عليه وآله أن يشاب اللبن بالماء للبيع»^(٢).

ثم إن حرمة الغش في المعاملة فيما إذا لم يكن يخلط الشيء بغيره لا توجب فساد المعاملة لتعلق النهي بالعنوان الخارج عن نفس المعاملة وعلى تقدير انطباق العنوان على نفس المعاملة فلا يوجب النهي عنها فسادها.

وأما إذا كان الغش بالاختلاط فإن كان الخلط بحيث يستهلك الشيء في المبيع كشوب اللبن بالماء ليصح البيع سواء كان ذلك الشيء مالاً أو غيره، ولكن يثبت الخيار للعيب مع عدم التبري. وأما إذا لم يستهلك فإن خرج إلى موجود ثالث يحكم بطلان البيع لعدم تحقق للمبيع خارجاً. وأما إذا لم يخرج إلى ثالث ولم يستهلك في البيع يصح بالاضافه إلى ما ينطبق عليه عنوان المبيع، ويبطل بالاضافه إلى الآخر ولا يضر مع الانحلال الجهل بمقدار المبيع مع العلم بمقدار الجملة، فإن الجهل بالمقدار في المبيع

ص: ٣٧٣

١- (١) المصدر: الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٨٠ ، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤ .

مسائل فى اختلاف المتبايعين

وهو تاره فى موجب الخيار [١] وأخرى فى مسقطه، وثالثه فى الفسخ.

الشرح:

الانحلالى لا يضر كما إذا باع شيئين موزونين بصفقه بوزن الجملة وظهر أحدهما ملك الغير.

[١] اختلاف المتعاملين فى موجب الخيار تاره وفى مسقطه أخرى وفى الفسخ ثالثه.

أمّا الأوّل ففيه فروض: فأنّه إن كان الاختلاف فى عيب المبيع وسلامته بأن ادعى المشتري أنّه معيب وقال البايع: لا يكون فيه عيب وفرض تعدّد اختياره لتلفه عند المشتري أو غيره فيقدّم قول البايع لأنّ المشتري يدعى استحقاق المطالبه بالأرش والبايع ينكره فيحلف مع عدم البيّنه للمشتري على عدم العيب أو عدم حقّ الأرش له عليه.

ذكر السيد اليزدى قدس سره (١): أنّه لو كانت الحاله السابقه فى المبيع هو العيب يستصحب العيب فيكون القول قول المشتري فمع عدم البيّنه للبايع على الزوال يحلف المشتري على عدم زواله.

أقول: الأظهر أنّه يحكم فى الفرض أيضا بكون المشتري مدعيا، لأنّ الموضوع لأخذ الأرش ليس بيع الشىء مع عيب ذلك الشىء فى ذلك الزمان بل بيع الشىء حال وجود العيب فيه كما هو ظاهر قول أبى جعفر عليه السلام فى معتبره زواره «أيّما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار» (٢) حيث إنّ قوله «وبه عيب وعوار» الحالىه لا الاجتماع بواقعه نظير ما ذكروا من أنّه لو ركع وشكّ فى أنّه أدرك الإمام فى ركوعه أم لا- بأن احتمل رفع الإمام رأسه عن الركوع قبل وصوله إلى حد الركوع فأنّه يحكم ببطلان صلاته أو

ص: ٣٧٤

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ١٨١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

....

الشرح:

جماعته فان استصحاب ركوع الإمام في زمان وصل فيه حد الركوع لا يثبت ركوعه حال كون الإمام راكعاً.

ولو أحرز تحقق نقص في المبيع واختلفا في كونه عيباً موجباً لنقص القيمة أم لا ولم يحرز حال ذلك الأمر لعدم إمكان الرجوع إلى أهل الخبره لفقده، فانه في الفرض أيضا يكون مقتضى الأصل عدم ثبوت حق الأرش للمشتري فيحلف البايع على نفيه وهذا بالاضافه إلى الأرش.

واما بالاضافه إلى جواز الفسخ فمع الاتفاق على كون الأمر الموجود نقصا بحسب أصل الشيء كما هو الفرض يكون للمشتري جواز الرد، ولا يخفى أن هذا مبني على كون النقص غير الموجب لنقص القيمة عيباً يوجب جواز الفسخ، وإلا فمقتضى تقديم قول البايع عدم ثبوت جواز الفسخ أيضا.

ولو أحرز العيب في المبيع فعلاً واختلفا في حدوثه فقال المشتري: إنه كان عند البيع أو قبل وصوله إلى يده فله خيار العيب وقال البايع: لم يكن حال البيع أو قبل وصوله إلى يده فلا- خيار للمشتري، فانه يقدم أيضا قول البايع من غير فرق بين العلم بزمان حدوث العيب وعدمه، وذلك فانه لو علم زمان حدوث العيب لا يكون استصحاب عدم البيع إلى ذلك الزمان مفيداً في جريان البيع عليه مع العيب.

وذكر ابن الجنيدي(1) في فرض اختلافهما في تقدم العيب وتأخره: أنه يقدم قول المشتري فيحلف على عدم حدوثه عنده، لأن الأصل عدم وصول المبيع إلى المشتري سالماً وعدم استحقاق البايع الثمن كله.

ص: ٣٧٥

... .

الشرح:

وفيه: أن استحقاق البايع الثمن بكّله محرز لأن الأرش ليس جزءا منه، و وصول المبيع إلى المشتري محرز، وعدم وصوله سالما لا يثبت جريان البيع على المعيب أو حدوثه في ضمان البايع نظير ما تقدم في مسأله الاختلاف في تغيير المبيع.

والحاصل: أنه يحكم في الفرض بتقديم قول البايع وهذا فيما لم تشهد القرينه على عدم حدوث العيب في يد المشتري، وإلا فيحكم بمقتضى القرينه، وهذا ليس من تقديم قول المشتري ليحلف على عدم حدوثه عنده، بل من حكم الحاكم في الواقعه بعلمه الحاصل من القرينه، فانه مع علمه لا مجال لبنيه المدعى ولا لحلف المنكر كما لا يخفى.

قال في التذكرة(١): لو أقام أحدهما البيّنه على مدّعاه بأن تشهد بيّنه المشتري بوجود العيب حال البيع وبيّنه البايع بحدوثه عند المشتري فيعمل بيّنه المشتري لأنّ بيّنه البايع لا- اعتبار بها مع بيّنه المشتري لأنّ المشتري هو المدعى ولا يطلب من المنكر إلا الحلف ولا تسمع منه البيّنه وأما سماع بيّنه البايع مع عدم البيّنه للمشتري فهو مبني على قيام بيّنه المنكر مقام حلفه.

لو أقام كل منهما بيّنه على مدّعاه

أقول: المنسوب إلى المشهور عدم الاعتبار بيّنه النفي وأنه لا تسمع بيّنه المنكر ولا يسقط بها الحلف عليه ويستدل على ذلك بقوله صلوات الله عليه: «البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أو على من أنكر»(٢) حيث إن التفصيل يقطع الشركه.

ويدلّ على ذلك أيضا روايه منصور التي رواها الشيخ باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عنه عن أبي عبدالله عليه السلام في

ص: ٣٧٦

١- (١) التذكرة ١ : ٥٤١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٣٣ و ٢٩٣ ، الباب ٣ و ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١ و ٣ .

الشرح:

حديث تعارض البيهقي في شاه في يد الرجل قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: حقه للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بينه لأن الله عز وجل إنما أمر أن تطلب البيه من المدعى فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذي هو في يده هكذا أمر الله عز وجل» (١).

ولكن الرواية ضعيفه سندا لان محمد بن حفص مجهول واحتمال كونه ابن العمري الذي كان وكيل الناحيه وكان الأمر يدور عليه كما هو ظاهر جامع الرواه (٢) وكان من أصحاب العسكري عليه السلام بعيد غايته، لأن روايه إبراهيم بن هشام الذي لقي الرضا عليه السلام وأدرك الجواد عليه السلام عنه وروايته عن منصور الذي من أصحاب الصادق عليه السلام لا يمكن عاده مع أن في كون منصور هو منصور بن حازم أو منصور بن يونس تأملاً وان لا يبعد ذلك باعتبار كونه صاحب الكتاب والمشهور من أصحاب أبي عبد الله عليه السلام .

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها لأن استناد المشهور إلى هذه الروايه دون قوله صلوات الله عليه: «البيه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٣) غير محرز كما أنه لم يحرز أصل الشهره في الحكم المزبور.

وعن العلامه (٤) والشهيد (٥) بل لا- يبعد الشهره بين متأخرى المتأخرين سماع بيته المنكر وأنه لا حلف على المنكر معها، وما تقدم من قوله صلوات الله عليه لا دلالة له على عدم السماع بل ظاهر التفصيل أنه لا يطالب المنكر بالبيته بل يطالب بالحلف

ص: ٣٧٧

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ ، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١٤، والتهذيب ٦ : ٢٤٠ / ٥٩٤، والاستبصار ٣ : ٤٣ / ١٤٣ .

٢- (٢) جامع الرواه ٢ : ١٠٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٢ ، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣ .

٤- (٤) و (٥) نقل السيد اليزدي كلامهما في حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ١٨٣ .

الشرح:

بخلاف المدعى فانه يطالب فى إثبات دعواه بالبينه لا أن البينه فيما إذا أقامها المنكر لا تعتبر، بل مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينه سماعها ولو من المنكر كما يدل عليه أيضا روايه ضميره بن أبى ضميره عن أبيه عن جده قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أحكام المسلمين على ثلاثه، شهاده عادله أو يمين قاطعه أو سنه ماضيه من أئمه الهدى» (١) ولكن الروايه ضعيفه سندا، ومثلها مرسله عثمان عن أبى عبدالله عليه السلام فى كتاب على عليه السلام: «أن نبيا من الأنبياء شكأ إلى ربّه القضاء فقال: كيف أفضى بما لم تر عينى ولم تسمع أذنى؟ فقال: اقض عليهم بالبينات وأضفهم إلى اسمى يحلفون به» (٢).

أقول: لا- يمكن الاستناد فى الحكم بسمع بينه المنكر إلى شىء من ذلك، فانه قوله صلى الله عليه وآله «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» مع الانضمام بقوله صلى الله عليه وآله «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» ان المدرك للقضاء ينحصر بينه المدعى ويمين المدعى عليه وأن المنكر لا يطالب بالبينه بل يطالب باليمين ولو مع البينه له.

وبتعبير آخر: كما أن مقتضى ملاحظتهما عدم كفايه يمين المدعى على دعواه فى الحكم كذلك لا يكون بينه المنكر كافيا فى الحكم.

ودعوى أن ذلك مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينه وأن البينه من المنكر لا يقاس بيمين المدعى، فان اليمين فى نفسه لا تعتبر بخلاف البينه لا يمكن المساعده عليها فان مقتضى اعتبار البينه انه يحرز بها الواقع فيجوز ترتيب آثار الواقع معها سواء كان الواقع نفيا أو إثباتا كما إذا شهدت البينه للمرأة على عدم كونها ذات بعل أو فى العده فيجوز

ص: ٣٧٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٣١ ، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٩ ، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢ .

الشرح:

للرجل تزويجها ولو مع كونها متهمه لا تعتبر قولها. واما جواز القضاء وسقوط دعوى الآخر عليها بانها زوجته بحيث يترتب على القضاء نفوذه فيمكن أن يؤخذ في موضوع جواز القضاء الا-حراز الخاص أو امرا آخر لا- يكون إحرزا أصلاً كيمين المنكر، فإطلاق اعتبار البيّنه بحيث تعم البيّنه على النفي لا ينافي عدم جواز القضاء بها في المقام الترافع كما هو مقتضى قوله صلوات الله عليه «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» وان «البيّنه على المدعى واليمين على من انكر».

وبذلك يرفع اليد عن مقتضى الإطلاق في روايه ضممه وأنه كما لا تكون يمين المدعى على دعواه من اليمين القاطعه في مقام الدعوى، كذلك لا تكون بيّنه المنكر شهاده عادله في مقام المخاصمه بأن يقطع المخاصمه بها وكذا الحال في مرسله ابن عثمان كما لا يخفى.

وربما يستدلّ على جواز القضاء بيّنه المنكر وعدم الحلف عليه معها بروايات منها معتبره حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: أفيجل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبدالله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكاً لك؟ ثم تقول بعد الملك: هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يبق للمسلمين سوق»(١).

ولكن يخفى أن المراد بالشهاده فيها نسبه ملك الشىء إلى ذى اليد، ولذا ذكر

الشرح:

سلام الله عليه في مقام النقض بنسبه الملك إلى نفسه بعد الشراء من ذى اليد، وليس المراد الشهادة في مقام الترافع.

وعلى تقدير الاطلاق ودلالته على جواز الشهادة في مقام الترافع فليس مقتضى ذلك الاكتفاء به عن الحلف على المنكر، كما سنبين وجهه في تعارض بينه المنكر مع المدعى.

ومنها صحيحه حماد بن عثمان قال: «بينما موسى بن عيسى في داره التي في المسعى يشرف على المسعى، إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلاً من المروه على بغله، فأمر بن هياج رجلاً من همدان منقطعاً إليه أن يتعلق بلجامه ويدعى البغله، فأتاه فتعلق باللجام وادعى البغله، فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه: خذوا سرجها وادفعوها إليه، فقال: والسرج أيضاً لي فقال: كذبت عندنا البيئه بأنه سرج محمد بن علي، وأما البغله فإننا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم ما قلت» (١).

حيث لو لم تكن بينه المنكر معتبره لما كان لقوله عليه السلام «وعندنا البيئه بأنه سرج محمد بن علي» وفيه أن المراد بالبيئه ما يوضح الأمر كما هو معناه اللغوي بقرينه قوله عليه السلام «وأما البغله فإننا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم وما قلت».

والحاصل: أن مراده عليه السلام ب«إننا» لا نحتمل صدقك بالاضافه إلى السرج لا أنه ليس عندنا بالبيئه المعتبره في مقام القضاء بالاضافه إلى شراء البغله كما لا يخفى.

ومنها ما ورد في قضيه أمر فدك بسند صحيح رواه في الوسائل في باب الشهادة بالملكه باليد من احتجاجه عليه السلام في الجواب عن قول الأول: هذا فيء للمسلمين فان اقامت شهودا ان رسول الله جعله لها وإلا فلا حق لها فيه بقوله عليه السلام: «يا أبا بكر تحكم فينا

... .

الشرح:

بخلاف حكم الله في المسلمين قال: لا، قال: فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعيت انا فيه من تسأل البيئه قال: اياك أسأل البيئه، قال: فما بال فاطمه سألتها البيئه على ما في يديها وقد ملكته في حياه الرسول صلى الله عليه وآله وبعده ولم تسأل المسلمين بيئه على ما ادعوها شهودا كما سألتني على ما ادعيت عليهم، فسكت أبو بكر فقال عمر: يا على دعنا من كلامك فانا لا نقوى على حجتك فان أتيت بشهود عدول وإلا فهو فيء للمسلمين لا حق لك ولا لفاطمه فيه»(١).

ووجه الاستدلال أنه لو لم يعتبر بينه المنكر لكان أنسب بالاحتجاج على أبي بكر ذكر أن بيئه فاطمه عليها السلام لا تفيد شيئا فمطالبتها بها لغو لا أنها بلا موجب.

أقول: الاستدلال عجيب فانهم لم يكونوا يعرفون أو يقبلون بأن المطلوب بالبيئه من يدعى على ذي اليد فقط وان ذي اليد لا يطالب بالبيئه فكيف الظن بعرفانهم أو قبولهم بأن بيئه ذي اليد لا تقطع المخاصمه.

هذا مع أن عدم كفايه بينه المنكر عن الحلف لا يلازم لغويتها كما سنبين إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أن احتجاجه عليه السلام كان مبنيا على أمر يعد من الأوليات في باب القضاء.

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام: «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابه في أيديهما إلى ان قال قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه، قال: أفضى بها للحالف الذي هو في يده»(٢) ووجه الاستدلال انه لو لم

ص: ٣٨١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٩٣ ، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣، وتفسير القمى ٢ : ١٥٦ ، وعلل الشرائع : ١٩٠ / ١، والاحتجاج : ٩٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٥٠ ، الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢ .

الشرح:

تكن بيّنه المنكر مسموعه لتعين الحكم بملكيه غير ذى اليد لأن بيّنه بيّنه ولا عبره معها لا بالبيّنه المنكر ولا بالحلف.

ونحوها موثقه غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابه وكلاهما أقاما البيّنه أنه انتجها، ففضى بها للذى فى يده، وقال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

أقول: الظاهر (والله العالم) أنه لا- دلالة فى الروايتين على ما ذكر من جواز القضاء بيّنه المنكر وعدم الحاجة معها إلى حلفه وذلك لما أشرنا إليه سابقا من أن عدم اعتبار بيّنه المنكر بالاضافه إلى القضاء فقط لا أنه لا يحرز بها الواقع، فان مقتضى دليل اعتبار البيّنه عدم الفرق بين كونها قائمه على ثبوت الواقع أو نفيه.

وعلى ذلك فمع معارضة بيّنه المدعى مع بيّنه المنكر يتساقطان عن الاعتبار على ما هو المقرر من الأصل فى تعارض الأمارات ولا- يصح القضاء فى الفرض بيّنه المدعى، لأن ظاهر قوله صلى الله عليه وآله «انما أفضى بينكم بالبيّنات» (٢) المعتبره منه وكذلك قوله عليه السلام «البيّنه على من ادعى» (٣).

وعلى ذلك ففيما إذا كان المال فى يد أحد وادعاه الآخر وأقام على دعواه بيّنه وكان لذى اليد بيّنه على أنها له، كان مدلولهما متناقضين لا- يمكن الحكم بثبوت المدعى بالبيّنه المزبوره وتصل النوبه إلى حلف المنكر، وموثقه إسحاق بن عمار توافق هذه القاعده حيث ذكر سلام الله عليه فيها «أفضى بها للحالف الذى هى فى يده» (٤).

ص: ٣٨٢

١- (١) المصدر : الحديث ٣ .

٢- (٢) و (٣) و (٤) المارّ ذكرها .

أما الأول، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذر تبين الحال لفقد أهل الخبره كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الردّ دون الأرش، لأصاله البراءة.

الشرح:

وكذلك موثقه غياث حيث ذكر فيها «قضى بها للذى فى يده»^(١) بعد تقييد اطلاقها بما فى الموثقه من كون القضاء بالحلف.

وظاهر الروايتين حكاية واقعه واحده والاختلاف بينهما فى النقل بالاطلاق والتقييد أى ذكر القيد فى أحدهما وعدم ذكره فى الآخر.

والحاصل ما ذكرنا من سقوط بينه المدعى مع البينه على خلافها سواء كانت تلك البينه لمنكر أو لآخر ولا يتم معها ملاك الحكم بالبينه وتصل النوبه إلى حلف المنكر هو الأصل فكل مورد ثبت فيه بالنص خلاف ذلك نأخذ فيه بالنص الوارد فيه ونرفع اليد عن القاعده المشار إليها وفى غيره يؤخذ بها.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يتم ما ذكره العلامة^(٢) فى اختلاف البايع والمشتري فى تقدّم العيب وتأخره من أنه لو قام أحدهما ببينه يؤخذ بها، فإنه لا يكفى هذا البينه فيما إذا أقامها البايع، ولا يسقط دعوى المشتري الا بالحلف على عدم تقدم العيب، وكذا ما ذكره من لو أقام كل منهما ببينه تؤخذ ببينه المشتري، فانه قد تقدم ان يبينه المدعى فى الفرض لا يصلح ملاكا للقضاء بل يتعين فى الفرض القضاء بحلف البايع على عدم

ص: ٣٨٣

١- (١) مر ذكرها .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٤١ .

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك بأن حدث بعد القبض وانقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدمه، للأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث وجهل تاريخ العقد، لأن أصله عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب. وعن المختلف: أنه حكى عن ابن الجنييد: أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا، انتهى. هذا إذا لم تشهد القرينه القطعيه مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه، وإلا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة: ولو أقام أحدهما بينه عمل بها. ثم قال: ولو أقام بينه عمل بينه المشتري، لأن القول قول البائع لأنه منكر، فالبينه على المشتري. وهذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر بإقامه البينه، وفيه كلام في محله وإن كان لا يخلو عن قوه.

وإذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب [١] أو نفي استحقاق الرد أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع وأطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالاعسار

الشرح:

تقدم العيب والله سبحانه هو العالم.

[١] قد ذكرنا في بحث القضاء أنه يعتبر في حلف المنكر حلفه على نفي ما يدعيه خصمه وهذا يصدق بالحلف على نفي مصب الدعوى أو نفي ما يترتب على ذلك المصّب ولذا يكفي في الحلف على نفي دعوى الاقتراض الحلف على أنه لا تشتغل له ذمته.

نعم يعتبر في الحلف العلم بالنفي على ما نطقت به الروايات من أنه لا يقع اليمين إلا على العلم وعليه فإن اختبر البائع المبيع قبل بيعه يمكنه الحلف على نفي العيب حال البيع ويكون العلم الحاصل بالاختبار كالعلم بالعدالة والاعسار الحاصل بالمصاحبه الموجبه للاطلاع بهما.

والعدالة وغيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. ولو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصاله عدمه إذا شك في ذلك وجه، احتمله في جامع المقاصد وحكى عن جماعه، كما يحلف على طهاره المبيع استناداً إلى الأصل. ويمكن الفرق بين الطهاره وبين ما نحن فيه: بأن المراد بالطهاره في استعمال المشرّعه ما يعم غير معلوم النجاسه لا الطاهر الواقعي، كما أنّ المراد بالملكيه والزوجيه ما استند إلى سبب شرعيّ ظاهريّ، كما تدلّ عليه روايه حفص الوارده في جواز الحلف على ملكيه ما أخذ من يد المسلمين. وفي التذكره بعدما حكى عن بعض الشافعيّه جواز الاعتماد على أصاله السلامه في هذه الصوره قال: وعندى فيه نظر، أقربه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم. واستحسنه في المسالك، قال: لاعتضاده بأصاله عدم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته. وقد سبقه إلى ذلك في الميسيه، وتبعه في الرياض.

الشرح:

وهل يجوز الحلف على النفي مع عدم الاختبار اعتماداً على استصحاب عدم البيع المزبور حال العيب أو استصحاب عدم ثبوت جواز الفسخ وحق الأرش لخصمه ولو بنحو السالبيه بانتفاء الموضوع كما يجوز الحلف على طهاره المبيع أو بقاء الزوجيه والملكيه اعتماداً على الأصل وقاعده الطهاره؟ ذكرنا في بحث القضاء لا بأس بالحلف على النفي ولو بالاعتماد على الأصل فيما كان مفاد دليل اعتباره التعبد بالعلم بالواقع.

وما عن المصنف رحمه الله من دعوى الفرق بين الحلف على الطهاره والزوجيه والملكيه حيث يجوز الحلف فيها بالاعتماد إلى الحكم الظاهري دون المقام تحكم، إلا إذا قيل بعدم اعتبار الاستصحاب في العدم الأزلي وان ذلك الاستصحاب لا يثبت السالبيه بانتفاء المحمول الموضوع للحكم عن الفرض ما.

وكذا ما يظهر منه رحمه الله من عدم الفرق بين الشهاده بشيء والحلف عليه ضعيف

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم فى إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البينة بعد ذلك، ففيه إشكال. نعم، لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة، فله وجه وإن استقرب فى مفتاح الكرامة أن لا يكتفى بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف. وهذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارته التذكرة اختصاص يمين نفي العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض: لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً. لكن الظاهر أنّ المفروض فى التذكرة صورته الحاجة إلى يمين نفي العلم، إذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البتّ، فلا حاجة إلى عنوان مسأله اليمين على نفي العلم، لا أنّ اليمين على نفي العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشتري [١] عيباً يوجب الردّ ردّه على الموكل، لأنّه المالك والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهده عليه.

الشرح:

غايته، فانّ المعبر فى الشهادة الأخبار بالواقعه عن حسبها بخلاف الحلف فانّ المعبر فيه مطلق العلم.

وأيضاً ذكرنا فى بحث القضاء أنه لا يحلف على نفي العلم إلاّ فى مورد دعوى العلم عليه ومع الحلف على نفي العلم بالواقعه تسقط دعوى العلم بها لا دعوى نفس الواقعه، وإذا أجاب الخصم بأنى لا أدري ولم يدعى المدعى علمه يوقف الحكم، لا أنه ترد اليمين على المدعى كما هو ظاهر المصنف رحمه الله حيث جعل الردّ أوفق بالقاعده.

[١] ذكر فى المقام فرعاً وهو ما إذا باع الوكيل متاعاً ووجد المشتري فى ذلك المتاع عيباً وادّعى أنّ العيب كان حال البيع، فانه لو اعترف المشتري بالوكاله يكون طرف المخاصمه هو الموكل، لأنّ وكاله الوكيل قد انتهت بتحقيق البيع المنتسب إلى مالك المتاع بالوكاله، والضمان بأوصاف المبيع بالضمان المعامل على المالك.

ولو اختلف الموكل والمشتري في قَدَم العيب وحدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، ولا يقبل إقرار الوكيل بقدمه، لأنّه أجنبيّ. وإذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكّن الوكيل من إقامة البينة فادّعى على الوكيل بقدم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل، لأنّ إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا تقبل إلاّ بالبينة، فله إحلاف الموكل على عدم السابق، لأنّه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامه عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. ولو رد اليمين على الوكيل فحلف على السابق ألزم الموكل. ولو أنكر الوكيل التقدّم حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف ولم يتمكّن من الردّ على الموكل، لأنّه لو أقرّ ردّ عليه. وهل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل؟ الشرح:

ولذا لو اعترف الوكيل بعيب المتاع حال البيع فلا ينفع في ثبوت الخيار أو الأرش للمشتري لأن اعتراف الوكيل إقرار على الغير لا على نفسه.

وعليه فان اعترف الموكل بتقدم العيب وخيار المشتري فهو وإلاّ يحلف على نفى التقدم.

ولا- وجه لما يقال: من ان اعترف الوكيل ينفذ على الموكل لا بما هو اعتراف على الغير، بل لقاعده سماع قول ذى اليد أو من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وذلك فان قول ذى اليد لا يعتبر بعد انقضاء اليد إلاّ مع الوثوق بل في حال اليد أيضاً في غير الطهاره والنجاسه ونحوهما، وقاعده من ملك شيئاً لا تعم حال زوال الملك، مع أن السماع يختص بسماع التصرف لا بسماع خصوصيه العين كما لا يخفى.

وأما إذا لم يعترف المشتري بالوكالة ولم يكن للبائع البينه يكون طرف المخاصمه معه هو الوكيل، فان اعترف بسبق العيب فقد تقدم أنه لا ينفذ في حق المالك، غايه الأمر يكون اعترافه هذا دعوى بالاضافه إلى موكله بتحملة الظلامه عنه.

الظاهر لا، لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، وعلى الموكل يستلزم الاعتراف به. واحتمل في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره. ثمّ إذا لم يحلف الوكيل ونكل فحلف المشتري اليمين المردوده وردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناهما في القواعد على كون اليمين المردوده كالبيّنه فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ. ونظر فيه في جامع المقاصد: بأنّ كونها كالبيّنه لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأنّ الوكيل الشّرح:

ولو حلف المالك على عدم تقدم العيب أو قال: لا أدري، يكون المتحمل للظلامه هو الوكيل. وإذا أنكر الوكيل تقدم العيب فيمكن له الحلف على نفي العيب أو على نفي خيار المشتري.

ولا يقال: إنّ هذا الحلف حلفٌ على مال المالك فيكون من الحلف عن الغير فلا تسمع.

فإنه يقال: فإن حلفه على نفي خيار المشتري من الحلف على دفع الظلامه المتوجه إليه، مع انا قد ذكرنا في بحث القضاء جواز الحلف عن المنكر ولو كان ذلك من الحلف على أمر لغير فيما إذا كان ذلك بالولاية أو الوكالة.

ولو لم يحلف الوكيل في الفرض ورده على المشتري فحلف على تقدم العيب يثبت الخيار له، وهل هذا الحلف الذي من اليمين المردوده بمنزله اعتراف المنكر فتقع الظلامه على الوكيل أو أنه كبيّنه المدعى وهو المشتري في المقام فينفذ في حق مالك المتاع ويتعين عليه تحمّل الظلامه، فمبنى على الخلاف في أن اليمين المردوده على المدعى بمنزله إقرار المنكر أو أنه كبيّنه المدعى وقد ذكرنا في بحث القضاء أنّها ليست من البيّنه ولا من الاعتراف بل هو ملاك آخر.

وبتعبير آخر: كما ان اعتراف المدعى عليه في نفسه ملاك الحكم ولا يدخل في

معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البيّنه القائمه على السبق الكاذبه باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافى ثبوته ولا دعوى ثبوته، كأن يقول: «لا حقّ لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيب يثبت لك به الردّ عليّ» فإنّه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسأله على القولين المذكورين، انتهى. وفي مفتاح الكرامه: أنّ اعتراضه مبنى على كون اليمين المردوده كبيّنه الرادّ، والمعروف بينهم أنّه كبيّنه المدعى.

الشرح:

قوله صلى الله عليه وآله: «البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر»^(١)، وقوله صلى الله عليه وآله: «انما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٢)، كذلك الحكم باليمين المردوده فان الحكم بها يستفاد مما دل على رد اليمين على المدعى برد المنكر أو بنكوله.

وقد يقال: إنه لو قيل بأن اليمين المردوده كالبيّنه فلا يجوز أيضا للوكيل مطالبه الظلامه عن المالك لاعترافه كذب البيّنه التي أقامها المدعى بعنوان اليمين المردوده، اللهم إلا أن يكون اعتراف الوكيل بعدم سبق العيب مستندا إلى الأصل فلا مورد للأصل المزبور مع البيّنه على خلافه، ولو كانت اليمين المردوده كبيّنه المدعى تكون نافذه في حق المالك أيضا، وانما لا تنفذ فيما إذا كان إنكار الوكيل السبق جزميا.

ويجاب عن الإشكال: بأن ذلك مبنى على كون اليمين المردوده كبيّنه الراد في أنها تسقط الحلف عنه فقط، واما إذا قيل بأنها كبيّنه المدعى فتنفذ في حق المالك.

أقول: قد ذكرنا أن اليمين المردوده ليست كالبيّنه لا من الراد ولا من المدعى، فلا تنفذ تلك اليمين إلا في حق الوكيل.

نعم إذا أقام المشتري في الفرض البيّنه على العيب في المبيع حال العقد تثبت

ص: ٣٨٩

١- (١) و (٢) مرّ سابقاً .

أقول: كونه كبيته المدعى لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل. وتمام الكلام في محله.

الرابعة: لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع [١] أنّها سلعته، قُدم قول البائع كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد لأصالة عدم حقّ له عليه، وأصالة عدم كونها سلعته. وهذا بخلاف ما لو ردّها بخيار فأنكر كونها له، فاحتمل هنا في التذكرة والقواعد تقديم قول المشتري، ونسبه في التحرير إلى القيل، لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الاولى.

الشرح:

بتلك البيته على المالك تحمّل الظلامه فيما إذا كان الوكيل غير منكر تلك البيته، بأن كان جوابه للمشتري ب«لا أدري» أو بانكار سبق العيب اعتمادا للأصل، فان مع تلك البيته لا مورد للأصل، فيمكن إثبات دعواه على المالك بتحمّل الظلامه بتلك البيته.

لا يقال: هذا كله أى دعوى المشتري على الوكيل بسبق العيب فيما إذا اعتقد بأنه البائع بالاصاله، وأما إذا لم يكن المشتري جازما بأنه البائع بالاصاله فكيف يدعى الأرش أو الفسخ على البائع.

فإنه يقال: يكفى فى دعوى المشتري على الوكيل الأخذ بظهور الفعل فى الاصله كما هو الحال فى كل مورد كانت الدعوى أو الإنكار للاعتماد على الحجّه.

[١] لو ردّ متاعا معيبا على البائع بدعوى أنّه سلعته التى شراها منه وأنّها كانت معيبه عند الشراء وأنكر البائع عيب متاعه وأن المردود عليه ليس بسلعته، فيحلف البائع على نفي الخيار للمشتري مع عدم البيته له وذلك لمطابقه قول البائع مع أصالة عدم الخيار للمشتري وعدم جريان بيعه على المتاع المزبور سواء قصد المشتري فسخ الشراء بالرد المزبور أو بغيره، وهذا فيما لم يعترف البائع بثبوت الخيار للمشتري كما ذكرنا.

أقول: النزاع فى كون السلعه سلعه البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسأله الاولى كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعه هذه المعيوبه أو غيرها، والحكم بتقديم قول البائع مع يمينه. وأما إذا اتفقا على الخيار واختلفا فى السلعه، فلذى الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّف على كون هذه السلعه هى المبيعه أو غيرها، فإذا فسخ وأراد ردّ السلعه فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصاله عدم كون السلعه هى التى وقع العقد عليها. نعم، استدللّ عليه فى الإيضاح بعدما قوّاه : بأنّ الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع واستحقاق الفسخ، والاختلاف فى موضعين: أحدهما: خيانه المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعه والمشتري ينكرها، والأصل عدمها. ثانيهما: سقوط حقّ الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدّعيه والمشتري ينكره والأصل بقاؤه. وتبعه فى الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف، ولو صدّقه على كون المبيع معيوباً وأنكر تعيين المشتري حلف المشتري، انتهى.

الشرح:

واما إذا اتفقا على الخيار للمشتري فقد يقال: بأن المشتري يحلف على كون المردود هى السلعه التى شراها منه كما عن العلامه فى التذكرة (١) والقواعد (٢).

وذكر فى الإيضاح (٣) فى وجه ذلك بأنّ اختلافهما فى أمرين: أحدهما: خيانه المشتري فى دعواه كون المردود هى السلعه المبيعه والأصل عدم الخيانه. وثانيهما: سقوط خيار المشتري والأصل بقاؤه.

ص: ٣٩١

١- (١) التذكرة ١ : ٥٤١ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٧٩ .

٣- (٣) الإيضاح ١ : ٤٩٩ .

أقول: أما دعوى الخيانة، فلو احتاجت إلى الإثبات ولو كان معها أصاله عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم [قول] المشتري في المسألة الأولى وإن كانت هناك أصول متعدده على ما ذكرها في الإيضاح وهي: أصاله عدم الخيار، وعدم حدوث العيب، وصحّه القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأنّ أصاله عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم، وهو وارد على جميع الأصول العدميه، نظير أصاله الصحه. وأمّا ما ذكره: من أصاله صحّه القبض، فلم نتحقّق معناها وإن فسّرناها من قبله بما ذكرنا، لكن أصاله الصحّه لا تنفع لإثبات لزوم القبض. وأمّا دعوى سقوط حقّ الخيار فهي إنّما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه فى الدروس وإلاّ فأكثر الخيارات ممّا اجمع على بقاءه مع التلف، مع أنّ أصاله عدم سقوط الخيار لا تثبت إلاّ بثبوته، لا وجوب قبول هذه السلعه إلاّ من جهه التلازم الواقعى بينهما. ولعلّ نظر الدروس إلى ذلك.

الشرح:

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بأن مقتضى استصحاب الخيار نفوذ فسخ المشتري، لا تعيين المردود هي السلعه التى جرى عليها البيع، وإثبات كونه هي السلعه المبيعه بأصاله عدم الخيانة غير صحيح، لأن مع جريان أصاله عدم جريان المبيع على المردود يثبت الخيانة بهذا المعنى، وإلاّ تكون أصاله عدم الخيانة مثبته لكون المبيع هو المردود حتى مع عدم اعتراف البايع بالخيار للمشتري كما فى الفرض الأول، مع أنّهما قد ذكروا فيه حلف البايع على نفي الخيار ونفي كون المردود سلعته.

لا- يقال: لا- يقاس الفرض السابق بالفرض الثانى، لأن أصاله عدم الخيار للمشتري وعدم حدوث العيب فى المبيع حال البيع وصحته إقباض البايع فى الفرض الأول كانت مقتضاها تقديم قول البايع، بخلاف الفرض الثانى مما لا مجال فيه لشيء مما ذكر لاعتراف البايع بخيار المشتري.

فانه يقال: أصاله عدم الخيانة من قبيل ظهور الحال كأصاله الصحه التى لا مجال

وأما الثاني وهو الاختلاف في المسقط ففيه أيضاً مسائل:

الأولى: لو اختلفا في علم المشتري [١] بالعيب وعدمه قدّم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الشرح:

معها للاستصحاب، وأما صحة الإقباض فلا معنى لها لأن المقبوض كان ملك المشتري سواء كان البيع لازماً أو خيارياً، ولزوم القبض عبارته أخرى عن عدم الخيار للمشتري في فسخ البيع.

أقول: وتقريب عدم الفرق بين الفرضين أنّ أصله عدم الخيانة يطلق على معنيين:

أحدهما: عدم نسبه الحرام إلى المشتري المدعى، وأصله عدم الخيانة بهذا المعنى يشترك فيها الفرضان ولكن لا تثبت كون المردود هي السلعة المبيعه لإمكان كون دعوى المشتري للخطأ والغفلة.

وثانيهما: قبول الراد بأن يبني على أن ملك البائع هي العين المردودة وهذا لا يجري في شيء من الفرضين، بل يختص بموارد قول الأمين خاصة اخذاً بما دل على عدم جواز اتهام الأمين والأخذ بقول المؤمن وقوله سبحانه: «مَيَّا عَلَى الْمُخْبِتِينَ مِن سَبِيلٍ» (١) ولا يعمّ المقام فإنّ السلعة المبيعه كانت بيد المشتري بيد ملك وبعد الفسخ على تقديره يد ضمان فأين يد الأمانة ودعوى كونها شبيهه بيد الأمانة لم يعلم لها وجه.

وعلى ذلك فإن كان الخيار المتفق عليه خيار العيب فلا ينفذ فسخ المشتري إلا بعد إثبات كون المردود هو المبيع وإلا يحق له المطالبة بالأرش فقط، وإن كان غيره مما لا يسقط بتلف العين فيجوز له الفسخ وإعطاء البدل عن المبيع كما لا يخفى.

[١] لاختلاف المتبايعين في مسقط الخيار صور:

ص: ٣٩٣

الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بأن زواله بعد العلم لا- يسقط الأرش بل ولا الرد ففى تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه وعدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار، لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده وهو غير ثابت فالأصل لزوم العقد وعدم الخيار، وجهان، أقواهما الأول. والعبارة المتقدمه من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثانى، فراجع. ولو اختلفا بعد حدوث

الشرح:

الأولى: ما إذا اختلفا فى علم المشتري بالعيب عند الشراء، فإن المأخوذ فى موضوع الخيار عدم تبين العيب للمشتري عند الشراء وقد ذكر سلام الله عليه فى معتبره زواره: «أىما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يتبين له»^(١) الحديث وإذا قال البايع: ان المشتري كان عالماً بالعيب عند الشراء فلا- خيار له وقال المشتري: كنت جاهلاً فلى الخيار فيطابق قول المشتري مع استصحاب عدم تبين عواره وعيبه له ويثبت له الخيار.

الثانية: ما إذا اختلفا فى زوال العيب إلى زمان علم المشتري به، فقال المشتري: انه قد علم العيب السابق قبل زواله فلى الخيار، وقال البايع: انه كان زائلاً عنده فليس لك خيار، فان المفروض علم المشتري بالعيب السابق ومقتضى الاستصحاب وجود ذلك العيب زمان علمه بالعيب السابق فيتم موضوع الخيار فيكون قول المشتري مطابقاً للاستصحاب فيحلف على وجود العيب السابق زمان علمه.

لا يقال: يعارض هذا الاستصحاب عدم العلم إلى زمان زوال العيب، فان زواله محرز بالوجدان ومقتضى الأصل عدم هذا العلم إلى ذلك الزمان فيتم موضوع سقوط الخيار وهو عدم العلم به مع زواله.

ص: ٣٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

عيب جديد وزوال أحد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار. ولا يعارضه أصاله بقاء الجديد، لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول: أن أصاله عدم أحد الشرح:

فانه يقال: لو سلم المعارضه تصل النوبه إلى استصحاب بقاء الخيار بناءً على أن زوال العيب مع عدم العلم به مسقط له كما هو الفرض.

نعم لو قيل بأن الموضوع للخيار حصول العلم بالعيب حال عيب الشىء نظير ما تقدم فى درك الجماعه بأن يركع الشخص حال ركوع الإمام فالأصل عدم حصول العلم حال عيب الشىء فيكون قول البايع مطابقاً للأصل فيحلف على النفى.

أقول: قد ذكرنا أن مع زوال العيب لا يكون فى البين جواز الرد ولا جواز أخذ الأرش لأن ظاهر المرسله جواز الفسخ مع رد المعيب فلا ينفذ مع عدم كون المردود معيباً.

وهذا أيضاً ظاهر كلام التذكرة قال لو كان المبيع معيباً عند البايع وقد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده سقط الرد انتهى (١).

ومقتضى ما ذكر رحمه الله أن العلم بالعيب السابق حال زواله لا يكون موجبا للخيار بل الموجب له العلم بالعيب حال وجوده ويبقى هذا الخيار ما دام العيب باقياً مع زواله يسقط ولذا ذكر المصنف رحمه الله أن هذه العبارة تشير إلى أن الموضوع للخيار العلم بالعيب السابق حال العيب.

والفرق بين ذلك وما ذكرنا هو أن الموضوع للخيار على ما ذكرنا جريان البيع

ص: ٣٩٥

١- (١) التذكرة ١ : ٥٤١ .

الضدّين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتّب عليه حكمه. لكن المحكّي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكته بياض بعينه، ووجد نكته قديمه، ثمّ زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله

الشرح:

على شيء حال وجود العيب فيه واستفدنا ذلك من معتبره زراره(1) وان هذا الخيار يبقى ما دام العيب.

والحاصل: أنّه لا- يعتبر في موضوع الخيار العلم بالعيب أصلاً لا- مطلقاً ولا حال وجود العيب، بل المعتبر جريان البيع على ما به عيب والموضوع للخيار في الفرض محرز ومقتضى الاستصحاب بقاء ذلك العيب الذي كان عند البيع فيجوز للمشتري أخذ الأرش لذلك العيب، واما جواز الفسخ فلا لأن حدوث نكته أخرى يوجب سقوط جواز الفسخ بقيت أم زالت.

ومع زوال القديم سواء حدث عيبٌ آخر أم لا- لا- مورد لجواز الفسخ ولا لأخذ الأرش لأن مع زوال السابق قبل الفسخ يسقط الخيار فسخا وأرشا كما تقدم.

وذكر المصنف رحمه الله أن زوال العيب الحادث في يد المشتري يصحح الفسخ بالعيب القديم فمع اختلافهما بأن الزائل هو القديم أو الحادث يكون البائع في الفرض مدعياً لمخالفه قوله لاستصحاب العيب القديم ويوافق قول المشتري فيكون منكراً فيحلف على عدم السقوط.

لا يقال: قول البائع أيضاً يوافق الأصل يعني استصحاب العيب الجديد فيكون كل منهما مدعياً ومنكراً فيتحالفان ويستفيد البائع بحلّفه سقوط الفسخ ويستفيد المشتري بحلّفه أخذ الأرش.

ص: ٣٩٦

١- (١) مرّت آنفاً.

القديمه فلا ردّ ولا أورش، وقال المشتري: بل الحادثه ولي الردّ، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الردّ واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، انتهى.

الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتّفق عليه [١] فادّعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففي الدروس: أنّه كالعيب المنفرد، يعنى أنّه يحلف

الشرح:

فانه يقال: أصاله بقاء العيب الجديد غير جاريه في نفسها، فانها لا يثبت زوال العيب القديم لينتفى جواز الفسخ ويجوز أيضا أخذ الأرش بناءً على أن الثابت للمشتري تخيره بين الفسخ وجواز أخذ الأرش.

أقول: استصحاب العيب السابق لا يترتب عليه بقاء جواز الفسخ مطلقا بل في خصوص ما ثبت فيه بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه عند البيع، ومن الظاهر ان الاستصحاب المزبور لا يثبت بقاء المبيع بحاله.

وبتعبير آخر: يثبت بأصاله بقاء العيب الجديد وبقاء المبيع على تغييره عدم جواز الفسخ فيكون قول البائع مطابقا للأصل وقول المشتري مخالفا له فيحلف البائع على نفيه، واما الأرش فلا يستحقه المشتري اخذا باعترافه بناءً على أنه في طول جواز الفسخ.

واما بناءً على تخيير المشتري بين جواز الفسخ واخذه يحرز باستصحاب العيب القديم جوازه، فيكون البائع بالاضافه إلى سقوط الأرش مدعيا والمشتري منكرا، فيتم ما تقدم عن الشافعي من أنهما يتحالفان فينتفع البائع بحلفه اسقاط الفسخ والمشتري بجواز اخذ الأرش.

[١] إذا اشترى متاعا به عيب ووجد فيه عيب آخر فاختلفا في ذلك العيب الآخر فقال البائع: إنه حدث عندك فلا يجوز لك إلا أخذ الأرش على العيب الأول وقال المشتري: إن العيب الثاني كان عند الشراء أيضا فلي جواز الفسخ بهما؛ ذكر في

البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب واختلفا في السبق والتأخر. ولعله لأصالة عدم التقدم. ويمكن أن يقال: إنَّ عدم التقدّم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار، وأمّا هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مرّ غير مرّه: أنّ أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، وإنّما الشرح:

الدروس(1): أن الفرض مثل ما إذا لم يكن في المتاع إلا عيب واحد وقال البائع بحدوثه عند المشتري فلا خيار وقال المشتري: إنه كان عند البيع فلي الخيار، ويقدم قول البائع لموافقته استصحاب عدم العيب حال البيع فيحلف على عدم العيب الثاني عند البيع أو عدم الخيار للمشتري.

وذكر المصنف رحمه الله ان الفرض لا- يقاس بالعيب المنفرد، لأن استصحاب عدم العيب حال البيع في العيب المنفرد ينفي موضوع الخيار ولذا يقدم فيه قول البائع، بخلاف هذا الفرض حيث يدعى البائع فيه سقوط الخيار الثابت للمشتري بحدوث العيب الثاني عنده، واستصحاب عدم العيب الثاني حال البيع لا يثبت حدوثه عند المشتري ليقدم قول البائع.

أقول: لو فرض ثبوت الخيار للمشتري بالعيب المتفق عليه يجرى في الفرض استصحاب عدم حدوث العيب الثاني عند المشتري فيحلف على ذلك فيحكم ببقاء خياره، ولكن لا يثبت له خيار آخر بالعيب الثاني لأن الأصل عدم وجود العيب ذلك الثاني عند البيع.

لا يقال: يعلم إجمالاً بعدم مطابقه كل من استصحاب عدمه حال البيع واستصحاب عدم حدوثه عند المشتري للواقع بل أحدهما غير مطابق له لا محاله.

ص: ٣٩٨

يثبت عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر. ثم قال فى الدروس: ولو ادعى البائع زياده العيب عند المشتري وأنكر احتمال حلف المشتري لأنّ الخيار متيقن والزياده موهومه، ويحتمل حلف البائع إجراء للزياده مجرى العيب الجديد.

الشرح:

فانه يقال: هذا العلم الإجمالى لا يوجب سقوط الأصلين لأنهما لا يوجب المخالفه القطعيه، بل يوجب التفكيك بين المتلازمين واقعا ولا محذور فيه فيما إذا اقتضاه الأصلان.

والحاصل يحلف كل من البائع والمشتري، فالبايع على عدم وجوده حال البيع فلا يكون الخيار الثانى، ويحلف المشتري على عدم حدوثه عنده فيحكم ببقاء الخيار الاول.

واما مع عدم ثبوت الخيار بالعيب الأول كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوما للمشتري يكون الفرض كما ذكره فى الدروس (1) من تقديم قول البائع، فان أصاله عدم وجوده حال البيع ينفى الخيار كما هو ظاهر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا حصلت الزيادة فى العيب الذى كان عند البيع واختلفا فى زمان حصولهما فقال البائع: إنها حصلت بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ وقال المشتري: إنها كانت قبل قبض المبيع فله الخيار، فانه ان كان أصل العيب الذى كان عند البيع موجبا للخيار يتحالفان ويثبت للمشتري جواز الفسخ بأصل العيب وينفى البائع بحلفه جواز الفسخ وأخذ الأرش بتلك الزيادة.

واما إذا لم يكن أصل العيب موجبا للخيار كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوما للمشتري فيحلف البائع على عدم حصولها عنده فلا يثبت للمشتري جواز الفسخ ولا جواز الأرش فتدبر.

ص: ٣٩٩

١- (١) مرّ آنفاً .

أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد وأنّ حلف البائع فيه محلّ نظر. ثمّ لا بدّ من فرض المسأله فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنّه كان متقدماً أو متأخراً. وأمّا إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعه: لو اختلفا في البراءه [١] قدّم منكرها، فيثبت الخيار، لأصالة عدمها الحاكمه على أصالة لزوم العقد. وربما يتراءى من مكاتبه جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في من يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه: برئ من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءه منها، أصدق فلا يجب عليه، أم لا يصدق؟ فكتب عليه السلام: أنّ عليه الثمن... الخبر».

الشرح:

[١] لو اختلفا في التبرّي عن عيب المبيع بأن ادعاه البائع وانكره يقدم قول المشتري، لأن جريان البيع على ما به عيب وعواز محرز والأصل عدم تبرّي البائع فيتم موضوع الخيار.

ولكن ربما يتراءى من مكاتبه جعفر بن عيسى عن أبي الحسن عليه السلام (١) خلاف ذلك وأنه عند الاختلاف في التبرّي يقدم قول البائع.

وذكر الأردبيلي قدس سره (٢): أن الروايه لكونها مكاتبه يحتمل فيها الدس ورعايه التقيه وكونها على خلاف قاعده «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (٣).

ص: ٤٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١١١ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب .

٢- (٢) مجمع الفائده ٨ : ٤٣٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٣٣ ، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١ .

وعن المحقق الأردبيلي: أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابه ومخالفه القاعده، انتهى. وما أبعد ما بينه وبين ما في الكفايه: من جعل الروايه مؤيده لقاعده «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وفي كلّ منهما نظر. وفي الحدائق: أنّ المفهوم من مساق الخبر المذكور: أنّ إنكار المشتري إنّما وقع مدالسه، لعدم رغبته في المبيع، وإلاّ فهو عالم بتبرّي البائع، والإمام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجهه.

الشرح:

فلا يمكن الاعتماد عليها ولكن جعلها في الكفايه مؤيده للقاعده.

وذكر في الحدائق(١): أنّ تقديم قول البايع في الروايه لكون إنكار المشتري كان تدليسا ولعدم رغبته في المبيع جعل إنكاره وسيله للتخلص من البيع، ولذا ألزمه عليه السلام (٢) بالثمن، من غير أن يذكر أنّ على البايع الحلف على إسماع التبرّي.

وناقش المصنف قدس سره في التوجيه بأنه لا يحتمل ان يسأل الإمام عليه السلام عن حكم صوره العلم بكذب المشتري، فان الحكم في صوره العلم بالحال كان ظاهرا وانما سئل عن صوره احتمال صدق المشتري كما يفصح عن ذلك قوله أصدق أم لا؟

والصحيح في الروايه أن يقال: إن في موردها خصوصيه لا تنافي ما تقدم من تقديم قول منكر التبري عند الاختلاف، وتلك الخصوصيه ان البيع فيمن يزيد لا ينفك غالبا عن تبري البايع بنحو يسمعه كل من حضر الشراء.

وهذا الظهور الغالبى في المفروض في الروايه أوجب تقديم قول البايع، وهذا من أحد الموارد التي يقدم فيها الظهور على الأصل العملى أى استصحاب عدم سماع التبرّي.

ص: ٤٠١

١- (١) الحدائق ١٩ : ٩١ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

وفيه: أنّ مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّي المنكر له فيما بينه وبين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدّم قوله في ظاهر الشرع من البائع والمشتري، مع أنّ حكم العالم بالتبرّي المنكر له مكابره معلوم لكل أحد، خصوصاً للسائل، كما يشهد به قوله: «أيصدّق أم لا يصدّق؟» الدالّ على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه.

والأولى توجيه الرواية: بأنّ الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العاده بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفه للظاهر، نظير دعوى الغبن والغفلة عن قيمه ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع. بقى فى الرواية إشكال آخر، من حيث إنّ البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه فى متن العقد. ويمكن التفتيش عنه: إمّا بالتزام كفايه تقدّم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه، كما تقدّم فى باب الشروط. وإمّا بدعوى أنّ نداء الدلال بمنزلة الإيجاب، لأنّه لا ينادى إلّا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته، فينادى الدلال ويقول: بعثك هذا الموجود بكل عيب، ويكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الإيجاب حتّى يتمكن من إبطاله عند زياده من زاد.

الشرح:

لا- يقال: تبرّى البائع قبل البيع ولو بنحو يسمعه من حضر لا يكون كافياً فى الاشتراط، فانه يعتبر فى نفوذ الشرط ذكره فى متن العقد.

فانه يقال: يكفى فى نفوذ الشرط ذكره قبل المعامله وانشائها مبنيًا على المذكور قبله هذا اولاً.

وثانياً: ان نداء المنادى فيمن يزيد يكون إيجاباً للبيع ولو بنحو يقبل الرجوع فيه ويكون تبريه فى النداء من ذكر الشرط فى الايجاب كما لا يخفى.

ص: ٤٠٢

والحاصل: جعل نداءه إيجاباً للبيع. ولو أبيت إلا عن أنّ المتعارف في الدلال كون نداءه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أنّ الرواية لا- تصريح فيها بكون البراءة في النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة، لأنّه الموجب لسقوط الخيار لا انتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار [١] أو

الشرح:

[١] من موارد اختلاف المتبايعين في حدوث المسقط للخيار ما إذا ادعى البائع رضا المشتري بالمبيع فلا يجوز له فسخه بعد ذلك، ويجوز له أخذ الأرش خاصة بناءً على تخيره بين الفسخ ومطالبه الأرش، وأنكر المشتري رضاه فانه يحلف على عدم رضاه.

وكذلك فيما إذا ادعى البائع إسقاط خياره بعد العلم بالعيب فلا يجوز له فسخ البيع ولا مطالبه الأرش أو ادعى تصرف المشتري بعد العلم بالعيب بل أو قبله بما يوجب سقوط جواز الفسخ، فانه مع الاختلاف يحلف المشتري على عدم إسقاط خياره أو عدم تصرفه.

ونظير ذلك ما تقدم من أن المبيع وجد فيه عيب جديد وقال المشتري: إنه كان عند البيع فيجوز له الفسخ وأخذ الأرش عليه أيضاً وقال البائع: إنه حدث بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ بالعيب القديم، فانه قد تقدم أن البائع يحلف على عدم وجوده عند البيع والمشتري على عدم حدوثه بيده فيحكم ببقاء جواز الفسخ وعدم جواز أخذه الأرش على العيب الثاني.

ولكن العجب من المصنف رحمه الله حيث جعل في المقام الأصل الموافق لقول المشتري أصاله بقاء الخيار والأصل عدم جريان البيع على السالم من العيب الجديد فانه لو جرى على السالم لكان ضمانه على المشتري.

لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً

تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور، ولو وُجد في المعيب عيبٌ اختلفا في حدوثه وقدمه ففي تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدّم سابقاً في دعوى تقدّم العيب وتأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب والشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمنه المشتري.

وأما الثالث، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في الفسخ [١] فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه. وفي الدروس: أنه يمكن جعل إقراره إنشاءً. ولعله لما اشتهر: من أن «من ملك شيئاً

الشرح:

ووجه العجب أن ضمان المشتري العيب الجديد بمعنى حدوثه بيده مع جريان البيع على السالم متلازمان ومن الظاهر أن نفي أحد المتلازمين بالأصل يعني أصالة عدم جريان البيع على السالم لا ينفي المتلازم الآخر.

[١] لو اختلفا في الفسخ في زمان يكون للمشتري فيه خيار لولا فسخه فلا ينبغي الريب في سماع قول المدعى بالفسخ، وظاهر كلام المصنف سماع قوله بأن له انشاء الفسخ حين الدعوى.

وعن الدروس (١): جعل دعواه فسخاً بمعنى أن الحاكم يحكم بتحقيق الفسخ بمجرد إقراره بالفسخ لقاعده «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» كما لو ادعى الزوج طلاق زوجته فإن للزوج سلطته الطلاق وإذا ادعاه يقبل قوله بغير بينه ولا يحتاج في الحكم بثبوتة إلى حلف الزوج وإن أنكرته زوجته.

ويشهد للقاعده المزبوره ما رواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه

ص: ٤٠٤

الشرح:

عن محمد بن زياد عن محمد بن عبدالله الكاهلي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كان لعمي غلام فأبى فأتى الأنبار فخرج إليه عمي ثم رجع فقلت له: ما صنعت يا عم في غلامك؟ قال: بعته، فمكث ما شاء الله، ثم إن عمي مات فجاء الغلام، فقال: أنا غلام عمك وقد ترك عمي أولاداً صغاراً وأنا وصيهم، فقلت: إن عمي ذكر أنه باعك، فقال: إن عمك كان لك مضاراً وكره أن يقول لك فتشمت به، وأنا والله غلام بنيه، فقال: صدق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله» (١).

والظاهر أن محمد بن عبدالله الكاهلي سهو، بل السائل هو عبدالله الكاهلي بقريته رواه الحسن بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلي في غير هذا المورد وعدم وجود محمد بن عبدالله الكاهلي في الرجال على ما أعلم، فالرواية من حيث السند موثقة ومدلولها قبول أخبار المالك عن بيع ماله وعدم بقاءه في ملكه، والإقرار بالعتق كما في عبارته المصنف رحمه الله سهو من قلمه الشريف.

وذكر السيد اليزدي قدس سره (٢): أن الرواية لا دلالة لها على اعتبار القاعده، ولذا لم يستدل بها المصنف رحمه الله في رسالته المرسومة في القاعده على اعتبارها مع اهتمامه فيها بإقامه الدليل عليها.

والوجه في عدم دلالتها هو ورودها في واقعه خاصه ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم بكذب الغلام وان تصديق البائع كان من سماع الإقرار على النفس، وذكر أنه لا ينافي سماع الإقرار على النفس دون سماع الإقرار للنفس سقوط نفقه الغلام في الفرض، فان السماع الإقرار على النفس لا ينافي سقوط ما يترتب على المقر به من انتفاع الغير

ص: ٤٠٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٨١ ، الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ ، والتهذيب ٧ : ٢٣٧ / ١٠٣٦ .

٢- (٢) حاشية كتاب المكاسب ٣ : ١٩٦ .

لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار منقضيًا

مَلِكُ الإِقْرَارِ بِهِ» كما لو ادّعى الزوج الطلاق. ويدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدّعى النفقه على أيتام الرجل وأنه رق لهم. وسيجيء الكلام في هذه القاعدة. وإن كان بعد انقضاء زمان الخيار [١] كما لو تلف العين افتقر مدّعيه الى البيّنه ومع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ

الشرح:

كسقوط النفقه فيما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته وانما لا يسمع الإقرار فيما إذا كان المقرّ في نفسه للنفس لا عليه.

أقول: دعوى أنّ الروايه وارده في واقعه خاصه ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم كذب الغلام لا يناسبها ظاهر السؤال والجواب.

ودعوى أنّ الإقرار على النفس تسمع ولو مع ترتب النفع للمقر فيما إذا كان المقر به على النفس ولا تسمع في خصوص ما كان المقر به للنفس غير ظاهره، لأنّ الدليل على نفوذ الإقرار السيره العقلانيه ولا يترتب على اقرار على النفس ما كان للنفس الا إذا كان داخلاً في قاعده من ملك كدعوى الطلاق.

[١] إذا كان اختلاف المتبايعين في الفسخ في زمان لا يكون فيه للمشتري خيار الفسخ كما إذا تلف المبيع بعد الفسخ وقلنا: بان هذا التلف لا يوجب بطلان الفسخ السابق فان أقام المشتري البيّنه على فسخه السابق يرجع إلى البايع بالتفاوت بين الثمن المسمى وبدل المبيع التالف، ولو لم يتمكن على اقامه البيّنه على فسخه فيحلف البايع على نفى علمه بالفسخ فيما لو ادعى المشتري علمه به وإلا يوقف الدعوى.

وهذا بناءً على ما ذكروا من عدم جواز الحلف على فعل الغير نفيًا وإثباتًا.

واما بناءً على ما ذكرنا في بحث القضاء من أنه يصح القضاء بالحلف سواء حلف على فعل نفسه أو فعل الغير حيث لا يعتبر في الحلف إلا العلم فيحلف البايع على عدم فسخه.

إن ادعى عليه علمه بفسخه، ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لئلا يخرج من الحقيين أم لا لإقراره بالفسخ؟ وزاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش وما زاد على قيمه من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة ويبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين، انتهى.

الشرح:

وأيضاً ذكرنا فيما تقدم أنه يعتبر في نفوذ الفسخ بقاء المبيع بحاله إلى رده على بايعه وإلا فلا موضوع إلا للأرش.

وعليه فيتعين في الفرض المطالبة بالأرش ولا مجال للمخاصمه في الفسخ.

وعلى ما ذكره من حلف البايع على عدم علمه بالفسخ فهل للمشتري المطالبة بالأرش، قيل: لا، لأن المشتري يعترف بعدم استحقاقه الأرش بدعواه فسخ البيع وانه انما يستحق من الثمن الزايد على البدل لا غير.

وذكر في الدروس (1): أنه يحتمل استحقاق المشتري الأقل من الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل المبيع والوجه في ذلك أن المشتري يستحق المال المزبور باتفاقهما، غاية الأمر يذكر المشتري أنه بعنوان التفاوت بين الثمن والبدل، والبايع بدعوى أنه بعنوان الأرش، فان كان التفاوت أزيد فالبايع ينكر استحقاق المشتري تلك الزيادة فيحلف على نفى استحقاق المشتري، وان كان الأرش أزيد فلا يجوز للمشتري أخذه أخذاً باعترافه، وعلى ما ذكر فلا مورد للمخاصمه مع عدم الاختلاف بين الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل التالف كما أنه لا موضوع لحلف البايع فيما إذا كان الأرش أكثر، كل ذلك فيما إذا لم يتضمن دعوى المشتري المطالبة بعين الثمن وإلا يحتاج نفى استحقاق المشتري إلى حلف البايع فتدبر.

ص: ٤٠٧

لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

الثانيه: لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناءً على فوريه [١] الخيار ففى تقديم مدعى التأخر لأصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحه الفسخ وجهان. ولو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان الشرح:

[١] لو كان اختلاف المتبايعين على القول بفوريه الخيار فى تأخر الفسخ أو وقوعه زمان الخيار، بأن قال المشتري: كان الفسخ زمان الخيار. وقال البايع: إنه كان بعد انقضائه، ذكر المصنف رحمه الله أن استصحاب بقاء العقد وعدم حصول الفسخ إلى انقضاء الخيار يوافق قول البايع حيث يذكر عدم الفسخ زمان الخيار، وانه وقع على التأخير كما أنّ أصالة الصحه فى الفسخ يوافق قول المشتري المدعى وقوع الفسخ زمان الخيار.

وإذا اتفقا على زمان الفسخ واختلفا فى أول زمان العقد، فعينه البايع بزمان يكون الفسخ معه على التأخير، وعينه المشتري بما يكون على الفور.

يحتمل استصحاب عدم وقوع العقد فى الزمان المشكوك فيكون موافقا لقول المشتري ولكن الاحتمال ضعيف لأن استصحاب عدم حصول العقد فى ذلك الزمان لا يثبت وقوع الفسخ فى اول زمان إمكان الفسخ.

ونظير المسأله ما إذا اختلف الزوجان فى تقدم رجوع الزوج ووقوعه فى العده فقال الزوج: إنه كان فى العده، والزوجه: إنه كان بعد انقضاء العده.

أقول: الاستصحاب فى ناحيه بقاء العقد لا مجال له مع استصحاب عدم حصول الفسخ المزبور إلى حين انقضاء الخيار فإن هذا الاستصحاب لو تم لترتب عليه بقاء العقد إذ مع الأصل السببى لا تصل النوبه إلى الأصل الحكمى، كما أنه لا مجال لاستصحاب عدم الفسخ المزبور حين الانقضاء لو جرت أصالة الصحه فى ناحيه الفسخ، لأنه مع أصالة الصحه لا مجال للاستصحاب كان على وفق أصالة الصحه أو على خلافها على ما هو المقرر فى محله من حكومتها على الاستصحاب.

وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن أصله تأخر العقد الراجعه حقيقه إلى أصله عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان. وهذه المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدّه المطلقه وادّعت هي تأخره عنها.

الشرح:

وذكر السيد اليزدي رحمه الله (١) انه يقدم في فرض الاختلاف في تقدم الفسخ وتأخره قول المشتري المدعى لصحة الفسخ لا لأصله الصحة في الفسخ، فان حمل فعل الغير على الصحة يكون في غير موارد المنازعه، ومع المنازعه يجري الحمل في العقود لا في الايقاعات كما في المقام، بل لانه مع استصحاب بقاء الخيار إلى حصول الفسخ يترتب عليه نفوذه.

لا يقال: هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم وقوع الفسخ المزبور إلى زمان انقضاء الخيار.

فانه يقال: إن الاستصحاب المزبور لازمه العقلي وقوع الفسخ بعد الانقضاء المحكوم على الفسخ معه بالبطلان.

أقول: ما ذكره قدس سره في أصله الصحة عجيب، فان اعتبارها لا يختص بغير موارد المنازعه، كما أنه لا فرق في اعتبارها بين العقود والايقاعات بل ساير ما يتصف بالصحة من العباده وغيرها.

نعم في أصله الصحة كلام وهو عدم جريانها في موارد الشك في قابليه المورد للتصرف أو في ولايه المتصرف للتصرف، وعليه في المقام يشك في قابليه العقد للفسخ حال فسخ المشتري فلا مجرى لها.

ص: ٤٠٩

الشرح:

وأما استصحاب بقاء الخيار فقد يقال: إنه لا مجال له لأنَّ انحلال البيع مترتب على الفسخ حال الخيار واستصحاب بقاء الخيار لا يفيد في كون الفسخ حال الخيار، نظير ما تقدم من أن الموضوع لدرك الجماعة الركوع حال ركوع الإمام.

ولكن لا يخفى ما فيه: فإن انحلال العقد بالفسخ في زمان اثر شرعى لوجود الخيار في ذلك الزمان، وإذا ثبت بالاستصحاب تحقق الخيار زمان الفسخ يترتب على الفسخ المزبور انحلال العقد ووقوع الفسخ حال الخيار ليس موضوعاً لانحلال العقد في شيء من الخطابات.

ومما ذكرنا ظهر أنه يلزم في الحكم ببقاء العقد من نفي الخيار زمان الفسخ، ومن الظاهر عدم أصل ينفي الخيار زمان الفسخ، وأصاله عدم الفسخ المفروض إلى زمان انقضاء الخيار يلزمه عدم الخيار زمان الفسخ، والأصل لا يثبت لازمه العقلي كما هو ظاهر.

فالمتحصل: أن مع عدم البيّنه للبايع يحلف المشتري على كون فسخه زمان الخيار له.

ومما ذكرنا يظهر الحال في مسأله اختلاف الزوجين في تقدم الرجوع على انقضاء العده أو تأخره فان مقتضى الاستصحاب كونها في العده زمان الرجوع، فيترتب عليه انحلال الطلاق، فإنَّ انحلاله بالرجوع من احكام كونها في العده في ذلك الزمان.

واستصحاب عدم ذلك الرجوع إلى انقضاء العده لا ينفي العده زمان الرجوع إلاّ بنحو الأصل المثبت.

لا يقال: يقدم في الفرض قول المرأه لمثل قوله عليه السلام في صحيحه زراره: «العده والحيض للنساء إذا ادعت صدقت»^(١).

ص: ٤١٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٢٢٢ ، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث ١ .

لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته [١] بناءً على فوريته سُمع قوله إن احتمل في حقه الجهل للاصل. وقد يفتعل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام والجهل بالفورية فيعذر مطلقاً لأنه مما يخفى على العامة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده

إعلم ان حكم الردّ والأرش معلّق في الروايات [٢] على مفهوم العيب والعوار. أمّا العوار، ففي الصحاح: أنّه العيب. وأمّا العيب، فالظاهر من اللغة والعرف: أنّه النقص عن مرتبه الصحّة المتوسّطه بينه وبين الكمال. فالصحة: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خلّى وطبعه»، والعيب والكمال

الشرح:

فانه يقال: ظاهرها اعتبار إخبارها عن حالها الفعلي ولا يعم إخبارها عن حالها السابق زمان الفعل الصادر عن الغير بل عن نفسها أيضاً كما لا يخفى.

المراد من العيب

[١] لو فرض إمكان تصوير الخيار على الفور وبنحو التراخي في حق الجاهل بالفوريه ولو بجعل الخيار المتعدد، بأن يجعل الشارع الخيار لكل من اشترى ما به العيب زمان علمه بالعيب وجعل خيار آخر لمن اشترى المعيب ولم يعلم بالخيار له زمان علمه بالعيب، فانه يجري مع اختلافهما في جهل المشتري استصحاب عدم علمه بالخيار له زمان علمه بالعيب فيثبت الموضوع للخيار الثاني، فيكون قول مدعى الجهل موافقاً للأصل.

نعم إذا كان المشتري ممن يبعد الجهل في حقه يكون تقديم مدعى علمه بالخيار مبنيًا على تقديم الظاهر على الأصل.

[٢] قد تكلم رحمه الله في المقام في العيب الموضوع لجواز فسخ العقد وأخذ الارش عليه ثم تعرض لبعض ما يقال انه عيب، وقال بما حاصله: ان العيب هو نقص الشيء

يلحقان له لأمر خارج عنه. ثم مقتضى حقيقه الشيء قد يُعلم من الخارج، كمقتضى حقيقه الحيوان الأناسى وغيره فإنه يعلم أن العمى عيب، ومعرفه الكتابه فى العبد والطبخ فى الأمه كمال فيهما. وقد يستكشف ذلك بملاحظه أغلب الأفراد، فإن وجود صفه فى أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفراده، وكون التخلف فى النادر لعارض. وهذا وإن لم يكن مطرداً فى الواقع، الشرح:

عن مرتبه الصحه الملحوظه فى الشيء المتوسطه بين النقص والزيادة المعبر عن الزيادة بالكمال، وان كون شيء صحيحاً عبارته عن كونه على مقتضى الحقيقه المشتركه بينه وبين ساير أفراد تلك الطبيعه.

وإذا علم مقتضى الحقيقه من الخارج بحيث يكون تخلف فرد من أفرادها ذلك المقتضى لأمر عارض سواء كان التخلف بالنقص كالعمى فى الحيوان أو بالزيادة كمعرفه الكتابه فى العبد والخياطه فى الأمه يكون المعيار فى إحراز النقص هو العلم بمقتضاها.

وقد لا يعلم مقتضى حقيقه الشيء إلا من وجدان غالب أفراده على مرتبه ويجعل الغلبه وسيله إلى إحراز مقتضى حقيقه ذلك الشيء، وكون غالب أفراد شيء على نحو وان لا يلازم عقلاً كون ذلك النحو مقتضى الحقيقه لإمكان كونه لعارض أو عوارض تقارن غالب الأفراد. ولكن يظن بكون ذلك النحو مقتضى الحقيقه، فيكون الغلبه طريقاً ظنياً بهذا اللحاظ وإلا فلا. يمكن الاستدلال من الجزئى على جزئى الآخر.

والحاصل: تعتبر هذه الغلبه عرفاً وعاده فى استكشاف مقتضى الشيء وبنى ان مقتضى غالب الأفراد مقتضى حقيقته، فيقاس إليها النقص والزيادة.

وقد يعلم أن ما عليه غالب أفراد الشيء ليس من مقتضى حقيقه الشيء، بل لأمر خارج عن حقيقته كما فى خراج الضيعة، فان الخراج ليس من مقتضى تملك الضيعة، ولكنه يوضع عليها فيكون المقدار المتعارف من الخراج من مقتضى طبيعه الضيعة المملوكه.

إذ كثيراً ما يكون أغلب الأفراد متّصفه بصفه لأمر عارضى أو لأُمور مختلفه، إلّا أنّ بناء العرف والعادة على استكشاف حال الحقيقه عن حال أغلب الأفراد، ومن هنا استمرّت العاده على حصول الظن بثبوت صفه لفرد من ملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود الشىء فى أغلب الأفراد لا يمكن الاستدلال به على وجوده فى فرد غيرها، لاستحاله الاستدلال ولو ظناً بالجزئى على الجزئى، إلّا أنّه يستدلّ من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثم يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

الشرح:

وفى هذا الفرض يكون الملاك فى النقص والكمال الطبيعه الثانويه فزياده الخراج الموضوع للأرض عن خراج أمثالها عيب ولذا ذكروا أنّ الثبويه فى الاماء ليست عيباً، بل قد يكون كون الشىء على مقتضى حقيقته عيباً كالغلفه فى العبد، فان عدم الختان الواجب عيب.

نعم ربما قيل: إن مجرد عدم الختان غير عيب بل العيب فى الأـغلف لاحتمال الضرر فى ختان الكبير، ولذا لا يعد الغلفه فى الصغير عيباً وعلى كل تقدير فلا عبره بالخلقه الأصلية أو الحقيقه فيما إذا حصلت حقيقه ثانويه.

ولكن عدم العبره بها لكون الشىء معيباً غير انه لا يثبت له حكم العيب لانصراف ما دل على جواز الفسخ والارش إلى صورته التزام المتبايعين بعدم العيب ولو بشرط ضمنى ومع كون النقص غالباً لا يكون فى البين شرط ضمنى ولحوقه بصوره تبرى البايع عن العيب أو أنّ النقص الحاصل فى غالب الأفراد غير داخل فى العيب أصلاً. وتظهر الثمره فيما إذا اشترط المشتري السلامه من النقص الغالب، فانه بناءً على الأول يثبت له عند التخلف خيار العيب، بخلاف الثانى فانه لا يثبت له إلا خيار تخلف الشرط.

وذكر العلامة(1): لو اشترط البكاره فى الأمه وظهر الخلاف يثبت له الأرش دون

ص: ٤١٣

١- (١) التذكره ١ : ٥٣٩ .

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم ب «الخروج عن المجرى الطبيعى» وهو ما يقتضيه الخلقه الأصليّه. وأنّ المراد بالخلقه الأصليّه: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، وأنّ ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب، وما خرج عنه بالمزيّه فهو كمال، فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال، وكذا كونها مورد العساكر. ثمّ لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصليّه وحال أغلب الأفراد التى يستدلّ بها على حال الحقيقة الشرح:

الرد، وظاهر ذلك أن الثيوبه عيب يثبت حكم شراء المعيب مع اشتراط خلافها.

ثم إن المصنف رحمه الله قد قوى الوجه الثانى وذكر: أن مع معارضه الحقيقة الصنفيه مع النوعيه تعتبر الصنفيه، وذلك لكون المعيار فى الصحه مع اختلاف الصنف فى غالب أفراده مع النوع بحسب أفراده هو غالب الصنف بنظر عامه الناس.

أقول: محصل ما أفاده قدس سره فى المقام أمور:

الأول: أن الملاك فى صحه الشىء وتماमितه عدم نقصه عن مقتضى الحقيقة المشتركه بينه وبين ساير الأفراد، والمراد من الحقيقة المشتركه ما تعلق البيع بالشىء بذلك العنوان.

الثانى: أن مقتضى الحقيقة المشتركه اما بعلم من الخارج ومع عدم علمه من الخارج يستكشف بملاحظه غالب أفراد تلك الحقيقة، فما عليه الغالب فهو مقتضى الحقيقة المشتركه.

الثالث: إذا علم مقتضى الحقيقة المشتركه خارجا وكان غالب الأفراد على خلافه فما تعلق عليه البيع لو كان مساويا لغالب الأفراد لا يثبت فيه خيار العيب وعدم ثبوته إما لعدم العيب بأن يكون ملاك الصحه أحد الأمرين أو أنه عيب ولكن لا حكم له حيث

عرفاً رَجِحَ الثاني وحُكِمَ للشئىء بحقيقته ثانويه اعتباريه يعتبر الصحه والعيب والكمال بالنسبه إليها. ومن هنا لا يعدّ ثبوت الخراج على الضيعه عيباً مع أنّ حقيقتها لا تقتضى ذلك، وإنّما هو شئىء عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقه الثانويه، فالعيب لا يحصل إلّا- بزياده الخراج على مقتضى الأ-علب. ولعلّ هذا هو الوجه فى قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم فى أنّ الثيوبه ليست عيباً فى الإماماء. وقد ينعكس الأمر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقه الأصلية، والصحه من مقتضى الحقيقه الثانويه، كالغلفه فإنّها عيب فى الكبير، لكونها مخالفه لما عليه الأعلب. إلّا أن يقال: إن الغلفه بنفسها ليست عيباً إنّما العيب كون الأعلف مورداً للخطر بختانه، ولذا اختصّ هذا العيب بالكبير دون الصغير.

الشرح:

إن غلبه نقص على أفراد الحقيقه توجب أن لا يلتزم بالسلامه عنه.

ولو شرط السلامه فى الفرض فظهر التخلف ثبت خيار تخلف الشرط على الأول وخيار العيب على الثانى.

الرابع: أن المعيار فى عيب الشئىء مع اختلاف مقتضى الحقيقه المشتركه الصنفيه مع مقتضى الحقيقه النوعيه هو مقتضى الحقيقه الصنفيه فمع النقص عنه يكون الشئىء معيباً ومع عدمه فلا عيب.

أقول: الظاهر عدم إمكان الجمع بين كون غالب الأفراد طريقاً إلى مقتضى الحقيقه المشتركه وبين الالتزام بأن ملاك صحه الشئىء فيما إذا كان غالب الأفراد على خلاف مقتضى الحقيقه المشتركه هو موافقته لغالب الأفراد، فان الشئىء فيما إذا كان مساوياً لغالب الأفراد وحكم بأنه غير معيب ولو مع نقصه عن مقتضى الحقيقه المشتركه المعلوم خارجاً يكون لغالب الأفراد موضوعيه والطريقيه معناه عدم الموضوعيه لغالب الأفراد.

ص: ٤١٥

ويمكن أن يقال: إن العبره بالحقيقه الأصليه والنقص عنها عيب وإن كان على طبق الأ-غلب، إلا- أن حكم العيب لا- يثبت مع إطلاق العقد حينئذٍ، لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامه، فيكون كما لو التزمه صريحاً فى العقد، فإذا فرض الأ-غلب على خلاف مقتضى الحقيقه الأصليه لم يقتض إطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعنى التزام البراءه من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجاربه الشرح:

والصحيح أن الموافق لغالب الأفراد لا يكون معييا لا أنه معيب لا يجرى عليه حكم العيب.

ولو شرط البكاره فى الأمه البالغه فظهرت ثيبا لا يجرى عليه خيار العيب ولو قيل بأنه يرد عليه الأرش بعد ظهور عدم بكارتها بوطيها فهو للنص لا لكون الثابت خيار العيب.

ودعوى أن غلبه النقص على الأفراد يوجب تبرى البايع عن ذلك النقص فيما إذا أطلق العقد لا- يمكن المساعده عليها، فان لازمها ثبوت خيار العيب للمشتري فيما لم يعلم حين الشراء بغلبه النقص لأذن الموجب لانتفاء خيار العيب إسماع البايع التبرى لانفس تبريه كما تقدم.

والحاصل: أن العيب فى الشىء أمر عرفى ولا- يتحقق بخصوص النقص، بل يحصل بالزياده أيضا كما إذا كان يد العبد ذات أصابع سته، فالعيب فى الشىء الخارجى كونه على خلاف أمثاله بحيث يكون ذلك الخلاف ضد المزيه فان احرز ذلك الشىء يثبت فيه خيار العيب، وإلا يرجع إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ويحكم بعدم ثبوت جواز الفسخ ولا جواز المطالبه بالأرش.

ص: ٤١٦

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

بحكم الغلبه منزل على التزام البراءه من عيب الثيوبه، وكذا الغلفه فى الكبير، فهى أيضاً عيب فى الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا- أنّ الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لَمَّا كان هى الغلفه لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءه من هذا العيب. فقولهم: «إن الثيوبه ليست عيباً فى الإمام»، وقول العلامة قدس سره فى القواعد: «إنّ الغلفه ليست عيباً فى الكبير المجلوب» لا- يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الردّ والأرش، لا نفي حقيقته. ويدلّ عليه نفي الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبه ليست عيباً، مع أنّه فى التحرير والتذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكاره، مع أنّه لا أرش فى تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمره فيما لو شرط المشتري البكاره والختان، فإنّه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الردّ والأرش، لثبوت العيب، غايه الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق، لتنزله منزله تبرّى البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. وأمّا على الوجه الأول، فإنّ الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرش. لكن الوجه السابق أقوى، وعليه فالعيب إنّما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً فى أفراد الطبيعه بحسب نوعها أو صنفها، والغلبه الصنفيّه مقدّمه على النوعيّة عند التعارض، فالثيوبه فى الصغيره الغير المجلوبه عيب، لأنّها ليست غالبه فى صنفها وإن غلبت فى نوعها.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشىء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالاً، فإنّ الإنسان الخصى ناقص فى نفسه وإن فرض زيادته من حيث كونه مالاً وكذا البغل الخصى حيوان ناقص وإن كان زائداً من حيث المائيه على غيره، ولذا ذكر جماعه ثبوت الردّ دون الأرش فى مثل ذلك.

ويحتمل قوياً أن يقال: إنَّ المناط في العيب هو النقص المالي [١] فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالخصاء ونحوه ليس عيباً، إلاَّ أنَّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشئ مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل والغلبه، فكانت السلامه عنه بمنزله شرط اشترط في العقد، لا يوجب تخلفه إلاَّ خيار تخلف الشرط.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه لا يبعد أن يكون نقص الشئ عن مقتضى العنوان الذي جرى البيع عليه بذلك العنوان عيباً مع كونه موجبا للنقص في ماليته.

وأما مع عدم إيجابه النقص المالي أو إيجابه زياده قيمته فلا يصدق العيب عليه.

نعم حيث إنَّ الغالب في أمثال الشئ عدم ذلك النقص فإطلاق العقد مقتضاه اشتراط عدم ذلك النقص فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

وتظهر الثمره بين كون الثابت في الفرض خيار العيب أو خيار الشرط فيما إذا أراد المشتري الفسخ بعد تصرفه في المبيع بما لا يجوز معه الفسخ بخيار العيب، فانه يجوز ذلك الفسخ بناءً على كون الخيار خيار تخلف الشرط وفيما إذا حصل النقص المزبور قبل القبض أو في زمان الخيار، فانه يكون مضمونا على البايع بناءً على كونه خيار العيب ولا يكون مضمونا عليه بناءً على كونه خيار تخلف الشرط.

ولكن تأمل قدس سره في عدم سقوط خيار الشرط أيضا بالتصرف المزبور اولاً كما تنظر في عدم ضمان الوصف في شرطه في مورد حصوله قبل القبض أو زمان الخيار.

أقول: لا موجب لسقوط خيار الشرط بالتصرف فيما إذا انكشف فقد الوصف المشروط بعده، بل مطلقاً مع عدم قصده إسقاط الخيار واعراضه عن فسخ البيع، كما انه لا يتخلف ضمان البايع بالاضافه إلى الوصف المشروط فقده قبل العقد أو قبل القبض أو حدوثه زمان خيار الحيوان.

ص: ٤١٨

وتظهر الثمره فى طرؤ موانع الردّ بالعب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، فتأمل. وفى صوره حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مدّه الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق كلماتهم: أنّ العيب مضمون على البائع، بخلاف الثانى فإنّه لا دليل على أنّ فقد الصفه المشترطه قبل القبض أو فى مدّه الخيار مضمون على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار. وللنظر فى كلا شقّى الثمره مجال.

وربّما يستدلّ لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسله السيارى الحاكيه لفضيّه ابن أبى ليلى، حيث قدّم إليه رجل خصماً له، فقال: «إنّ هذا باعنى هذه الجاريّه فلم أجد على ركبها حين كشفها شعراً، وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبى ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذى كرهت؟ فقال له: أيّها القاضى إن كان عيباً فاقض لى به، قال: حتّى أخرج إليك فإنّى أجد أذى الشرح:

ولكن مع ذلك ففى كون النقص الخلقى مع عدم إيجابه النقص المالى موجبا للخيار تأمل، لأن مجرد تخلف وصف غالبى موجب للخيار ولو مع عدم اشتراطه فى العقد غير ثابت، واصاله السلامه يحرز بها حال المبيع لا أنه يجعل غير المشروط مشروطاً. وكيف ما كان فقد يستدل على كون مجرد لنقص الخلقى ولو مع عدم إيجابه النقص المالى عيباً يثبت معه للمشتري خيار العيب بمرسله السيارى(١).

وأجاب عنها المصنف رحمه الله بوجه:

الأول: أنّ السائل لم يقصد ردّ الشراء بمجرد عدم الشعر على عانه الأمه بل لاحتماله أن يكون ذلك لمرض فى العضو أو المزاج ولذا ذكر فى سؤاله وزعمت أنه لم يكن لها قط.

ص: ٤١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٩٧ ٩٨ ، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

فى بطنى، ثم دخل بيته وخرج من باب آخر، فأتى محمد بن مسلم الثقفى، فقال له: أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأه لا يكون على ركبها شعر، أىكون هذا عيباً؟ فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصّاً فلا أعرفه، ولكن حدّثنى أبو جعفر عن أبیه، عن آباءه، عن النبى صلى الله عليه وآله، قال: كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبى لیلی: حسبك هذا! فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب». فإنّ ظاهر إطلاق الروايه المؤید بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصیه الروايه فى تلك القضیه المشعر بظهورها فيها، وفهم ابن أبى لیلی من حيث قوله وعمله كون مجرد الخروج عن المجرى الطبیعی عیباً وإن كان مرغوباً فلا- ینقص لأجل ذلك من عوضه، كما يظهر من قول ابن أبى لیلی: «إن الناس لیحتالون... الخ»، وتقریر المشتري له فى ردّه. لكنّ الإنصاف: عدم دلالة الروايه على ذلك.

الشرح:

وبتعبیر آخر: إزالة الشعر بعلاج لا يكشف عن كون عدم الشعر بحسب الخلقه مرغوباً إليه مع احتمال له للمرض.

وقول ابن أبى لیلی: «إن الناس لیحتالون» كان للفرار عن انقضاء لا لأن السائل لم یکن یحتمل كون عدم الشعر للمرض.

الثانى: أن قوله عليه السلام «فهو عيب» لا- يدل إلاّ- على ثبوت ما هو الظاهر من اثر العيب وهو أصل جواز الفسخ، وأما ساير ما یجرى فى خيار العيب واثره فلا دلالة لها على ترتبه.

أقول: مقتضى الحكم بتحقق موضوع ترتّب حكمه عليه من غير فرق بين حكم واثر.

والثالث: أن الروايه لا- دلالة لها على أزيد مما يعرفه العرف من العيب، وتنصرف الزیاده والنقیصه فیها إلى ما یوجب النقص المالى، لا أن مطلق الزیاده والنقیصه ككثره شعر الجاریه أو تعلمها الخياطه ونحو ذلك عیبٌ یوجب الخيار.

أما أولاً: فلأنّ ظاهر الحكايه أنّ ردّ المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقه كذلك، الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج، كما يدل عليه عدم اكتفائه في عذر الردّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتى ضم إليه دعواه «أنه لم يكن لها قطّ». وقول ابن أبي ليلي: «إنّ الناس ليحتالون في ذلك حتّى يذهبوه» لا يدلّ على مخالفه المشتري في كشف ذلك عن المرض، وإنّما هي مغالطه عليه تفصيلاً عن خصومته، لعجزه عن حكمها، وإلاّ فالاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدلّ على أنّ عدمه في أصل الخلقه شيء مرغوب فيه، كما أنّ احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدلّ على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمراً مرغوباً فيه. وبالجملة، فالثابت من الروايه هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لأجل مرض عيباً. وقد عدّ من العيوب الموجبه للأرش ما هو أدون من ذلك.

وأما ثانياً: فلأنّ قوله عليه السلام: «فهو عيب» إنّما يراد به بيان موضوع العيب توطئه لثبوت أحكام العيب له، والغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو ردّ المعيوب، ولذا اشتهر: كل معيوب مردود. وأما باقي أحكام العيب وخياره مثل عدم جواز ردّه بطرؤ موانع الردّ بخيار العيب، وكونه مضموناً على البائع قبل القبض وفي مدّه الخيار فلا يظهر من الروايه ترتبها على العيب، فتأمل.

وثالثاً: فلأنّ الروايه لا تدلّ على الزائد عمّا يدلّ عليه العرف، لأنّ المراد بالزيادة والنقيصه على أصل الخلقه ليس مطلق ذلك قطعاً، فإنّ زياده شعر رأس الجاربه أو حدّه بصر العبد أو تعلّمهما للصنعه والطبخ، وكذا نقص العبد بالختان وحلق الرأس ليس عيباً قطعاً، فتعيّن أن يكون المراد بها الزيادة والنقيصه الشرح:

الرابع: لو سلم ظهور الروايه في تحديد العيب في الشيء الموجب للخيار في بيعه، إلاّ أن الروايه لضعفها لا يصلح لإثبات الحد للمعنى العرفي للعيب.

الموجبتين لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه، ولازم ذلك نقصه من حيث المالمه، لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع.

ورابعاً: لو سلمنا مخالفه الروايه للعرف في معنى العيب، فلا- ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النصّ المعبر، لا مثل هذه الروايه الضعيفه بالإرسال والمرسل، فافهم.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنّ الأولى في تعريف العيب ما في التحرير والقواعد: من أنه نقص في العين، أو زياده فيها تقتضى النقيصه المالمه في عادات التجار. ولعلّه المراد بما في الروايه كما عرفت ومراد كلّ من عبّر بمثلها، ولذا قال في التحرير بعد ذلك: «وبالجملة كلّ ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه». والقيّد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك في العبد الخصى. ولا ينافيه ما ذكره في التحرير: من أنّ عدم الشعر على العانه عيب في العبد والأمه، لأنّه مبنّى على ما ذكرنا في الجواب الأوّل عن الروايه: من أنّ ذلك كاشف أو موهم لمرض في العضو أو المزاج، لا- على أنّه لا يعتبر في العيب النقيصه المالمه. وفي التذكره بعد أخذ نقص المالمه في تعريف العيب، وذكر كثير من العيوب: والضابط أنّه يثبت الردّ بكلّ ما في المعقود عليه من منقّص القيمه أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى كلامه. وما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب، بل لما يوجب الردّ فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرّح به في التذكره معللاً بأنّ الغرض قد يتعلّق بالفحوليه وإن زادت قيمته باعتبار آخر، وقد دخل المشتري على ظنّ السلامه، انتهى. ويخرج منه مثل الثيبوبه والغلفه في المجلوب.

ولعلّ من عمّم العيب لما لا يوجب نقص المالمه كما في المسالك، وعن

جماعه أراد به مجرد موجب الرد، لا العيب الذى يترتب عليه كثير من الأحكام وإن لم يكن فيه أرش، كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب وغير ذلك. وعليه بيتنى قول جامع المقاصد، كما عن تعليق الإرشاد، حيث ذكرنا: أن اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المالىه» بقوله: «غالباً» ليندرج مثل الخصاء والجب، لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام فى موجبات الرد، لا خصوص العيب. ويدل على ذلك أنه قيد «كون عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» ب «علم المشتري بجلبه»، إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب، فلولا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله فى ذلك.

الكلام فى بعض أفراد العيب

مسألة: لا إشكال ولا خلاف فى كون المرض عيباً، وإطلاق كثير وتصريح بعضهم يشمل حمى يوم، بأن يجده فى يوم البيع قد عرض له الحمى وإن لم يكن نوبه له فى الاسبوع. قال فى التذكرة: الجذام والبرص والعمى والعور والعرج والقز والفنق والرتق والقرع والضم والخرس عيوب إجماعاً. وكذا أنواع المرض، سواء استمر كما فى الممرض، أو كان عارضاً ولو حمى يوم. والإصبع الزائده والحول والحوص والسبل واستحقاق القتل فى الرده أو القصاص والقطع بالسرقه أو الجنايه والاستسعاء فى الدين عيوب إجماعاً. ثم إن عدّ حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه ولا يعود مبنى على عدّ موجبات الرد لا العيوب الحقيقيه، لأن ذلك ليس منقوصاً للقيمه.

مسألة الحبل: عيب فى الإماء كما صرح به جماعه، وفى المسالك: الإجماع عليه، فى مسأله ردّ الجاريه الحامل بعد الوطء. ويدل عليه الأخبار الوارده فى تلك المسأله. وعلله فى التذكرة باشتماله على تغير النفس لعدم يقين السلامه بالوضع. هذا مع عدم كون الحمل للبايع، وإلا فالأمر أوضح. ويؤيده عجز الحامل عن كثير

من الخدمات وعدم قابليتها للاستيلاد إلا بعد الوضع. أما في غير الإماء من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب ولا يوجب الرد بل ذلك زياده في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعيه: يردّ به، وليس بشيء، انتهى. ورجح المحقق الثاني كونه عيباً وإن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، لأنه وإن كان زياده من وجه، إلا أنه نقيصه من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً ولأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك. والأقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة، لعدم النقص في المائيه بعد كونه زياده من وجه آخر، وأداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش، كوجدان العين مستأجره. وكيف كان، فمقتضى كون الحمل عيباً في الإماء أنه لو حملت الجارية المعيبه عند المشتري لم يجز ردّها، لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولاده أم لا، لأنّ العيب الحادث مانع وإن زال، على ما تقدّم من التذكرة. وفي التذكرة: لو كان المبيع جاريه فحبلت وولدت في يد المشتري، فإن نقصت بالولاده سقط الردّ بالعيب القديم وكان له الأرش، وإن لم تنقص فالأولى جواز ردّها وحدها من دون الولد إلى أن قال: وكذا حكم الدابّه لو حملت وولدت عند المشتري، فإن نقصت بالولاده فلا ردّ، وإن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتري، انتهى. وفي مقام آخر: لو اشترى جاريه أو بهيمه حائلاً فحبلت عند المشتري فإن نقصت بالحمل فلا ردّ، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الردّ، انتهى. وفي الدروس: لو حملت إحداهما يعنى الجارية والبهيمه عند المشتري لا بتصرّفه فالحمل له، فإن فسخ ردّ الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولاده. وظاهر القاضى: أنّ الحمل عند المشتري يمنع الردّ، لأنه إمّا بفعله أو إهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل، وكلاهما تصرّف، انتهى. لكن صرّح في المبسوط باستواء البهيمه والجاريه في أنه إذا حملت

إحداهما عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد. وظاهر ذلك كلّه خصوصاً نسبة منع الرد إلى خصوص القاضى وخصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرّف، لا- حدوث العيب تسالمهم على أنّ الحمل الحادث عند المشتري فى الأمه ليس فى نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل بالولاده. وهذا مخالف للأخبار المتقدمه فى ردّ الجارىه الحامل الموطوءه من عيب الحَيْل، وللإجماع المتقدم عن المسالك، وتصريح هؤلاء بكون الحمل عيباً يردّ منه لاشتماله على التغير بالنفس. والجمع بين كلماتهم مشكل، خصوصاً بملاحظه العبارة الأخيره المحكيه عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وإن لم ينقص، وعند المشتري بشرط النقص فافهم من غير فرق بين الجارىه والبهيمه، مع أنّ ظاهر العبارة الاولى كالتحرير والقواعد الفرق، فراجع. قال فى القواعد: لو حملت غير الأمه عند المشتري من غير تصرّف فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق، لأنّ الحمل زياده، انتهى. وهذا بناء منه على أنّ الحمل ليس عيباً فى غير الأمه. وفى الإيضاح: أنّ هذا على قول الشيخ فى كون الحمل تابعاً للحامل فى الانتقال ظاهر، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك، لأنّه كالثمره المتجدده على الشجره، وكما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري فى الدار المبتاعه والخيار له فلا يؤثّر، ويحتمل عدمه، لحصول خطرٍ ما، ولنقص منافعها، فإنّها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى. ومما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح: من أنّ ما قرّبه فى القواعد مبنى على قول الشيخ: من دخول الحمل فى بيع الحامل. نعم، ذكر فى جامع المقاصد: أنّ ما ذكره المصنّف قدس سره إن تمّ فإنما يخرج على قول الشيخ: من كون المبيع فى زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار. ولعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله: «لأن الحمل زياده» يعنى: أنّ الحامل رُدّت إلى البائع مع زياده، لا مع النقيصه. لكن الظاهر من التعليل كونه

تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمه.

وكيف كان، فالأقوى في مسأله حدوث حمل الأمه عدم جواز الردّ ما دام الحمل، وابتناء حكمها بعد الوضع وعدم النقص على ما تقدّم: من أنّ زوال العيب الحادث يؤثّر في جواز الردّ أم لا؟ وأمّا حمل غير الأمه فقد عرفت أنّه ليس عيباً موجِباً للأرش، لعدم الخطر فيه غالباً، وعجزها عن تحمّل بعض المشاقّ لا يوجب إلّا فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الردّ دون الأرش. لكنّ لَمّا كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الردّ ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للأرش، وكان متحقّقاً هنا مضافاً إلى نقص آخر وهو كون المبيع متضمّناً لمال الغير، لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري اتّجه الحكم بعدم جواز الردّ حينئذٍ.

مسأله: الأ-كثر على أنّ الثيوبه ليست عيباً في الإمام، بل في التحرير: لا-نعلم فيه خلافًا، ونسبه في المسالك كما عن غيره إلى إطلاق الأصحاب، لغلبتها فيهنّ، فكانت بمنزله الخلقه الأصليّه. واستدل عليه أيضاً بروايه سماعه المنجبره بعمل الأصحاب على ما ادّعاه المستدلّ: «عن رجل باع جاريه على أنّها بكرّ، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، ولا يجب عليه شيء، إنّ قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها». وفي كلا الوجهين نظر: ففي الأوّل: ما عرفت سابقاً: من أنّ وجود الصفه في أغلب أفراد الطبيعه إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقه الأصليّه إذا لم يكن مقتضى الخلقه معلوماً كما نحن فيه، وإلّا فمقتضى الغالب لا يقدّم على ما علم أنّه مقتضى الخلقه الأصليّه وعلم كون النقص عنها موجِباً لنقص المائيه كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسله السيارى، غايه ما يفيد الغلبه المذكوره هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامه المعقود عليه عن تلك الصفه الغالبه، ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصاً في الخلقه الأصليّه. وأمّا روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود،

لتعليقه عليه السلام عدم الردّ مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض، وقدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وإمّا لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي، فعدمها نقص في أصل طبيعه فيكون عيباً. وكيف كان، فالأقوى أنّ الثيبوه عيب عرفاً وشرعاً، إلاّ أنّها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. وتظهر الثمره فيما لو اشترط في متن العقد سلامه المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة، فإنّه يثبت بفقدتها التخيير بين الردّ والأرش، لوجود العيب وعدم المانع من تأثيره. ومثله ما لو كان المبيع صغيره أو كبيره لم يكن الغالب على صنفها الثيبوه، فإنّه يثبت حكم العيب. والحاصل: أنّ غلبه الثيبوه مانعه عن حكم العيب لا موضوعه، فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، ولعل هذا مراد المشهور أيضاً. ويدل على ذلك ما عرفت من العلامه رحمه الله في التحرير: من نفى الخلاف في عدم كون الثيبوه عيباً، مع أنّه في كتبه، بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة، فلو لا أنّ الثيبوه عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط. نعم، يمكن أن يقال: إنّ مستندهم في ثبوت الأرش ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس: «في رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمه إذا علم أنّه صادق». ثمّ إنّ نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الردّ بمقتضى روايه سماعه المتقدمه، وأوله بما وجهنا به تلك الروايه. وذكر الشيخ في النهايه مضمون الروايه مع تعليلها الدال على تأويلها. ولو شرط الثيبوه فبانت بكرة كان له الردّ، لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسأله: ذكر في التذكرة والقواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنه يخاف عليه من ذلك. وهو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه. ويلحق بذلك المملوك الغير المجدر، فإنه يخاف عليه، لكثرة موت المماليك بالجدري. ومثل هذين وإن لم يكن نقصاً في الخلقه الأصليه، إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف. ولو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم. وهو غير مستقيم، لأن العلم والجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر في كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره في الثيب.

وتظهر الثمره هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فيثبت الردّ والأرش. فأخراج العلامه قدس سره الثيبوبه وعدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب، لكونه قدس سره في مقام عدّ العيوب الموجه فعلاً للخيار.

مسأله: عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السنّ والمكان وغيرهما من الخصوصيات التي لها مدخل في ذلك عيب تردّ منه الجاربه، لأنه خروج عن المجرى الطبيعي، ولقول الصادق عليه السلام وقد سُئل عن رجل اشترى جاربه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر وليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه» وليس التقييد بمضى سته أشهر إلا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات. ثم إن حمل الروايه على صورته عدم التصرّف في الجاربه حتى بمثل قول المولى لها: «اسقني ماء» و«اغلقى الباب» في غايه البعد. وظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الروايه رأساً.

مسأله: الإباق عيب بلا إشكال ولا خلاف، لأنه من أفحش العيوب. وتدلّ عليه صحيحه أبى همام الآتيه فى عيوب السنه. لكن فى روايه محمد بن قيس: أنه «ليس فى الإباق عهد»، ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنه يكفى حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام فى روايه يونس: «إنّ العهده فى الجنون والبرص سنه»، بل لابدّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع، وإلاّ فحدوثه عند المشتري ليس فى عهد البائع، ولا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع. وهل يكفى المرّه عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشكّ فى كونه عيباً. والأقوى ذلك، وفاقاً لظاهر الشرائع وصریح التذكره، لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف. ولا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

مسأله: الثفل الخارج عن العاده فى الزيت والبذر ونحوهما عيب [١] يثبت به الردّ والأرش، لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشىء. وفى روايه ميسر بن عبد العزيز، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يشتري زقّ زيت يجد فيه دُردياً؟ الشرح: [١] ذكر قدس سره: أن الثقل بضم الثاء وسكون الفاء الخارج عن العاده فى الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الردّ والأرش.

ويشهد لكون ما ذكر عيباً حسنه ميسر عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه درديا قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون فى الزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون فى الزيت رده على صاحبه» (١).

وظاهرها أن الدردي مع عدم تعارفه موجب لجواز الفسخ.

وفى معتبره السكونى عن جعفر عن ابيه أن علياً عليه السلام قضى فى رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها ربّاً فخاصمه إلى على عليه السلام فقال له

قال: إن كان يعلم أنّ الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده، وإن لم يكن يعلم فله أن يرده». نعم، فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «أنّ علياً عليه السلام قضى فى رجل اشترى من رجل عكّه فيها سمن احتكرها حكره، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى على عليه السلام، فقال له على عليه السلام: لك بكيلى الرب سمناً، فقال له الرجل: إنما بعته منه حكره، فقال له على عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رُبّاً» قال فى الوافى: يقال: «اشترى المتاع حكره» أى جملة. وهذه الروايه بظاهرها مناف لحكم العيب من الردّ أو الأرش، وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل، ورُبّما استشكل فى أصل الحكم بصحّه البيع لو كان كثيراً وعلم، للجهل بمقدار المبيع. وكفايه معرفه وزن السمن بظروفه خارجه بالإجماع كما تقدّم أو مفروضه فى صورته انضمام الظرف المفقود هنا، لأنّ الدردى غير متمول. والأولى أن يقال: إنّ وجود الدردى إن أفاد نقصاً فى الزيت من حيث الوصف وإن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم الشرح:

على عليه السلام: «لك بكيلى الرب سمناً فقال له الرجل: إنما بعته منك حكره فقال له على عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رُبّاً» (١).

ولكن لا يخفى انه لو كان الربّ فى العكه من العيب فى زيتها لكان للمشتري فسخ البيع أو أخذ الأرش لا المطالبه بكيلى الربّ سمناً.

وذكر السيد اليزدى (٢): أنه من قبيل المطالبه بالأرش، وفيه: أن الأرش نسبه تفاوت قيمتى الشىء معيياً وصحياً إلى الثمن المسمى.

والحاصل: أن الحكم الوارد فى الروايه يتم فيما كان المبيع بنحو الكلى على العهده ودفع العكره وفاءً ويكون فى الفرض على البايع استرداد الربّ ودفع السمن بكييله.

ص: ٤٣٠

١- (١) نفس المصدر: ١١، الحديث ٣.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢١٣.

نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيباً وإن أفرط في الكثرة، ولا إشكال في صحه البيع حينئذٍ، لأن المبيع زيت وإن كان معيوباً، وعليه يحمل ما في التحرير: من أن الدردي في الزيت والبذر عيب موجب للرد أو الأرش. وإن لم يفد إلا نقصاً في الكم، فإن بيع ما في العكّه بعد وزنها مع العكّه ومشاهده شيء منه تكون أماره على باقيه وقال: «بعتك ما في هذه العكّه من الزيت كل رطل بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه، فالظاهر صحه البيع وعدم ثبوت الخيار الشرح:

ثم إنه قد يناقش في صحه البيع بالإضافة إلى غير الثقل بجهاله مقدار المبيع حال البيع.

ولكن ذكر المصنف رحمه الله لظهور الخلط في السمن ونحوه صوراً:

الأولى: أن يطلق على المجموع عنوان المبيع نظير الغش في الذهب الموجب لنقص في الكم بعد التخليص وإن كان الخلط كثيراً في نفسه يثبت للمشتري خيار العيب.

الثانية: أن لا يكون الخليط موجبا للعيب بل لنقص الكم في المبيع ولكن كان البيع جارياً على السمن في الظرف كل رطل بكذا.

وفي هذا الفرض يحكم بصحه البيع ولزومه، لأن المبيع هو السمن الموجود في الظرف لا الخليط والمفروض العلم بوزن السمن مع ظرفه. اللهم إلا- أن يقال: إن إطلاق البيع في هذه الصورة بمنزله اشتراط كون كل ما في الظرف سمناً، فيلحق هذه الصورة بالثالثه: وهي ما إذا اشترط كون ما في العكّه مقدارا خاصا من السمن ولو مع ظرفه، وفي هذه الصورة يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط أو خيار تبعض الصفقه على الوجهين في بيع الصبره على أنها كذا مقدار فبانت انقص منه.

الرابعه: ما إذا شاهد المشتري خلط الزيت بما لا- يتمول واشترى الزيت المعلوم وزنه مع الخلط والظرف ففي مثل ذلك لا يبعد بطلان البيع بالإضافة إلى الزيت أيضا

أصلاً، لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكّة، ولا يقدر الجهل بوزنه، للعلم به مع الظرف، والمفروض معرفه نوعه بملاحظه شىء منها بفتح رأس العكّة، فلا عيب ولا تبعض صفقه، إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العكّة من الزيت في قوه اشتراط كون ما عدا العكّة سمناً، فيلحق بما سيجىء في الصوره الثالثه من اشتراط كونه بمقدار خاص. وإن باعه بعد معرفه وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العكّة» فتبين بعضه دُردياً صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقه. قال في التحرير: لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الردّ وأخذ ما وجده من السمن بنسبه الثمن. ولو باع ما في العكّة من الزيت على أنه كذا وكذا رطلاً، فتبين نقصه عنه لوجود الدردى، صحّ البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبره على أنها كذا وكذا فظهر ناقصاً. ولو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتموّل بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّحه البيع وإن عرف وزن المجموع مع العكّة، لأنّ كفايه معرفه وزن الظرف والمظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخره في الزيت مجهوله الوزن.

مسأله: قد عرفت أنّ مطلق المرض عيب، خصوصاً الجنون والبرص والجذام والقَرَن. ولكن تختصّ هذه الأربعة من بين العيوب بأنّها لو حدثت إلى سنه من يوم الشرح:

للجهل بوزن السمن ولا يصححه العلم بوزن المجموع من الزيت والدردى والظرف، لأنّ المصحح لبيع المظروف العلم بوزنه ولو مع ظرفه ولا يصحح البيع العلم بوزن المظروف المبيع مع ظرفه وشىء آخر غير مبيع كما إذا علم بوزن المظروف مع ظرفه وصخره.

العقد يثبت لأجلها التخيير بين الردّ والأرش. هذا هو المشهور، ويدلّ عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام .
ففى روايه على بن أسباط عنه فى حديث خيار الثلاثه: «إنّ أحداث السنه تردّ بعد السنه، قلت: وما أحداث السنه؟ قال: الجنون
والجذام والبَرَص والقَرَن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنه من يوم اشتراه». وفى
روايه ابن فضال المحكيه عن الخصال: «فى أربعة أشياء خيار سنه: الجنون والجذام والقَرَن والبَرَص». وفى روايه أخرى له عنه
عليه السلام قال: «ترد الجاربه من أربع خصال: من الجنون والجذام والبَرَص والقَرَن والحَيَدَبه» هكذا فى التهذيب. وفى الكافى:
«القَرَن: الحَيَدَبه، إلاّ أنّها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر»، انتهى. ومراده: أنّ الحَيَدَب ليس خامساً لها، لأنّ القَرَن
يرجع إلى حَيَدَب فى الفَرْج. لكن المعروف أنّه عَظُم فى الفَرْج كالسِن يمنع الوطء. وفى الصحيح عن محمد بن على قيل: وهو
مجهول، واحتمل بعض كونه الحلبي عنه عليه السلام قال: «يردّ المملوك من أحداث السنه، من الجنون والبَرَص والقَرَن، قال:
قلت: وكيف يردّ من أحداث؟ فقال: هذا أول السنه يعنى المحرّم فإذا اشترى مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى
الحجّه رددت على صاحبه»، وهذه الروايه لم يذكر فيها الجذام مع ورودها فى مقام التحديد والضبط لهذه الأمور، فيمكن أن
يدّعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمه. ومن هنا استشكل المحقّق الأردبيلي فى الجذام. وليس التعارض من باب المطلق
والمقيّد كما ذكره فى الحدائق رداً على الأردبيلي رحمه الله. إلاّ أن يريد أنّ التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيّد فى وجوب
العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه، وهو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام، فإنّه أقرب الاحتمالات
المتطرّقه فيما نحن فيه. ويمكن أن يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الروايه انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام،
فلا معنى للردّ، وحينئذٍ فيشكل

الحكم بالردّ في باقى الأخبار. ووجهه فى المسالك: بأنّ عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل، ويكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادّته فى نفس الأمر وإن لم يظهر، فىكون سبب الخيار مقدّمًا على سبب العتق، فإن فسخ انعتق على البائع، وإن أمضى انعتق على المشتري. وفيه أولًا: أنّ ظاهر هذه الأخبار: أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض، لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فى هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجّه»، ولولاه ذلك لكفى وجود موادّها فى السنه، وإن تأخّر ظهورها عنها ولو بقليل بحيث يكشف عن وجود الماده قبل انقضاء السنه. وهذا ممّا لا أظنّ أحدًا يلتزمه، مع أنّه لو كان الموجب للخيار هى موادّ هذه الأمراض كان ظهورها زياده فى العيب حادثه فى يد المشتري، فلتكن مانعه من الردّ، لعدم قيام المال بعينه حينئذٍ، فىكون فى التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعًا عن الردّ تخصيص آخر للعمومات. وثانيًا: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرؤ سببه، بل ينبغى أن يكون الانعتاق القهرى بسببه مانعًا شرعيًا بمنزله المانع العقلى عن الردّ كالموت، ولذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظنّ أحدًا يلتزم عدم الانعتاق إلّا بعد لزوم البيع، خصوصًا مع بناء العتق على التغليب. هذا، ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيره المعتضده بالشهره المحقّقه والإجماع المدعى فى السرائر والغنيه مشكل، فىمكن العمل بها فى موردها، أو الحكم من أجلها بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعتاق على إمضاء العقد ولو فى غير المقام. ثمّ لو فسخ المشتري فانعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم، لا أنّ جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه. ثمّ إنّ زياده «القرن» ليس فى كلام الأكثر، فيظهر منهم العدم، فنسبه المسالك الحكم فى الأربعة إلى المشهور كأنّه لاستظهار ذلك من ذكره فى الدروس ساكتًا عن الخلاف فيه. وعن التحرير:

نسبته إلى أبي علي، وفي مفتاح الكرامه: أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين وأبي علي، ومن هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحه الأخبار وفقد الانجبار. ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقييد فيها شمول الحكم لصوره التصرف. لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها، ونسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف وتعيينه بعده، والأخبار خاليه عنه، وكلا الحكمين مشكل، إلا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما. لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء، والشيخ وابن زهره لم يذكر التصرف ولا الأرش. نعم، ظاهر الحلّي الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة، وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونه، إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنه بعد القبض وانقضاء الخيار. ولو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنه من ظهورها، وثبت أن أخذ الأرش للعب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعده، ثبت الأرش هنا بملاحظه التعيب بمادّه هذه الأمراض الكامنه في المبيع، لا- بهذه الأمراض الظاهره فيه. قال في المقنعه: ويردّ العبد والأمه من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتاعهما وبين سنه واحده، ولا يردان بعد سنه، وذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدّم ظهورها بسنه ولا يتقدّم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمه في هذه السنه لم يجر له ردّها وكان له قيمه ما بينها صحيحه وسقيمه، انتهى. وظاهره: أن نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنه، ولذا أورد عليه في السرائر: أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصحّ البيع. ويمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادته موادّ هذه الأمراض.

خاتمه: في عيوب متفرّقه

قال في التذكرة: بأن الكفر ليس عيباً في العبد ولا في الجاربه. ثم استحسن قول بعض الشافعيه بكونه عيباً في الجاربه إذا منع الاستمتاع كالتمجّس والتوثّن دون التهوّد والتنصّر. والأقوى كونه موجباً للردّ في غير المجلوب وإن كان أصلاً في

المماليك، إلا- أن الغالب في غير المجلوب الإسلام، فهو نقص، لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظه نجاستهم المانعه عن كثير من الاستخدامات. نعم، الظاهر عدم الأرش فيه، لعدم صدق العيب عليه عرفاً وعدم كونه نقصاً أو زياده في أصل الخلقه. ولو ظهرت الأمه محرّمه على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الردّ به، لأنه لا يعدّ نقصاً بالنوع، ولا عبره بخصوص المشتري. ولو ظهر ممّن ينعق عليه فكذلك، كما في التذكره معللاً: بأنّه ليس نقصاً عند كلّ النّاس وعدم نقص ماليته عند غيره. وفي التذكره: لو ظهر أنّ البائع باعه وكالّه أو ولايه أو وصايه أو أمانه، ففي ثبوت الردّ لخطر فساد النيايه احتمال.

أقول: الأقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أماره قويه عليه لم يبعد كونه موجباً للردّ، لقله رغبه الناس في تملك مثله، وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمه أصل الشىء لو خلى وطبعه أثراً بيّناً. وذكر في التذكره: أنّ الصيام والإحرام والاعتداد ليست عيوباً.

أقول: أمّا عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. وأمّا عدم إيجابها الردّ ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها في مدّه طويله، فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً. وقال أيضاً: إذا كان المملوك نماماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففي كون هذه عيوباً إشكال، أقربه العدم. وقال: لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغنياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً، فلا ردّ. ويردّ الدابّه بالزهاده. وكون الأمه عقيماً لا يوجب الرد، لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى. ومراده العارض الاتفاقي لا المرض العارضى. قال في التذكره في آخر ذكر موجبات الردّ: والضابط أنّ الردّ يثبت بكلّ ما في المعقود عليه من منقص القيمه أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى.

الثالث: خيار الشرط

خيار الشرط ٥٠٠٠

جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه ٩٠٠٠

فى لزوم تعيين زمان الخيار المشترط ١٣٠٠٠

حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط ١٧٠٠٠

مبدأ الخيار المشروط ٢١٠٠٠

جعل الخيار للأجنبى ٢٤٠٠٠

اشترط الخيار للأجنبى ٢٦٠٠٠

هل يجب على الأجنبى أن يراعى مصلحه الشارط؟ ٢٧٠٠٠

اشترط الاستثمار ٢٩٠٠٠

بيع الخيار ٣٠٠٠٠

أنحاء اعتبار ردّ الثمن ٣٢٠٠٠

أنحاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحدٍ منها ٣٧٠٠٠

هل يكفى مجرد ردّ الثمن أو بدله فى الفسخ ٤٢٠٠٠

مسقطات بيع الخيار ٤٣٠٠٠

سقوط الخيار بالتصرّف فى الثمن ٤٧٠٠٠

ص: ٤٣٧

التصرّف فى الثمن المعين فى بيع الخيار ٤٩

تلف المبيع بيد المشتري فى بيع الخيار ٥٤

فى تلف الثمن المعين فى بيع الخيار ٥٧

ردّ الثمن على المشتري أو وكيله أو وليه ٦٠

فيما لم يصرّح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه ٦٣

أخذ الحاكم الثمن فى بيع الخيار ٦٥

الردّ إلى عدول المؤمنين ٦٥

اعتبار ردّ تمام الثمن ٦٧

يجوز للمشتري اشتراط الخيار فى الفسخ برّد المبيع ٧٠

اشتراط الخيار فى غير البيع ٧١

عدم جواز خيار الشرط فى الإيقاعات ٧٣

عدم جواز شرط الخيار فى غير موارد جواز الإقالة ٨٣

عدم جواز شرط الخيار فى الوقف والصدقه ٨٦

شرط الخيار فى الصلح والضمان والرهن ٨٩

هل يدخل خيار الشرط فى القسمة؟ ٩٠

جريان شرط الخيار فى المهر ٩١

مشروعيّته الإقالة ٩٤

الرابع: خيار الغبن

خيار الغبن ٩٤

الاستدلال على خيار الغبن بقاعده نفي الضرر ١٠٠

يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال ١٠٥٠٠٠

ص: ٤٣٨

يعتبر فى ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه ... ١٠٨

المعتبر القيمه حال العقد ... ١٠٩

عدم العبره بعلم الوكيل فى مجرّد الصيغه ... ١١١

تشخيص المدعى والمنكر فى حال الغبن ... ١١٣

فى دعوى المغبون الجهل بالقيمه السوقيه ... ١١٥

اختلاف المتعاملين فى الغبن ... ١١٧

الشك فى كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً ... ١١٩

ما هو المناط فى الضرر الموجب للخيار؟ ... ١٢٢

الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف فى موارد الضرر ... ١٢٤

غبن البائع والمشتري معاً فى معامله واحده ... ١٢٥

ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد ... ١٣٠

ثمره الوجهين ... ١٣٣

الوجهان المذكوران فى الغبن جاربان فى العيب ... ١٣٥

إسقاط الخيار مع اعتقاد قله الغبن ... ١٣٦

هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟ ... ١٤٢

اشتراط سقوط خيار الغبن فى متن العقد ... ١٤٤

سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم به ... ١٤٨

لا فرق فى المغبون المتصرف بين البائع والمشتري ... ١٥٣

هل يلحق الامتزاز بالخروج عن الملك؟ ... ١٥٧

تصرف الغابن فيما انتقل إليه ... ١٥٩

النقص الموجب للأرش ١٦٣٠٠٠

التغير في العين بالزيادة ١٦٧٠٠٠

ص: ٤٣٩

تغيّر العين بالزياده الخارجيه ١٦٩ ...

ضمان النقص الحاصل بالقلع ١٧٥ ...

لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟ ١٧٦ ...

امتزاج المال الذي جرى عليه البيع ١٧٧ ...

حكم تلف العوضين مع الغبن ١٨٢ ...

جريان الغبن في غير البيع ١٨٦ ...

الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ١٩٠ ...

التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان ١٩٣ ...

استصحاب بقاء خيار الغبن ١٩٩ ...

لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ ٢٠٢ ...

المناقشه في ما ذكره بعض المعاصرين ٢٠٣ ...

معدوريه الجاهل بالخيار في ترك المبادره ٢٠٧ ...

دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه ٢٠٩ ...

الخامس: خيار التأخير

من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ٢١٠ ...

فهم المشهور من الروايات ٢١٤ ...

من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع ٢١٥ ...

الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن ٢٢٠ ...

الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين ٢٢٤ ...

الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه ٢٢٥ ...

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما... ٢٣٠

ص: ٤٤٠

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدّد المتعاقدين ... ٢٣٤

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجاربه ... ٢٣٥

مبدأ خيار التأخير ... ٢٣٧

مسقطات خيار التأخير ... ٢٣٨

هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟ ... ٢٤٢

تلف المبيع في خيار التأخير ... ٢٤٤

خيار التأخير في ما يفسده المبيت ... ٢٤٨

السادس: خيار الرؤيه

خيار الرؤيه والدليل عليه ... ٢٥٢

عدم اختصاص هذا الخيار بالمشتري ... ٢٥٥

اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبه ... ٢٥٦

خيار الرؤيه على الفور أو التراخي ... ٢٦٤

مسقطات خيار الرؤيه ... ٢٦٨

عدم سقوط خيار الرؤيه ببذل التفاوت أو إبدال العين ... ٢٧٧

ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد ... ٢٨١

لو اختلفا في اختلاف الصفه وعدمه ... ٢٨٢

لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول ... ٢٨٤

السابع: خيار العيب

خيار العيب ... ٢٨٧

ص: ٤٤١

التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب ... ٢٩١

تعلق الارش على الحدث فى المبيع ... ٢٩٤

ثبوت خيار العيب بنفس العيب ... ٢٩٥

القول فى مسقطات هذا الخيار ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار التصرف فى المبيع ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف ... ٣٠٥

من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري ... ٣١٥

العيب الحادث فى يد المشتري بعد القبض والخيار ... ٣٢١

زوال العيب الحادث ... ٣٢٧

هل تبعض الصفقه مانع من الردّ؟ ... ٣٣٠

استدلال صاحب الجواهر على عدم جواز التبعض ومناقشته ... ٣٣٤

ثبوت الخيار فى البيع الانحلالي ... ٣٣٧

يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين: ... ٣٤٠

١ إذا اشترى ربوياً بجنسه ... ٣٤١

٢ إذا لم يوجب العيب نقصاً فى قيمه ... ٣٤٤

وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب فى ما يشترط قبضه فى المجلس ... ٣٤٦

من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد ... ٣٤٦

من مسقطات الردّ والأرش التبرى من العيوب ... ٣٤٨

الاحتمالات فى ما يضاف إليه التبرى ... ٣٥١

ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به ... ٣٥٤

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب ... ٣٥٤

ص: ٤٤٢

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب ... ٣٥٨

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش فيه ... ٣٦١

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار ... ٣٦٦

هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟ ... ٣٦٩

مسائل في اختلاف المتبايعين ... ٣٧٤

اختلاف المتبايعين في تعيب المبيع ... ٣٧٤

اختلاف المتبايعين في تقدّم العيب وتأخره ... ٣٧٥

العمل طبق القرينه القطعيه بلا يمين لو كانت ... ٣٧٦

لو أقام كل منهما بينه على مدّعه ... ٣٧٦

عدم جواز سماع القضاة بينه المنكر ... ٣٧٦

بينه المنكر ... ٣٧٩

معارضه بينه المدعى مع بينه المنكر ... ٣٨١

كيفية حلف البائع على عدم تقدّم العيب ... ٣٨٤

إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً ... ٣٨٦

إذا أنكر البائع عيب متاعه ... ٣٩٠

اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور ... ٣٩٣

اختلاف المتبايعين في العيب الثاني ... ٣٩٧

اختلاف المتبايعين في التبرّي عن العيب ... ٤٠٠

لو ادعى البائع رضا المشتري بالعيب أو سائر المسقطات ... ٤٠٣

لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً ... ٤٠٤

لو اختلفا فى الفسخ وكان الخيار منقضياً ... ٤٠٦

لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت ... ٤٠٨

لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته ... ٤١١

المراد من العيب ... ٤١١

الكلام فى بعض أفراد العيب: منها الثفل ... ٤٢٩

ص: ٤٤٤

المجلد ٧

كتاب الخيارات

اشاره

ص: ١

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

الجزء السابع

ص: ٤

الأرش لغه واصطلاحاً

وهو لغه [١] كما فى الصحاح وعن المصباح : ديه الجراحات، وعن القاموس: أنه الديه. ويظهر من الأولين أنه فى الأصل اسم للفساد. ويطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون فى مال أو بدن، لم يقدر له فى الشرع مقدر. وعن حواشى الشهيد قدس سره : أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أن الأرش، كما عن الصحاح (١) والمصباح (٢): ديه الجراحات، وعن القاموس: (٣) أنه بمعنى الديه. ويظهر عن الصحاح والمصباح أنه لغه بمعنى الفساد. ويطلق الأرش فى اصطلاح الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص فى مال أو بدن مع عدم تقدير ذلك البدل.

وعن حواشى الشهيد (٤): أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظى على معان:

منها: ما يأخذ المشتري بدلاً عن وصف لصحه المضمونه على البايع وكذلك أرش عيب الثمن.

ص: ٥

١- (١) الصحاح ٣: ٩٩٥، ماده «أرش» .

٢- (٢) المصباح المنير: ١٢، ماده «أرش» .

٣- (٣) القاموس المحيط ٢: ٢٦١، ماده «أرش» .

٤- (٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٢ .

منها: ما نحن فيه.

ومنها: نقص قيمه لجنايه الإنسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعى.

ومنها: ثمن التالف المقدر شرعاً بالجنايه، كقطع يد العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدر الشرعى والأرث، وهو ما تلف بجنايه الغاصب، انتهى. وفي جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشاره إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظه مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظه علاقته بين كل منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، ولا حقيقه ومجازاً، فهى كلها منقولات عن المعنى اللغوى بعلاقه الإطلاق والتقييد. وما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى، كما يظهر بالتأمل.

الشرح:

ومنها: نقص قيمه العبد المملوك للغير بجنايه إنسان عليه مع عدم تقدير تلك الجنايه.

ومنها: قيمه التالف بالجنايه المقدره شرعاً كما فى قطع يد العبد فان على الجانى نصف قيمه العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدر الشرعى والأرث وهو ما تلف بجنايه الغاصب.

وظاهر هذا الكلام أن لفظ الأرش يطلق فى اصطلاح الفقهاء على كل من هذه المعانى من غير أن يكون اطلاقه عليها من قبيل الاشتراك المعنوى أو الحقيقه والمجاز بل اللفظ فى كل منها منقول عن معناه اللغوى بأن يكون اللفظ الموضوع للمطلق لغه منقولاً إلى المقيد الخاص، وما ذكر من أنه فى اصطلاح الفقهاء يطلق على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون منتزع عن تلك المعانى.

وفيه: أن الاشتراك اللفظى بعيد غايته بالإضافة إلى جميع ما ذكر، بل الظاهر أن الأرش هو بدل التالف سواء كان له تقدير أم لا، بخلاف لديه فانه يطلق على بدل التالف

ص: ٦

وكيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرش: أنه لا- يثبت إلا- مع ضمان النقص المذكور. ثم إنَّ ضمان النقص تابع في الكيفيه لضمان المنقوص [١] وهو الأصل. فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما ويسمى ضمان اليد كان النقص مضموناً بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل. وإن كان مضموناً بعوض، بمعنى أنَّ فواته يوجب عدم تملكك عوضه المسمى في المعاوضه ويسمى ضمانه ضمان المعاوضه كان النقص مضموناً بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص والمنقوص لا نفس قيمه العيب، لأنَّ الجزء تابع للكل

الشرح:

المقدر شرعاً، فيكون إطلاقه على جملة من المعاني المزبوره بالاشتراك المعنوي لو لم يكن كلها كذلك.

[١] ثم إن المصنف قدس سره قد تصدى لإثبات كون ضمان وصف الصحة المقام معاملياً لا ضمان اليد. وقال في وجهه: إن النقص المضمون تابع للأصل في الضمان، فإن كان ضمان الأصل ضمان اليد كالمغصوب والمأخوذ المستام يكون ضمان وصفه أيضاً ضمان اليد.

وإذا كان ضمان الأصل معاملياً كما في ضمان البايع المبيع بتلفه بيده قبل قبضه أو زمان الخيار، فإن تلفه في الفروض يوجب خروج الثمن عن ملكه وعوده إلى المشتري فيكون ضمان الوصف أيضاً معاملياً بأن يوجب فوات وصف الصحة بيد البايع خروج ما بازائه من الثمن عن ملكه فيما إذا وزع الثمن المزبور على مجموع الناقص والمنقوص ولا يكون في الفرض ضمان اليد فإنه قد يوجب أن يأخذ المشتري من البايع تمام الثمن مع ملكه المبيع كما إذا اشترى جاريه بدينارين فوجد فيها عيباً وفرض أنها تساوى معيه بمئه دينار وصحيحها أزيد فإنه يلزم على ضمان اليد أخذ تمام الثمن أو الأزيد مع الجاربه.

فى الضمان، ولذا عزّف جماعه الأرش فى عيب المثلن فىما نحن فىه: بأنّه جزء من الثمن نسبته إله كنسبه التفاوت بىن الصلح والمعب إله الصلح، وذلك لأنّ ضمان تمام المبع الصلح على الباع ضمان المعاضه، بمعنى أنّ الباع ضامن لتسليم المبع تائماً إله المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضمه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته. نعم، ظاهر كلام جماعه من القدماء كأكثر النصوص يؤهم إرادته قيمه العيب كلّها، إلاّ أنّها محموله على الغالب من مساواه الثمن للقيمه السوقيه للمبع، بقريته ما فيها: من أنّ الباع يرّد على المشتري، وظاهره كون المردود شيئاً الشرح:

مع أنّ المذكور فى بعض الروايات (١) أنّه يرّد على المشتري، وظاهره كون المردود أنقص من الثمن ولو كان وصف الصلحه مضمونا بضمان اليد لما كانت المال الذى يعطيه الباع مردوداً دائماً، وما فى عبارته قدس سره فى الفرض من لزوم اخذ المشتري مئه دينار سهو من قلمه الشريف.

نعم ظاهر كلمات جماعه من الأصحاب بل ظاهر بعض الروايات (٢) أنّ للمشتري قيمه العيب وظاهرها ضمان اليد ولكنها كبعض الروايات (٣) المشار إليها محموله على عدم اختلاف الثمن المسمى مع القيمه السوقيه كما هو الغالب.

والحاصل: أنّ الأرش فى المقام هو مقدار من المال نسبته إله الثمن المسمى كنسبه التفاوت بىن قيمتى الشىء صحيحاً ومعيباً، كما إذا كان قيمه الشىء معيباً خمسين وقيمه صحيحاً بمئه فالتفاوت بينهما بالنصف فىؤخذ من الباع نصف الثمن المسمى.

ص: ٨

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٢ و ١٠٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٦ و ٨.
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧ وذيله.

من الثمن، الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه. فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جاريه بدينارين وكانت معيها تسوى مئة وصحيحها تسوى أزيد، فيلزم استحقاق مئة دينار، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقرينه عدم صدق الرد والاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبه عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بنى الأمر على ملاحظه الغلبه فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفه.

الشرح:

أقول: ما ذكر قدس سره في الاستدلال على كون ضمان الصحة ضماناً معاوضياً بالمعنى الذى ذكر ينافى ما ذكر فى حمل كلمات بعض الاصحاب وبعض النصوص من حملها على الغالب من تساوى الثمن المسمى وعدم اختلافه مع قيمه السوقيه للشئ صحيحاً، فان مقتضاه حمل ما ذكر فى بعض الروايات مع رد البايع أيضاً على الغالب.

أضف إلى ذلك أنّ مقتضى ما ذكر فى معنى الضمان المعاملى أن يكون الأرش جزء من الثمن مع أنه لا يلتزم بذلك.

وأضف إلى ذلك أنه لا فرق فى ضمان الوصف بضمان معاملى بين وصف الصحة أو الكمال ولو كان معنى ضمان الوصف عود ما قبله من الثمن إلى ملك المشتري لكان الأمر فى وصف الكمال المشترط كذلك مع أنه قدس سره قد صرح فيما سبق بأن الأرش تغريم لا يكون جزءاً من الثمن ولا على البايع دين بدون مطالبه المشتري. وقد كان قدس سره ملتفتاً إلى ذلك.

ولذا ذكر فى آخر كلامه أن الثمن فى البيع لا يقع إلا- بازاء العين ولا- يقسط على وصف الصحة كما لا يقسط على وصف الكمال، والأرش فى المقام خارج عن ضمان اليد والضمان المعاملى بل هو نظير أرش الجنايه للنقص الحاصل فى المبيع ليساوى

وقد توهم بعض من لا تحصيل له: أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب، ومنشؤه ما يرى في الغالب: من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمه المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت، وإلا فلو فرض أنه اشترى عبداً بجاريه تسوى معيها أضعاف قيمته، فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً.

الشرح:

الثمن لا لتنقيص الثمن المسمى لساوى المبيع الموجود.

ولا يخفى أن هذا الكلام هدم لما ذكر قدس سره في وجه كون الأرش مقداراً من المال نسبته إلى الثمن المسمى كنسبه تفاوت قيمه معيب الشيء إلى صحيحه، لأنه مع الاعتراف بعدم كون الأرش داخلاً في ضمان معاملى يرد ما تقدم من احتمال كون الأرش قيمه العيب لا مقدار من المال يلاحظ فيه النسبه.

وذكر السيد اليزدى(١) قدس سره في وجه كون الأرش هو المقدار الذى يلاحظ فيه النسبه لا نفس التفاوت بين القيمتين أن للمعامله مقامين مقام الإنشاء والقرار، ومقام اللب والقصد.

والثمن فى المقام الأول يقع بازاء نفس العين ولا- يقسط على الموصوف والوصف ولذا لو فقد الوصف لم تنحل المعامله بالاضافه إلى بعض الثمن وانه لو باع المعيب بأقل فيما إذا كانا من جنس واحد لزم الربا كما إذا باع كرا من الحنطه المعيبه بنصف كرا من الحنطه ولو كان مقدار من العوض فى مقابل وصف الصحه لم يلزم فى الفرض ربا، ولأن النصف الناقص فى ناحيه العوض بازاء وصف الصحه المفقوده فى المبيع.

ص: ١٠

وكيف كان، فالظاهر أنه لا- إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراءى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم، يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى، وهى: أن مقتضى ضمان وصف الصحه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار، لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، ويلزم من ذلك أيضاً تعيين أخذ الأرش من الثمن، مع أن ظاهر جماعه عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامه.

الشرح:

وهذا بخلاف مقام اللب فانه يقسط الثمن فيه على الموصوف والوصف حيث يوجب الوصف زياده العوض، وحيث إن العبره فى استحقاق العوضين والنقل والانتقال بالمقام الأول يكون تمام الثمن حتى فى فرض عيب المبيع للبايع، غايه الأمر حيث إن البايع تعهد بالوصف وأوجب أن يبذل المشتري الثمن الزايد فللمشتري المطالبه بما بذل من الزيادة.

أقول: قد تقدم انه لا معنى للّب فى المعامله فانها أمر إنشائى يكون بيعا أو إجاره أو غيرهما ويصدق عليها عنوان العقد ويترتب عليها الاحكام والآثار المترتبه على عنوان العقد مطلقا أو على المعامله بعنوانها الخاص ومن الظاهر عدم تحقق المعامله إلا بالقصد.

وعليه فان كان شىء داعيا إلى المعامله أو شرطا فيها يترتب على الشرط ما يأتى.

وأما الداعى فلا أثر لتخلفه وقد تقدم أن شرط الوصف لا يترتب عليه إلا جواز الفسخ نظير شرط وصف الكمال لا جواز أخذ الأرش، وجواز أخذه تعبد قد دلّ عليه الروايات.

وظاهر جملة منها استحقاق المشتري التفاوت بين قيمتى الصحيح والمعيب كموثقه طلحه بن زيد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل

وتوضيحه: أنّ الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلاً للثمن، لا لنقص الثمن حتّى يصير مقابلاً للمعيب، ولذا سُمّي أرشاً كسائر الأروش المتداركه للنقائص، فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأنّ ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبه إلى الفئات المضمون ومقابله، إذ لا معنى له غير ضمان الشئ وأجزائه بعوضه المسمّى وأجزائه، والضمن الآخر يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعيه. فلا أوثق من أن يقال: إنّ مقتضى المعاوضة عرفاً هو عدم مقابله وصف الصحه بشئ من الثمن، لأنّه أمر معنويّ كسائر الأوصاف، ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرأ حصل الربا من جهه صدق الشرح:

اشترى جاريه فوطأها ثم وجد فيها عيبا قال: تقوم وهى صحيحه وتقوم وبها الداء ثم يرد البايع على المبتاع فضل ما بين الصحه والداء»(١).

وفى معتبره عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أيا رجل اشترى جاريه فوق عليها فوجد بها عيبا لم يردّها ورد البايع عليه قيمه العيب»(٢).

فلا يبقى فى البين إلاّ التسالم بين الأصحاب على كون الأرش مقداراً من المال يكون نسبته إلى الثمن لمسمى كنسبه قيمه معيب الشئ إلى صحيحه.

وربما يستدل على كون الأرش يلاحظ فيه النسبه لا أنه قيمه العيب نظير موارد ضمان اليد، بأنه لو كان المراد بالأرش فى المقام هو الثانى لزم الجمع بين العوض والمعوض كما إذا اشترى فرسا بمئه وظهر فى أحد عينيه عمى وكان قيمته معيبا بخمسين وصحيحا بمئه وخمسين ولو استرد المئه أو سقط عن عهده كما إذا كان

ص: ١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٢ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٤ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦ .

هل الضمان بعين الثمن أو بمقداره؟

الزيادة وعدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله، إلا أنّ الدليل من النصّ والإجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف، بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن منضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة، فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف وإن لم يقابله بشيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن وعدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله، وللمشتري أيضاً إسقاط هذا الالتزام عنه. نعم، يبقى الكلام [١] في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن، كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر بأنّه جزء من الثمن، أو بمقداره، كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة وظاهر غيرها والشهيدان في كتبهما؟ وجهان:

الشرح:

الثمن على عهده المشتري بمطالبته الأرش يكون كل من العوض والمعوض للمشتري، وهذه قرينه قطعيه على أن المراد بالأرش هو ما يلاحظ فيه النسبه، وظهور ما تقدم من الروايات باعتبار الغالب من كون الثمن المسمى مساويا للقيمه السوقيه للشئ صحيحاً.

ولكن يمكن الجواب بأنه للاستدلال وجه بناءً على تعيين كون الأرش من الثمن، واما بناءً على أنه غرامه ولا يتعين دفعه من الثمن فلا يكون وجهاً، بل يكون الفرض نظير ما إذا اشترى الفرس بمئه صحيحاً وحدث العمى في إحدى عينيه في ضمن ثلاثة أيام، ومع ذلك فالجمع في الفرض أيضاً بين أخذ المئه وتملك الفرس لا يخلو عن تأمل.

[١] ثم إنه يبقى في الأرش بعض الجهات مما ينبغي الكلام فيها:

منها: أنه هل يتعين على البائع دفع الأرش من الثمن مع إمكانه ومطالبه المشتري أو يجوز له الدفع من غيره حتى في الفرض.

تردّد بينهما في جامع المقاصد. وأقواهما الثاني، لأصله عدم تسلّط المشتري على شيء من الثمن، وبراءة ذمّة البائع من وجوب دفعه، لأنّ المتيقّن من مخالفته الأصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعى وجود هذه الصفه، لا في مقابلها، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد وعبدالملك: إنّ «له أرش العيب»، ولا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب ب: «ردّ التفاوت إلى المشتري» الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أوّلاً، وهو بعض الثمن. لكن التأمل التام يقضى بأنّ هذا التعبير وقع بملاحظه أنّ الغالب وصول الثمن إلى البائع وكونه من النقدين، الشرح:

ظاهر كلام العلامة في التذكرة (١) وغيرها والشهيد (٢) تعيين الدفع من الثمن فان الأرش جزء من الثمن أو مقدار منه ولكن تردد في جامع المقاصد (٣) في تعيين ذلك وقوى المصنف رحمه الله عدم التعيين لأنه لم يثبت كون الأرش جزءاً من الثمن، ومجرد ذكره في بعض الكلمات لا يعينه والثابت أن البائع يجب عليه الخروج عن الوصف الذي التزم بوجوده للمبيع.

وبتعبير آخر: تكليفه بالدفع من الثمن لم يقم عليه دليل والأصل عدم وجوبه.

لا يقال: تكليفه بالجامع أى الدفع الشامل للدفع عن النقدين أيضاً مجهوله.

فانه يقال: لا يجرى الأصل في ناحيه عدم تعلق التكليف بالجامع فانه محرز وإن الحكم المزبور خلاف الامتنان.

ص: ١٤

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٨.

٢- (٢) راجع الدروس ٣: ٢٨٧، والمسالك ٣: ٢٩٩، ٣٠٠، والروضه ٣: ٤٧٤.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ١٩٤.

فالردّ باعتبار النوع، لا الشخص. ومن ذلك يظهر أن قوله عليه السلام في روايه ابن سنان: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» محمول على الغالب: من كون الثمن كلياً في ذمه المشتري، فإذا اشتغلت ذمه البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه. ثمّ على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين، لأنهما الأصل في ضمان المضمونات، إلاّ أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضه. واستظهر المحقق الثاني من عبارته القواعد والتحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، حيث حكموا في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرّق جاز أخذ الأرش من غير النقدين ولم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأنّ الحقوق المائيه إنّما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما؟

الشرح:

لا يقال: ظاهر ما دل على رد التفاوت إلى المشتري كون المردود من الثمن.

فانه يقال: يصدق الرد فيما إذا كان المدفوع إلى المشتري ثانياً من نوع ما اخذ من المشتري ثمناً، وكذلك لا دلالة لمثل قوله عليه السلام: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها» على اعتبار كون الأرش من الثمن فان الثمن إذا كان كلياً على العهده واراد المشتري أخذ الأرش يسقط عن عهده مقدار الأرش كما لا يخفى.

ثم إنه بناءً على جواز الدفع من النقدين وعدم تعيين الدفع من الثمن هل يجوز الدفع من غير النقدين من ساير الأموال مما يكون له ماله الوصف أو يتعين الدفع من الثمن أو النقدين إلا إذا رضى المشتري بذلك فيكون الدفع به معاوضه لا وفاءً لما على البائع من الأرش.

فالظاهر الثاني لأن الضمانات في ساير الموارد كما يكون بالمثل أو قيمه المتعينه بالنقود كذلك الحال في المقام.

ص: ١٥

ويمكن رفع هذا الإشكال: بأن المضمون بالنقدين هي الأموال المتعيّنه المستقرّه، والثابت هنا ليس مالاّ في الذمّه، وإلاّ بطل البيع فيما قابله من الصحيح [١]، لعدم وصول عوضه قبل التفرّق، وإنّما هو حقّ لو أعمله جاز له مطالبه الشرح:

ما عن العلامه (١) والشهيد (٢) من جواز اعطاء الأرش من غير النقدين حيث ذكرنا بأنه لو ظهر في أحد العوضين المتخالفين عيب في بيع الصرف يجوز أخذ الأرش من غير النقدين لا يمكن المساعدة عليه.

[١] يعنى لو كانت ذمه البايع مشغوله للمشتري بالوصف بأن قيل: أنه قد أخذ من المشتري عوض المبيع المقسط على الوصف المفقود والموصوف فيكون مديونا للمشتري بالوصف فيلزم الحكم ببطلان البيع بالاضافه إلى المقدار المقابل للوصف المفقود لعدم التقابض في المجلس بالاضافه إليه.

أقول: ما ذكر قدس سره من أنّ الضمان بالنقدين يختص بالأموال المعينه المستقره على العهده قبل المطالبه لا في مثل المقام الذى لم يثبت على العهده مال من الأول لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الشىء في مورد ضمان التغريم أيضا كاللقطه التى تصدق بها واجدها إن كان مثليا فيضمن بالمثل وإن كان قيميا يضمن بالقيمه المتعيّنه بالنقود المتعارفه فى كل بلد وعصر كما هو منصرف ما ورد فى قيمه العيب وقيمه النقص ونحوهما من روايات الأرش.

ويشهد على ضمان الأرش ولو بعد المطالبه بالنقود أنّ المشتري لو طالب النقد لم يجب على البايع الإجابه ولو طالب النقد لوجبت الاجابه فيكون الأرش بغير النقد

ص: ١٦

١- (١) القواعد ٢ : ٣٩ ، والتحرير ١ : ١٧٢ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٣٠٤ .

المال، فإذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداءً ورضى به الآخر فالمختار نفس الأرش، لا عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه، لعدم تعيينه عليه، كما أنّ لدى الخيار مطالبه النقدين في غير المقام [١] وإن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ.

وبالجملة، فليس هنا شيء معين ثابت في الذمه، إلاّ أنّ دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار ويكون نفس الأرش، بخلاف دفع النقدين، فإنّه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشية.

ثمّ إنه قد تبين ممّا ذكرنا في معنى الأرش [٢] أنّه لا يكون إلاّ مقداراً مساوياً

الشرح:

بالمراضة التي كالمعاوضه أو إسقاط ما على العهده بتملك غيره.

وقد تحصل مما ذكرنا: أنّه لو قيل باشتغال ذمه البايع بعد المطالبة بقيمه الوصف لم يلزم محذور فان الأرش وان كان بالنقود إلاّ أنه غير داخل في العوضين ليعتبر قبضه في مجلس العقد.

[١] قيد (في غير المقام) زائد ومراده أن للمشتري الذي يكون له خيار العيب مطالبه الأرش من النقدين ولا يكون رضا البايع دخيلاً في لزوم الإجابة كما تقدم ويحتمل كون غير المقام إشارة إلى غير مسأله الصرف حيث لا يجوز في تلك المسأله مطالبه الأرش من النقدين على ما ظاهر (١) القواعد (٢) والتحرير (٣) والدروس (٤).

[٢] ذكر قدس سره أن أرش العيب لا يستوعب الثمن فانه لو فرض أن معيب الشيء لا قيمه له ويبدل بازائه مال يكون أخذ العوض بازائه من الأكل بالباطل فلا يتحقق

ص: ١٧

١- (١) استظهر المحقق الثاني من عبارتهم في جامع المقاصد ٤ : ١٩٢ ١٩٤.

٢- (٢) القواعد ٢ : ٣٩.

٣- (٣) التحرير ١ : ١٧٢.

٤- (٤) الدروس ٣ : ٣٠٤.

لبعض الثمن، ولا يعقل أن يكون مستغرقاً له، لأنّ المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل ويبدل في مقابله شيء من المال بطل بيعه، وإلاّ فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم، ربما يتصوّر ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمه مع بقاء الشيء على صفه التملك، بناءً على أنّ مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب، وهو هنا مقدار تمام الثمن. لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكل، بناءً على أنّ العيب إذا كان مضموناً على البائع بمقتضى قوله عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث فهو من مال البائع حتّى ينقضى خياره» كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع، والمفروض: أنّه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلاً، لعدم كونه متموّلاً يبدل بإزائه شيء من المال، الشرح:

عنوان البيع على ما ذكرنا في اعتبار ماليه العوضين.

نعم ربما يقال: بأن العيب المستوعب للقيمه مع حدوثه قبل القبض أو في زمان خيار الحيوان لا يوجب انحلال البيع ويكون المبيع للمشتري مع استحقاقه الأرش المساوى لتمام الثمن، بل يمكن أن يقال بعدم انحلال البيع حتى مع حدوث عيب لا يكون معه الشيء ملكاً كما إذا انقلب الخل المبيع قبل قبضه خمراً فان للمشتري حق الاختصاص به للتخلييل مع استحقاقه تمام الثمن أو مقداره بالأرش.

والوجه في ذلك: أن حدوث الحدث في المبيع قبل القبض أو زمان الخيار كالتلف قبل القبض في مجرد ضمان البائع لا انحلال البيع، بل الانحلال يختص بالتلف ولا يجرى في التعيب.

وفيه ما تقدم من أن الاستفادة مما ورد في التلف قبل القبض أو في الحدث زمان الخيار الحيوان أن ما يحدث قبل القبض أو زمان الخيار كالحادث قبل العقد، ومن الظاهر أن التعيب كذلك لو كان قبل العقد لكان موجبا لبطلان البيع.

فىجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث بعده مضموناً على البائع. إلا أن يمنع ذلك وأنّ ضمانه على البائع موجب الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزله الحادث قبل البيع فى هذا الحكم لا- مطلقاً حتّى يفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير المتموّل إلى البائع. بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا دليل على إلحاقه بالتلف، بل تبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري وإن لم يكن ملكاً له كالخمر المتخذ للتخليل ويأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرساً لا من باب انفساخ العقد.

هذا، إلا أنّ العلامة قدس سره فى القواعد والتذكرة والتحرير ومحكى النهايه [١] يظهر منه الأرش المستوعب فى العيب المتقدّم على العقد الذى ذكرنا أنّه لا يعقل فيه

الشرح:

[١] إذا جنى العبد خطأً فإن للمجنّى عليه أو وليه أخذ أقل الأمرين من قيمه العبد وأرش الجنايه عن مولاه ولو كان المولى معسراً أو امتنع عن دفع قيمه أو الأرش يجوز للمجنّى عليه أو وليه استرقاق العبد أو بيعه وأخذ قيمته فيما إذا كان أرس الجنايه مستوعباً لقيمه العبد، وإلا يسترى العبد بمقدار الأرش ويباع العبد ويستوفى المجنّى مقدار الأرش ويدفع باقى الثمن إلى مولاه.

وإذا جنى العبد عمداً يكون للمجنّى عليه أو وليه حق القصاص وإن رضى بفداء المولى بقيمه العبد أو أرس الجنايه وفداه المولى فهو، وإلا يجرى ما تقدم فى الجنايه خطأً من جواز استرقاقه أو بيعه لأخذ أقل الأمرين من قيمته وأرش الجنايه.

وفى صحيحه الفضيل بن يسار، عن أبى عبدالله عليه السلام أنه قال: «فى عبد جرح حراً فقال: إن شاء الحر اقتص منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحه تحيط برقبته. وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه، فإن أبى مولاه ان يفتديه كان للحر المجروح من العبد بقدر

استيعاب الأرش للثمن. قال فى القواعد: لو باع العبد الجانى خطأً ضمن أقلّ الأمرين على رأى، والأرش على رأى، وصحّ البيع إن كان موسراً، وإلاّ- تخيّر المجنى عليه. ولو كان عمداً وقف على إجازة المجنى عليه، ويضمن الأقلّ من الأرش والقيمه لا الثمن معها، وللمشترى الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الأرش. فإن استوعبت الجنايه القيمه فالأرش ثمنه أيضاً، وإلاّ فقدر الأرش. ولا- يرجع لو كان عالماً، وله أن يفديه كالمالك ولا- يرجع به عليه. ولو اقتص منه فلا ردّ وله الأرش، وهو نسبه تفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان من الثمن، انتهى. وذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب. وقال فى أوائل البيع من التذكرة فى مسأله بيع العبد الجانى: ولو كان المولى معسراً لم يسقط حقّ المجنى عليه من الرقبه ما لم يجز البيع أوّلاً، فإنّ البائع إنّما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه، ولا يحصل من ذمه المعسر، فيبقى حقّ المجنى عليه مقدّماً على حقّ المشترى،

الشرح:

ديه جراحه، والباقي للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقه ويرد الباقي على المولى»(١).

وفى روايه أبى محمد الواشى ولا يبعد كونه ثقه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جنايه تحيط برقبته فأقر العبد بها قال: لا يجوز إقرار العبد على سيده، فان أقاموا البيئه على ما ادعوا على العبد أخذ العبد بها أو يفديه مولاه»(٢) إلى غير ذلك.

ثم إن المقرر فى محله: أنه يجوز للمولى بيع العبد الجانى خطأً لانه بالجنايه لا يسقط عن ملكه وماله وإذا انتقل إلى المشترى يتعلق بالعبد المزبور حقّ المجنى

ص: ٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩: ١٦٦ ١٦٦، الباب ٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩: ١٠٠، الباب ٤١ من أبواب القصاص فى النفس.

ويتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن معه أو مع الاستيعاب، لأنَّ أرش مثل هذا جميع ثمنه. وإن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه. ولو كان عالمًا بتعلق الحق به فلا- رجوع إلى أن قال: وإن أوجبت الجنايه قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الرد والأرش، فإن اقتصر منه احتمال تعين الأرش، وهو قسط قيمه ما بينه جانياً وغير جان. ولا يبطل البيع من أصله، لأنَّه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض والمرتد. وقال أبو حنيفة والشافعى: يرجع بجميع ثمنه، لأنَّ تلفه لمعنى استحقَّ عليه عند البائع، فجرى إتلافه، انتهى. وقال فى التحرير فى بيع الجانى خطأً: ولو كان السيد معسراً لم يسقط حقَّ المجنى عليه من رقبه العبد، فيتخير المشتري مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن، وكذا إن كانت الجنايه مستوعبه، وإن لم يستوعب رجع بالأرش، انتهى.

الشرح:

عليه ولا يكون له شىء مع علمه حين الشراء بجنايه العبد، بخلاف ما إذا كان جاهلاً به فان له خيار العيب فيجوز له فسخ الشراء أو أخذ الأرش كما إذا استرق المجنى عليه العبد، فان للمشتري الرجوع إلى البائع بالأرش وهو تمام الثمن المسمى. واما بيع العبد الجانى عمدا فالظاهر جوازه لعين ما تقدم من ان تعلق القصاص لا يوجب سقوطه عن الملك والماليه.

وقيل: إن جواز البيع مع اجازة المجنى عليه أو وليه ومع الاجازة لا يستحق المجنى عليه أو وليه الثمن المسمى، بل له الرجوع إلى مولاه بالفداء والا استرق العبد على ما تقدم.

ومشتري العبد مع جهله الحال له خيار العيب، وان كان علمه بالحال بعد القصاص أو الاسترقاق فله الرجوع إلى البائع بالتفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان.

ثم إن المصنف رحمه الله قد فهم من عبارات العلامه ان مع استيعاب أرش الجنايه قيمه

وقال فى أوائل البىع فى هذه المسأله: ولو كان السىء معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه عن رقبه العبد، وللمشترى الفسخ مع عدم العلم، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن لم يفسخ واستوعبت الجنايه قيمته وانتزعت يرجع المشترى بالثمن أيضاً، وإن لم يستوعب رجع بقدر الأرش. ولو علم المشترى بتعلق الحقّ برقبه العبد لم يرجع بشىء. ولو اختار المشترى أن يفديه جاز ورجع به على البائع مع الإذن، وإلا فلا، انتهى.

قوله: «وانتزعت» إما راجع إلى رقبه العبد، أو إلى قيمه إذا باعه المجنىّ عليه وأخذ قيمته، وهذا القيد غير موجود فى باقى عبارات العلامه فى كتبه الثلاثه. وكيف كان: فالعبد المتعلق برقبته حقّ للمجنىّ عليه يستوعب قيمته، إمّا أن يكون له قيمه تبذل بإزائه، أو لا، وعلى الأوّل: فلا بدّ أن يبقى شىء من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه. وعلى الثانى: فينبغى بطلان البىع. ولو قيل: إنّ انتزاعه

الشرح:

العبد يكون ارش عيبه تمام الثمن فيرجع المشترى الجاهل بالحال بتمام الثمن هذا فى الجنايه خطأ ومع الجنايه عمداً يكون ارش العيب بعض الثمن وهو تفاوت قيمه العبد بين كونه جان أو غير جان.

ولذا ورد عليه أولاً: بأن الأرش لا يستوعب قيمه وإلا بطل البىع. وثانياً: على تقدير جواز كون الأرش كذلك فالفرق بين الجنايه خطأ وعمداً بالاستيعاب فى الأول وعدم الاستيعاب فى الثانى بلا وجه.

أقول: لم يظهر التفرقه فى الكلمات المتقدمين بين الجنايه خطأً والجنايه عمداً بإمكان كون الأرش تمام الثمن على الأول ويكون الأرش بعض الثمن على الثانى.

نعم، ما ذكره قدس سره من عدم إمكان صحه البىع مع كون الارش تمام الثمن بحيث لا يكون للمعيب قيمه صحيح والله سبحانه هو العالم.

عن ملك المشتري لحقّ كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع منعه في نفسه أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجاني عمداً. وقد عرفت من التذكرة والقواعد الحكم بقسط من الثمن فيه. وبالجملة، فالمسألة محلّ تأمل، والله العالم.

مسألة: يعرف الأرش بمعرفة قيمته الصحيح والمعيب [١] ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت. وإذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها. وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفه المعلومه المضبوطه عند أهل البلد أو أهل الخبره منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصوده،

الشرح:

[١] تعين الأرش كما ذكره قدس سره بمعرفة قيمة الشيء صحيحاً وقيمه معيياً وبملاحظه نسبه التفاوت بين القيمتين، بمعنى أن يلاحظ نقصان قيمة معيب الشيء عن قيمة صحيحه بأى نسبه من نصف أو ثلث أو ربع إلى غير ذلك، ويؤخذ بتلك النسبه من الثمن أى ينقص عن الثمن المسمى أو مقداره تلك النسبه.

ولو كان الثمن المسمى بمئه وعشرين وقيمه الشيء صحيحاً بمئه وخمسين ومعيباً بمئه فالتفاوت بين القيمتين بالثلث فينقص عن الثمن المسمى أو مقداره ثلثه أى الأربعون.

ثم إنه إذا أمكن تعيين قيمة الشيء صحيحاً وقيمه معيياً كما إذا كان المتبايعان قريبين من السوق ومطلعين على قيمته أو لم يكونا مطلعين بالقيمة السوقية لبعدهما عن السوق ولكن أمكن قيام البينه على القيمة صحيحاً ومعيباً فالأمر ظاهر.

ثم إن البينه في الفرض لا تدخل في قول أهل الخبره فان قيمة الشيء مما يعرف بالحس ولا يحتاج إلى الحدس والنظر من بعض الناس خاصه، بل يظهر لكل من دخل السوق.

كمن يخبر: بأن هذه الحنطه أو مثلها يباع فى السوق بكذا، وهذا داخل فى الشهاده يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهاده على سائر المحسوسات: من العداله، والإخبار عن الحس، والتعدّد. وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثره ممارسته أشباه هذا الشىء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبه الناس فى أمثاله، وهذا يحتاج إلى الصفات السابقه وزياده المعرفه والخبره بهذا الجنس، ويقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبره. وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحه، كالصائغ العارف بأصناف الذهب والفضّه من حيث الجوده والرداءه، مع كون قيمه الجيد والردىء محفوظه عند الناس معروفه بينهم، فقوله: «هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا،

الشرح:

نعم ربما لا يمكن معرفه قيمه الشىء إلا بالحدس والنظر المختص ببعض الناس وذلك فى الموردین:

أحدهما: ما إذا لا يعرف وصف الشىء الدخيل فى قيمته إلا بالحدس والنظر ممن يعد خبره لذلك الشىء كالصائغ حيث يعرف الذهب وأنه من أى أصنافه وان فيه أى مقدار من الخلط مع ان قيمه اصنافه معلومه لكل من يدخل السوق ويطلع عليها جميع الناس.

وثانيهما: ما إذا لا يعرف قيمه الشىء إلا بالحدس لأن الشىء لا يكون له فى السوق مثل فعلاً- ليعلم رغبه الناس به كبعض الأحجار النفيسه ولكن يحدس بأنه لا بد من أن يباع فى السوق بكذا.

وقد يقال: إن مورد الرجوع إلى أهل الخبره يختص بالأخير ولا يجرى فى غيره بل يتعين فى الأول من الفرضين التعدد والعداله لأن الاعتبار فيهما بالبينه.

وفيه: أنه لا فرق فى اعتبار العقلاء قول المقوم لكونه من أهل الخبره بين الفرض

وهذا فى الحقيقه لا يدخل فى المقوم، وكذا القسم الأول، فمرادهم بالمقوم هو الثانى. لكن الأظهر عدم التفرقه بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد، إمّا للزوم الحرج لو اعتبر التعدد، وإمّا لاعتبار الظن فى مثل ذلك ممّا انسدّ فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالأقلّ لأصله براءه ذمّه البائع تضييع حقّ المشتري فى أكثر المقامات، وإمّا لعموم ما دلّ على قبول قول العادل، خرج منه ما كان من قبيل الشهاده كالقسم الأول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى، لكونه ناشئاً عن حدس واجتهاد وتتبع الأشباه والأنظار وقياسه عليها حتّى أنّه يحكم لأجل ذلك بأنّه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

الشرح:

الأول والفرض الثانى ولا يعتبرون فى اعتبار قوله إلا الوثاقه.

وما فى صحيحه أبى ولاد الحناط من قوله عليه السلام: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل»^(١) ظاهره القسم السابق على الفرضين.

بقى فى المقام أمر وهو أن اعتبار قول أهل الخبره يختص بما إذا لم يمكن معرفه الشىء بالحس من عامه الناس ولو أمكن معرفته بالحس مع إمكان معرفته أيضاً بالحس المختص ببعض الناس فلا يدخل الشىء المزبور ممّا يعتبر فيه قول أهل الحدس كما ذكرنا تفصيل ذلك فى عدم اعتبار قول المنجم فى اخباره عن رؤيه الهلال وآخر الشهر من المكاسب المحرمه.

ص: ٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ و ٢٥ : ١٢٠ و ٣٩١، الباب ١٧ و ٧، الحديث ١.

لو تعذر معرفه القيمه

ثم لو تعذر معرفه القيمه [١] لفقد أهل الخبره أو توقّفهم ففى كفايه الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان ويحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر، لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلّا به.

مسأله: لو تعارض المقومون، فيحتمل: تقديم بينه الأقلّ [٢] للأصل؛ وبينه الأ-كثّر، لأنّها مشبهه؛ والقرعه، لأنّها لكل أمر مشتهه؛ والرجوع إلى الصلح، لتشبّث كلّ من المتبايعين بحجّه شرعيّه ظاهريّه، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كلّ منهما بالواقع؛ وتخيير الحاكم، لامتناع الجمع وفقد المرجّح.

الشرح:

[١] ولو لم يمكن تعيين قيمه الشىء صحيحا وقيمته معييا بوجه فهل يكتفى بالأرش بالأقلّ لأنه المتيقن من استحقاق المشتري على البايع، أو يكتفى بمقدار المظنون لانه يتنزل إلى الظن مع عدم التمكن من العلم.

ويحتمل ضعيفا تعيين الأكثر لأن البايع يدفع الأكثر يخرج عن عهده عيب الشىء قطعاً.

وفيه: أن المورد من موارد العلم الإجمالى بين الأقلّ والأكثر الاستقلاليين ولا مرجع فيه إلا الرجوع إلى عدم الاشتغال بالمقدار الزائد عن الأقلّ كما لا يخفى.

لو تعارض المقومون

[٢] إن كان التعارض فى أقوال المقومين بحيث يكون الرجوع اليهم من الرجوع إلى أهل الخبره فاللازم اتباع تقويم من خبرويته أقوى كما هو مقتضى السيره العقلانيه فى موارد الرجوع إلى أهل الخبره.

ومع عدم الأولويّه فى خبرويتهم يسقط اعتبار قولهم، لأنّ اعتبار قول بعضهم بلا معين، واعتبار كل فى بعض ما يقوله خارج عن مقتضى دليل الاعتبار كما هو الحال فى جميع الطرق المعتمده سواء قبل باعتبارها بخطاب لفظى أو للسيره العقلانيه الممضاه شرعا.

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم: من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان، لأنّ كلاً منهما حجّه شرعيّه، فإذا تعدّر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشره فقد قومه كلاً من نصفه بخمسه، وإذا قومه الآخر بشمانيه فقد قومه كلاً من نصفه بأربعه، فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع. وقولهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكل، فيلزم ممّا ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إلّا أنّ طرح قول كلّ منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلّه العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما رأساً، وهذا معنى قولهم: «إنّ الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما الشرح:

ولو كان التعارض في المقومين باعتبار أن قولهم يكون من بينه وشهاده العدلين فالأمر أيضاً كما تقدم ويكتفى في الأرش بمقدار الأقل اخذاً في غيره بأصالة عدم الاشتغال وليعلم أن المراد بالأقل ليس الأخذ بالبينه الداله على الأقل فانها كما ذكرنا لا تعتبر لتعارضها بالداله على الأكثر بل المراد المقدار المقطوع كما لا يخفى.

ولكن مع ذلك قد يقال في تعارض المقومين وجوه أخر:

الأول: الأخذ بالبينه الداله على الأقل لأنه المتسالم عليه ويرجع في الزائد إلى أصالة النفي.

الثاني: الأخذ بالأكثر لأنّ بينه الأقل تثبت الأقل ولا ينفي الأكثر وبينه الأكثر تثبت الأقل في ضمن الأكثر.

الثالث: القرعه في تعيين الأرش على طبق إحدى البيئتين لأنّ القرعه لكل أمر مشتبه ومنه الأرش في المقام.

الرابع: تعيين المصالحة على الأرش لأنّ كل من المتبايعين متمسك بحجّه شرعيّه ولا يمكن لاحدهما الحلف على الواقع نفيًا أو إثباتاً لعدم العلم به بل لا يجوز الحلف

ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأساً»، ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار في يد رجلين يدعيها كل منهما. بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعده من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى، لأنَّ الأخذ بأحدهما كلياً وطرح الآخر كذلك في التكليف الشرعيه الإلهيه لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه، لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإنَّ في التبعض جمعاً بين حقوق الناس ومراعاةً للجميع ولو في الجملة، ولعلَّ هذا هو السرُّ في عدم تخير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه.

الشرح:

مستنداً الى التقويم المفروض لتعارض التقويمين.

الخامس: تخير الحاكم في الحكم بالأرش بالمقدار الأقل أو الأكثر نظير تخييره في الحكم بمضمون أحد الخبرين المتعارضين أو بالحكم بأحد طرفي المحذورين لقطع المنازعه والمخاصمه.

السادس: ما ذكر المصنف رحمه الله من أنه أقوى الوجوه وعليه معظم الأصحاب (١) من العمل بالبيئتين في بعض مدلول كل منهما، كما لو ذكر مثلاً أحدهما: أن صحيح الشيء يساوى عشره وقالت الأخرى: أنه يساوى ثمانية يؤخذ قيمه صحيحه تسعه حيث يعمل في نصفه بالبينه الأولى وفي نصفه الآخر بالبينه الثانيه.

وذكر في وجه ذلك أن العمل بكل من الدليلين مهما أمكن ولو في بعض مدلولها أولى من طرح كلاهما أو أحدهما رأساً في حقوق الناس، بخلاف الأحكام الشرعيه

ص: ٢٨

١- (١) كالشيخ المفيد في المقنعه: ٥٩٧، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٨، والعلامة في القواعد ٢: ٧٥.

وقد يُستشكل ما ذكرنا: تارةً بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأنّ مرجح بينه النفي إلى عدم وصول نظرها وحدها إلى الزيادة، فبينه الإثبات المدّعيه للزيادة سليمة. وأخرى بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّنتين بمرّح، وأصالة البراءة هنا مرجّحه للبيّنة الحاكمه بالأقلّ. وثالثه بأنّ في الجمع مخالفه قطعيه وإن كان فيه موافقه قطعيه، لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلّا مخالفه احتماليه أولى منه. ويندفع الأول بأنّ المفروض أنّ بيّنة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً، وأنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفيه. ويندفع الثاني بما قرّناه في الأصول: من أنّ الأصول الظاهريه لا تصير مرجّحه للأدله الاجتهاديّه، بل تصلح مرجعاً في المسأله لو تساقط الدليلان من جهه ارتفاع ما هو مناط الدلاله فيهما لأجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل. والحاصل: أنّ بيّنة الزيادة تثبت أمراً مخالفاً للأصل، الشرح:

التي تكون من حقوق الله حيث إنّ الامتثال الاحتمالي للتكليف الواقعي في حقوق الله لا يقصر عن التبعض، بل يكون أولى منه كما في دوران الأمر بين المحذورين مع تكرر الواقعه، فأنّه لا يبعد أن يقال: الأخذ بالموافقه الاحتماليه أولى من الأخذ بأحد الاحتمالين في واقعته والأخذ بالاحتمال الآخر في واقعته أخرى لأنّ الموافقه القطعيه الملازمه للعلم بالمخالفه القطعيه لا تعتبر في الأحكام، بخلاف حقوق الناس فإنّ رعايتها في الجملة أولى من ترك بعضها رأساً.

أقول: العمل بكل من البيّتين في بعض مدلولهما مع تعارضهما في ذلك البعض أيضاً لا يخرج عن الجمع التبرعي ولا يكون داخلاً في الجمع الدلالي من غير فرق بين الأحكام الشرعيه وحقوق الناس.

وعليه فلا يعم دليل الاعتبار لا أحدهما تعييناً ولا تخيراً، فان قام في مورد دليل

ومعارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمره لفقد المرجح، فيجمع بين النفي والإثبات في النصفين. ويندفع الثالث بأن ترجيح الموافقه الاحتماليه الغير المشتمله على المخالفه القطعيه على الموافقه القطعيه المشتمله عليها إنما هو في مقام الإطاعه والمعصيه الراجعتين إلى الانقياد والتجزي، حيث إن ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأساً وإن اشتمل على إعمال الآخر، إذ ليس الحق فيهما لواحد كما في حقوق الله سبحانه. ثم إن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه، لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما، إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس، فيجب مراعاتها وإعمال أسبابها بقدر الإمكان، إذ لا ينفع توفيه حق واحد مع إهمال حق الآخر رأساً.

ثم إنّ المعروف في الجمع بين البيئات [١] الجمع بينهما في قيمتي الصحيح

الشرح:

على العمل بأحدهما كما ذكر فهو، وإلا تسقطان ويرجع إلى الأصل العملي ومع الأصل العملي لا يكون المورد من موارد القرعه فإنّ مع ظهور الحكم الشرعي في الواقعه وظاهرياً لا يكون المورد من المشتبه والمشكل كما لا يخفى.

[١] ثم إن المعروف في الجمع بين التقويمات جمع القيم الصحيحه وكذا القيم المعيبه ويؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما وكذا عن القيمتين للمعيب ويلاحظ نسبه التفاوت بين النصفين، وإن كان القيم للصحيح ثلاثه يؤخذ بثالث المجموع وبهذا يظهر ما إذا كانت القيم أزيد.

وعن السيد اليزدي (١) قدس سره أنه لا حاجة إلى تصنيف القيمتين أو تثليثهما بل يكفي

ص: ٣٠

فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، ومن الثلاث ثلثها ومن الأربع ربعها وهكذا في المعيب. ثم يلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح وبين المأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبه فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ستّه وإحدى قيمتي المعيب أربعه والأخرى اثنين، أخذ للصحيح تسعه وللمعيب ثلاثه والتفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن.

الشرح:

ملاحظه نسبه تفاوت مجموع القيم للمعيب إلى مجموع القيم للصحيح ليؤخذ الثمن المسمّى بتلك النسبه، لأنّ نسبه المجموع إلى المجموع لا تختلف عن نسبه نصف أحد المجموعين إلى نصف المجموع الآخر.

وإذا قال أحدهما: أنّ صحيحه يساوى اثني عشر ومعيبه ستّه، وقال الآخر: صحيحه يساوى ثمانية ومعيبه أربعه، فإن نسبه العشره إلى العشرين يساوى نسبه الخمسه إلى العشره.

ويمكن أن لا يلاحظ مجموع قيمتي الصحيح ومجموع قيمتي المعيب، بل يلاحظ التفاوت بين القيمتين للصحيح ويعمل بكل من التقويمين في ذلك التفاوت ولو قال أحدهما: إن الصحيحه يساوى اثني عشر، وقال الآخر: إنه يساوى ثمانية فالتفاوت وهي أربعه يؤخذ في نصفها بالتقويم الأكثر وفي نصفها الآخر بالتقويم الأقل فيكون قيمه الصحيح عشره، وكذا الحال في ناحيه قيمتي المعيب وذكر المصنف رحمه الله: لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول.

أقول: لم يعلم الاختلاف بينهما ليقال: إن الأظهر هو الوجه الأول.

وذكر الكمپاني (١) قدس سره: انه لا- تعارض في اختلاف المقومين فيما إذا لم تختلف النسبه في التفاوت بين قيمه المعيب والصحيح على كلا التقويمين كما إذا قال أحدهما:

ص: ٣١

ويحتمل الجمع بطريق آخر [١] وهو: أن يرجع إلى البيئه في مقدار التفاوت ويجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظه القيم. وهذا منسوب إلى الشهيد قدس سره على ما في الروضه. وحاصله: قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور، فإن التفاوت بين الصحيح والمعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول. وقد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ثمانية، وقيمه المعيب على الأول عشره وعلى الثاني خمسه.

الشرح:

إن صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه سته، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه أربعة، فإن النسبه في التفاوت على كل من التقويمين النصف فيؤخذ من الثمن المسمى بنصفه من غير أن يكون بين البيئتين تعارض.

وفيه: أن ما ذكر من النسبه مدلول التزامي لكل من البيئتين ومع تعارضهما في مدلولهما المطابقي لا- تصل النوبه إلى الأخذ بمدلولها الالتزامي.

[١] وقد يذكر في المقام طريق آخر للجمع بين البيئتين منسوب إلى الشهيد قدس سره في الروضه (١). وحاصله: ملاحظه النسبه في التفاوت بين القيمه المعيب إلى الصحيح في كل من التقويمين ويعمل بكلّ منهما بالاضافه إلى نصفى الثمن المسمى، كما إذا قال أحدهما: صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه سته فالنسبه في هذا التفاوت النصف، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه سته فالنسبه في هذا التفاوت هو الربع.

فالأرش على الطريق الأول خمسين من الثمن المسمى وإذا فرض أن الثمن المسمى كان عشره فالأربعه هي الأرش، وعلى الطريق المنسوب إلى الشهيد في نصف الثمن المسمى اثنين ونصف وفي نصفه الآخر واحد وربع الواحد فيكون المجموع أربعه إلا ربع الدرهم.

ص: ٣٢

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح أعنى العشره، ونصف قيمتى المعيب وهو سبعة ونصف، فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن، أعنى ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. وعلى الثانى: يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على إحدى البيئتين بالسدس وعلى الأخرى ثلاثة أثمان، وينصف المجموع أعنى ستّه ونصف من اثني عشر جزءاً ويؤخذ نصفه وهو ثلاثة وربع، وقد كان فى الأول ثلاثة.

وقد ينقص عن الأول [١] كما إذا اتّفقا على أنّ قيمه المعيب ستّه، وقال إحداهما: قيمه الصحيح ثمانيه، وقال الأخرى: عشره. فعلى الأول: يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما تسعه، ونسبته إلى الستة بالثلث. وعلى الثانى: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً وعلى الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين، فيكون ثمناً وخمساً، وهو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

الشرح:

[١] قد يكون الأرش على الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره أقلّ منه على طريق المشهور.

كما إذا قال أحدهما: إنّ صحيحه عشره، وقال الآخر: إنّ صحيحه يساوى ثمانيه مع اتّفاقهما على أنّ معيبه ستّه، فتكون القيمه المنتزعه للصحيح على طريق المشهور تسعه والتفاوت بين الستة وبينه بالثلث وإذا فرض الثمن المسمّى اثني عشر يكون ثلثه أربعة دنانير.

وأما على طريق الشهيد تكون نسبه التفاوت الستة إلى الثمانيه بالربع فيؤخذ بنصف الربع أى ثمن الثمن المسمّى المفروض الاثنى عشر فيساوى واحداً ونصفاً، ونسبه تفاوت الستة إلى العشره بخمسين فيؤخذ بنصفه وهو خمس الاثنى عشر فخمس العشره اثنان وخمس الاثنى الباقي من الثمن المسمى أربعة اعشار من اعشار

توضيح هذا المقام: أنّ الاختلاف إمّا أن يكون في الصحيح فقط مع اتّفاقهما على المعيب، وإمّا أن يكون في المعيب فقط، وإمّا أن يكون فيهما. فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً، لأنك قد عرفت أنّ الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح المجعول قيمه منتزعه، وعلى الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كلّ من القيمتين المستلزمه لملاحظه أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل، والمفروض في هذه الصورة أنّ نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقه المشهور مخالفه لنسبه نصفه إلى كل من النصفين، الشرح:

كل من الاثنين، فيكون المجموع ثلاثه دنانير وتسعه اعشار الدينار الواحد، لان الدينار يساوى خمسه اعشار من عشره دينار واحد.

وبتعبير آخر: يجمع بين الواحد والنصف وهو نصف الأرش على أحد التقويمين وبين الاثنين واربعه اعشار الواحد وهو النصف الآخر من الارش على التقويم الآخر، فيكون المجموع ثلاثه دنانير وتسعه اعشار من عشره الواحد، فينقص أرش على هذا الطريق عن طريق المشهور بنصف خمس، أى عشر واحد من عشره اعشار الدينار الواحد.

وذكر المصنف رحمه الله : أنّه إذا اختلف المقومون في قيمه صحيح الشىء مع اتّفاقهم على قيمه معيبه يختلف طريق المشهور عن طريق الشهيد دائماً، وعلّله بأن نسبة تفاوت قيمه معيب الشىء إلى صحيحه تكون متعدده على طريق الشهيد، بخلاف طريق المشهور، فان الأرش عليه نسبه واحده مأخوذه من تفاوت قيمه معيب الشىء إلى القيمه الصحيحه المنتزعه من القيمتين وهذه النسبه لا تختلف فى أجزاء القيمه المنتزعه مع تساوى الأجزاء، ويتعدّد مع عدم تساويها كما هو الحال على طريق الشهيد.

لأنَّ نسبة الكلِّ إلى الكلِّ تساوى نسبه نصفه إلى كل من نصفى ذلك الكل، وهو الأربعة والنصف فى المثال، لا إلى كل من النصفين المركَّب منهما ذلك الكل كالأربعة والخمسه، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضى المنسوب إليه كالأربعة نسبه مغايره لنسبته إلى البعض الآخر، أعنى الخمسه، وهكذا غيره من الأمثله. وإن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً، لأنَّ نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساويه لنسبه نصفه إلى نصف إحداهما ونصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتَّفقا على كون الصحيح اثنى عشر وقالت إحداهما: المعيب ثمانيه، وقالت الأخرى: سته، فإنَّ تفاوت السبعه والاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع

الشرح:

ثم ذكر قدس سره: أنه إذا كان الاختلاف فى المعيب مع الاتفاق على قيمه الصحيح فيتحد الطريقتان دائماً، وعلَّله بأنَّ نسبة قيمه الصحيح إلى نصف القيمه الحاصله من القيمتين للمعيب التى طريقه المشهور مساويه لنسبه نصف قيمه الصحيح إلى نصف إحدى القيمتين المذكورتين للمعيب ونسبه نصفه الآخر إلى نصف القيمه الأخرى من القيمتين للمعيب، كما إذا اتَّفقا على أن الصحيح الشئ يساوى اثنى عشر مع كون الثمن المسمى اثنى عشر وقال احدهما: إن معيبه ثمانيه، وقال الآخر: إنه سته، فانه على المشهور يؤخذ للمعيب قيمه منتزعه وهو سبعه، والتفاوت بين السبعه واثنى عشر خمسه، وهذا يساوى مع تفاوت ثلاثه مع سته تفاوت أربعة مع سته.

أقول: ما ذكر قدس سره وإن كان صحيحاً لا- يختلف الطريقتان مع الاتفاق على القيمه للصحيح، إلا- أنَّ الوجه الذى ذكره لاختلاف الطريقتين فيما إذا كان الاختلاف فى قيمه الصحيح مع اتفاقهما على قيمه المعيب يجرى فى هذا الفرض أيضاً.

والظاهر أنَّ الوجه فى اختلاف الطريقتين مع الاختلاف فى قيمه الصحيح

المتعين هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه

تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر والستّه مع الاثنى عشر، لأنّ نسبة الأولين بالثلث والآخرين بالنصف ونصفهما السدس والرابع، وهذا بعينه تفاوت السبعة والاثنى عشر. وإن اختلفا فى الصحيح والمعيب، فإن اتّحدت النسبه بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين فيتّحد الطريقان دائماً، كما إذا قوّمه إحداهما صحيحاً باثنى عشر ومعيباً بستّه، وقوّمه الأخرى صحيحاً بستّه ومعيباً بثلاثه، فإنّ نصف الصحيحين أعنى التسعه تفاوته مع نصف مجموع المعيين وهو الأربعة ونصف عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستّه والستّه مع الثلاثه.

والحاصل: أنّ كل صحيح ضِعْفُ المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضِعْفُ نصف المعيين. وإن اختلفت النسبه، فقد يختلف الطريقان وقد يتّحدان، وقد تقدّم مثالهما فى أول المسأله.

ثمّ إنّ الاظهر بل المتعين هو الطريق الثانى [١] المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفقاً

الشّرح:

والاتّفاق على المعيب الاختلاف فى العدد الاكبر وعدم اختلاف الطريقين عند الاختلاف فى معيب الشىء الاتّفاق على العدد الاكبر.

وذكر قدس سره: أنّه إذا كان الاختلاف بين المقومين فى قيمه الشىء صحيحاً ومعيباً إن اتّحد نسبه قيمه معيب الشىء إلى قيمه صحيحه فى كل تقويم مع نسبتها فى التقويم الآخر فلا يختلف الطريقان، وإن لم يتّحدا فقد يتّحد الطريقان وقد يختلفان.

أقول: مع عدم اتحاد نسبه التفاوت فى أحد التقويمين مع النسبه فى التقويم الآخر يختلف الطريقان لا محاله ولم يتقدم منه قدس سره مثال ما إذا اختلفت النسبتان وتّحد نتيجه الطريقين فتأمل جيداً.

[١] ذكر قدس سره: أنّ المتعين من الطريقين المنسوب إلى المشهور والمنسوب إلى الشهيد هو الثانى سواء كان المدرك للعمل بالبيئتين أولويّه الجمع بينهما فى العمل، بأن

للمحكى عن إيضاح النافع، حيث ذكر أنّ طريق المشهور ليس بجيد، ولم يذكر وجهه. ويمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجىء. ووجه تعين هذا الطريق: أنّ أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبه المتوسّطه من النسبتين على الطريق الثانى، إمّا للجمع بين البيئتين بإعمال كلّ منهما فى نصف العين كما ذكرنا، وإمّا لأجل أنّ ذلك توسّط بينهما لأجل الجمع بين الحقيقتين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا وإثباتًا على النهج الذى ذكرناه أخيراً فى الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعى ولم تكن هنا بيّنه تشهد لأحدهما بالاختصاص، بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود. فعلى الأوّل فاللازم وإن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب كما فعله المشهور بأن يجمع الاثنا عشر والثمانيه المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدّم، ويؤخذ نصف أحدهما الشرح:

يعمل بكل من البيئتين فى نصف المبيع أو كان العمل بكل منهما للجمع بين حقّى الباع والمشتري، نظير ما يذكر من تنصيف الدرهم فى مسأله ما إذا أودع عنده أحد درهمين والآخر درهما وتلف أحد الدراهم، فإن الدرهم من الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين والآخر ينصف بينهما ليذهب من كل منهما نصف درهم.

والوجه فى تعين الطريق الثانى بناءً على أولويّه الجمع أنّ مقتضى الجمع وإن كان تعيين قيمه نصف الشىء صحيحاً ومعيباً على طبق أحد البيئتين وتعيين قيمه أخرى لنصفه الآخر على طبق البيئه الأخرى فيكون قيمه الشىء صحيحاً ومجموع قيمتى النصفين صحيحاً ومجموع قيمتى النصفين معيباً.

وإذا قال أحدهما: إنّ صحيحه يساوى اثنى عشر ومعيبه عشره، وقال الآخر: إنّ صحيحه يساوى ثمانيه ومعيبه خمسّه يكون قيمه نصفه صحيحاً سته ونصفه بالاربعه،

قيمه نصف المبيع صحيحاً، ونصف الأخرى قيمه للنصف الآخر منه، ولازم ذلك كون تمامه بعشره، ويجمع قيمتا المعيب أعنى العشره والخمسه ويؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما، ولازم ذلك كون تمام المبيع بسبعه ونصف، إلا أنه لا ينبغي ملاحظه نسبه المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشره إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة ونصفاً كما نسب إلى المشهور، لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمه تغاير قيمه النصف الآخر وجب ملاحظه التفاوت بالنسبه إلى كل من النصفين صحيحاً ومعيباً وأخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيبه. فالعشره ليست قيمه لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم، بستّه ونصفه الآخر بأربعه، وكذا السبعه ونصف ليست قيمه لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسه ونصفه الآخر باثنين ونصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشره والسبعه ونصف، بل لا بد من

الشرح:

فيكون المجموع عشره وقيمه نصفه معيباً خمسه وقيمه نصفه الآخر باثنين ونصف فيكون المجموع سبعة ونصف، إلا أنه لا موجب لملاحظه النسبه بين سبعة ونصف وعشره بل يعتبر ملاحظه النسبه في نصف الشيء بإحدى البيئتين وفي نصفه الآخر بالأخرى ليعمل بهما في نصفى الشيء.

لا يقال: يشبه ما نحن فيه بما إذا بيع الشئان المختلفان قيمه بصفقه واحده كما إذا باع العبد والأمه باثنى عشر درهما وظهر كل من العبد والأمه معيباً وكان قيمه العبد صحيحاً أربعه ومعيباً باثنين ونصف والأمه تساوى صحيحه ستة ومعيبه بالخمسه فانه لا شبهه في أنه تلاحظ النسبه في الفرض بين العشره التى قيمه منتزعه لمجموع صحيح العبد والأمه وبين السبعه والنصف التى قيمه لمجموعها معيين، فيكون التفاوت ربعاً فيؤخذ من الثمن المسمى ربعه أى ثلاثه دنانير.

ص: ٣٨

أخذ تفاوت ما بين الأربعة والاثنين ونصف لنصف منه، وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم: أن حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين في قيمته صحيحاً ومعيباً، بأن اشترى عبداً وجاريه باثني عشر فظهوراً معينين، والعبد يسوى أربعة صحيحاً واثنين ونصف معيباً، والجاريه يسوى ستة صحيحه وخمسه معيبه، فإنه لا شك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظه مجموع قيمتي الصفقه صحيحه ومعيبه أعنى العشره والسبعه ونصف وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن، وهو ثلاثه إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه. مدفوع: بأن الثمن في المثال لما كان موزعاً على العبد والجاريه بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرساً فقد أخذ للعبد ثلاثه أثمان قيمته وللجاريه سدسه كما هو الطريق المختار، لأنه أخذ من مقابل الجاريه أعنى سبعة وخمساً سدسه وهو واحد وخمس، ومن مقابل العبد أعنى أربعة وأربعة أخماس ثلاثه أثمان وهو واحد وأربعة أخماس،

الشرح:

فانه يقال: إذا اشترى الأمه والعبد باثني عشر درهما فقد اشترى كلاً منهما بثمان يخالف الآخر ويقسط ذلك الثمن على كل من العبد والأمه بحسب قيمه كل منهما.

وبتعبير آخر: كما يقسط الثمن الواحد على الشئيين بحسب قيمه كل منهما فيما احتيج إلى التقسيط، كما إذا ظهر أحدهما ملك الغير أو لغير ذلك كذلك الأرش يقسط عليهما بحسب قيمه كل منهما، فيقسط ربع الثمن أي ثلثه دنانير على كل من العبد والأمه حيث إن ما يقع بازاء الجاريه من الاثني عشر سبعة وخمس وما يقع بازاء العبد والأمه أربعة أخماس والسدس من ربع الثمن المسمى أرش للجاريه أي واحد وخمس والباقي من ثلاثه دنانير وهو دينار وأربعة أخماس أرش للعبد وهو ثلاثه أثمان قيمته كما لا يخفى.

ص: ٣٩

فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس وثلاثة أثمان. بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المبدول في مقابل كلّ من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد، وهو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية والعبد في المثال المفروض بثمان مساو للآخر، بأن اشترى كلّاً منهما بنصف الاثنى عشر في عقد واحد أو عقدين، فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر، بل المتعيّن حينئذٍ أن يؤخذ من ستّة الجارية سدس، ومن ستّة العبد اثنان وربع، فيصير مجموع الأرش ثلاثة وربعاً، وهو المأخوذ في المثال المتقدّم على الطريق الثاني.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبه بين الصحيح والمعيب وإن لم يذكروا القيم. هذا كلّه إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى إلى العمل بكلّ من البيّنتين في جزء من المبيع. أمّا إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقّين، بأن تنزّل القيمة الزائده وترفع الناقصه على حد سواء، فالمتعيّن هو الطريق الثاني أيضاً [١] سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبه بين الصحيح والمعيب. أمّا إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلاّنه إذا شهدت إحداهما بأنّ التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثني عشر، الشرح:

وهذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ الثمن المسمّى المبدول بازاء الشىء كان بنسبه واحده بالاضافه إلى نصفى الشىء، وإذا أريد العمل بإحدى البيّنتين في نصف ذلك الشىء وبالأخرى في نصفه الآخر فلا بد من تعيين الأرش نصفين بنسبتين.

[١] وحاصله: أنّه لو كانت البيّنتان مختلفتين سواء كان مفادهما المطابقي بيان تلك النسبه أو تعيين القيمة لصحيحه ومعيبه يكون الجمع بين حقى البايع والمشتري هو الأخذ بالنسبتين بالاضافه إلى نصف الثمن المسمى وبالبيّنه الأخرى في نصفه الآخر ويحصل للأرش نسبه تكون متوسطه بين النسبه الزائده والناقصه، كما إذا شهدت

وشهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان وهو الثلاثة من ثمانية، زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان صار كل واحد سدساً ونصف سدس وثمانه، وهو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقاً. وإن شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقيين في هذا المقام تعديل قيمتي كل من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمه نسبتته إلى المعيب دون نسبة قيمه الزائده وفوق نسبة الناقصه، فيؤخذ من الاثنى عشر والعشر ومن الثمانية والخمسه قيمتان للصحيح والمعيب نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس ونصف سدس وثمان سدس.

الشرح:

إحداهما: بأن التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب بالسدس، فالأرش على هذه النسبه من الثمن المسمى المفروض كونه اثني عشر اثنان، وشهدت الأخرى: بأن التفاوت بينهما بثلاثة اثمان، فالأرش على هذه النسبه أربعة ونصف، فيؤخذ من كل الأرشين نصفه ويجمع فيكون ثلاثة وربع، فيكون الأرش سدس الثمن المسمى ونصفه وثمان السدس ونصفه وثمان السدس، حيث إن السدس من الثمن المسمى اثنان ونصفه واحد وثمانه أى ثمن الاثنى عشر يكون ربع الواحد.

ولو شهدت إحدى البيئتين: أن صحيحه اثنا عشر ومعيبه عشره، وشهدت الأخرى: أن صحيحه ثمانية ومعيبه خمسة فلا بد من جعل قيمه لصحيحه تكون متوسطه بالاضافه إلى نسبة قيمه الشئء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها إحدى البيئتين، وبالاضافه إلى نسبة أخرى في قيمه الشئء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها البيئه الأخرى.

أقول: لا- ينبغى الريب في أن كلاً من الطريق المنسوب إلى المشهور والطريق المنسوب إلى الشهيد خروج عن الاصل، وفيهما جمع بين الحقيين أى لحاظهما.

ومن هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني، بأن يريدوا من «أوسط القيم المتعدده للصحيح والمعيب» القيمة المتوسطه بين القيم لكل منهما من حيث نسبتها إلى قيمه الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمه متوسطه من حيث نسبه إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح والفاسد. وليس في كلام الأكثر أنه تجمع قيم الصحيح وتنتزع منها قيمه وكذلك قيم المعيب ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى. قال في المقنعه: فإن اختلف أهل الخبره عمل على أوسط القيم ونحوه في النهايه. وفي الشرائع عمل على الأوسط.

الشرح:

ولا- ينبغي التأمّل أيضا في أنّ الطريق الثاني أكثر جمعا بينهما حيث إنّ المألوف في مقامات الاختلاف في الدعاوى الماليه المرده بين الأقل والأكثر أن يلاحظ ما به التفاوت ويؤخذ بنصفه في مقام المصالحه، إلا أنّ الكلام في تعيين ذلك في المقام وسائر المقامات التي تشبه المقام.

والأظهر عدم تعيين ذلك وأن للبايع الاقتصار بالأرش الأقل حتى يثبت الأكثر ولذا لو تردّد الدين بين الأقل والأكثر فلا يلزم المديون بغير الأقل، إلا أن يثبت بطريق معتبر الأكثر.

ولو كان الجمع بين الحقيين في المقام متعينا لتعين في مسأله الدين المررد بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.

وقد تقدّم أيضا أن دليل اعتبار أى طريق ومنه ما دل على اعتبار البيئه لا- يعم صورته التعارض سواء كان التعارض في تمام المدلول أو في بعضه، كما إذا ذكر كل بينه لصحيح الشىء قيمه ولمعيه أخرى سواء فرع على ذلك نسبه الأرش أم لا، أو ذكر كل بينه للأرش نسبه من غير تعرض لقيمه صحيح الشىء ومعيبه، بحيث تكون النسبه في

ص: ٤٢

فى معنى الشرط

وبالجملة، فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد.

الشرط يطلق فى العرف على معينين [١]:

الشرح:

إحدهما غير النسبة فى الأخرى، وإلا لم يكن بينهما تعارض أصلاً فتدبر جيداً.

[١] ذكر قدس سره: أن الشرط يطلق على معينين لغه:

أحدهما: معناه المصدرى أى الإلزام والالتزام بأمر ويكون الإلزام من المشروط له والالتزام من المشروط عليه، وذكر فى القاموس (١) كون الإلزام والالتزام فى البيع ونحوه، وظاهره عدم إطلاق الشرط حقيقه أو عدم صحته على الإلزام والالتزام الابتدائين.

ولكن لا- يمكن الالتزام بعدم صحه الإطلاق، حيث إن إطلاقه فى الأخبار على الإلزام الابتدائى أو الالتزام كذلك شايع، كما يفصح عن ذلك ما ورد فى حكاية بيع بريره من قوله صلى الله عليه وآله: «قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» (٢)، حيث إن المراد من شرط الله حكمه فلا يثبت ذلك الولاء لغير المعتق كالبايع ولو بالاشتراط فى بيع العبد.

وقوله عليه السلام فى الرد على مشرط عدم التزوج بامرأه أخرى فى النكاح إن «شرط الله قبل شرطكم» (٣)، حيث إن المراد بشرط الله تجويز التزوج بامرأه أخرى متعه مطلقاً

ص: ٤٣

١- (١) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨، مادّه «شرط».

٢- (٢) سنن البيهقى ١٠: ٢٩٥، وكنز العمال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥، وأورد بعضه فى الوسائل ٢٣: ٦٤ ٦٥، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

أحدهما: المعنى الحدتي، وهو بهذا المعنى مصدر «شَرَطَ» فهو شرط للأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه.

وفى القاموس: «أنه إلزام الشيء والتزامه فى البيع وغيره»، وظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازاً أو غير صحيح.

الشرح:

ودواما إلى أربع.

وفى صحيحه عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه وشرط لها إن هو تزوج عليها إمرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريره فهى طالق، ففضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فان شاء وفى لها بالشرط» الحديث(١).

وما فى بعض روايات خيار الحيوان «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه ايام»(٢) وفى غيره «إلى ان يتفرقا»(٣)، فإن كلاً من خيارى الحيوان والمجلس تأسيسى من الشارع فيدخل فى حكمه.

وقد أطلق الشرط على النذر والعهد والوعد فى بعض أخبار الشرط فى النكاح وفى صحيحه منصور بن بزرغ أو موثقته عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: رجلاً من مواليك تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فابت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له فى التزوج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(٤).

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٥ ، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١١ ، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

٣- (٣) أنظر وسائل الشيعه ١٨ : ٥ و ٨ و ١٠ ، الباب ١ و ٢ و ٣ من أبواب الخيار.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيراً مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريره: إن «قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» وقول امير المؤمنين عليه السلام في الرد على مشرط عدم التزوج بامرأه أخرى في النكاح: إن «شرط الله قبل شرطكم». وقوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشترى. قلت: وفي غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» وقد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح، وقد اعترف في الحدائق: بأن إطلاق الشرح:

وقد ذكر في الحدائق: (١) أن إطلاق الشرط على البيع في الأخبار كثير.

والحاصل: أنه لا شبهه في استعمال الشرط في الحكم والالتزام الابتدائي ولا يبعد كونه حقيقة بأن يكون المعنى الظاهر من الشرط هو الإلزام والالتزام سواء كان في ضمن عقد أو كان ابتدائياً فإن أولوية الاشتراك المعنوي على المجاز يقتضى ذلك، ولا يتبادر من قوله شرط فلان على نفسه كذا إلا الالتزام على نفسه ولو كان ابتدائياً، ولذا استدل عليه السلام بالنبوي المزبور «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم الوفاء بالنذر والعهد عند إرادته نكاح المرأة.

ولا حجة فيما ذكر القاموس على انحصار الشرط بما كان في ضمن عقد لتفرده بذلك، ولعله لم يلتفت إلى الاستعمالات المشار إليها وإلا ذكرها ولو مع الإشارة إلى مجازيتها.

وقد يتجاوز الشرط بالمعنى المصدرى ويراد منه المشروط كالخلق المراد به المخلوق ولذا يحمل الشرط على الأمر المتعلق به الإلزام والالتزام.

أقول: ما ذكر قدس سره من أولوية الاشتراك المعنوي عن المجاز ثبت في محله أن مثل

ص: ٤٥

الشرط على البيع كثير في الأخبار. وأمّا دعوى كونه مجازاً فيدفعها مضافاً الى أولويّه الاشتراك المعنوي وإلى أنّ المتبادر من قوله: «شَرَطَ على نفسه كذا» ليس إلّا مجرد الإلزام استدلال الإمام عليه السلام بالنبوي: «المؤمنون عند شروطهم» فيما تقدّم من الخبر الذي أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد. ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرّده به. ولعله لم يلتفت الى الاستعمالات التي ذكرناها وإلّا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها.

ثمّ قد يتجوّز في لفظ «الشرط» بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه.

الشرح:

هذه الأمور الاستحسانية لا يثبت اللغه، وانه لا يتبادر من قوله شرط «فلان على نفسه كذا» غير الالتزام بذلك الأمر ولو ابتداءً فهذا غير ثابت حيث إنّ سعه معنى الشرط وشموله الإلزام والالتزام الابتدائيين غير ظاهر، والعنايه والمجاز في الاستعمال خارج عن مورد الكلام.

مع أنّ استعمال الشرط في قضيه حكاية بريره كذا في قول على عليه السلام لمشترط عدم التزوّج على إمراه أخرى من قبيل المعامله والاطلاق بالمشاكله نظير قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ»^(١) وقوله عليه السلام «لا تنقض اليقين بالشك... ولكنّه تنقض الشك باليقين»^(٢) إلى غير ذلك.

وعلى الجملة: إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي بحيث يكون الوعد للغير داخلاً في عموم قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم» غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه،

ص: ٤٤

١- (١) سورة البقره: الآيه ١٩٤.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢١٦ ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاه، الحديث ٣.

ثانيهما: ما يلزم من عدمه العدم [١] من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً لأحد، واشتقاق «المشروط» منه ليس على الأصل كـ «الشارط»، ولذا ليسا بمتضايقين في الفعل والانفعال بل «الشارط» هو الجاعل و«المشروط» هو ما جعل له الشرط كـ «المسبب» بالكسر والفتح المشتقين من «السبب». فعلم من ذلك: أن «الشرط» في المعنيين نظير «الأمر» بمعنى المصدر وبمعنى «الشيء» وأما استعماله في ألسنه النحاء على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من الشرح:

ولذا لم يرد في شيء من الأخبار الواردة في الأمر بالعمل بالوعد أو العهد التعليل بالعموم المزبور، نعم علل الأمر في بعضها بالأمر بالوفاء بالعقود وبقوله سبحانه «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (١) فراجع.

ثم إنه بعد البناء على أنه يعتبر في الشرط تحقّقه في ضمن معاملة يقع الكلام في أن ارتباطه بالمعاملة بمجرد الظرفية كما هو ظاهر القاموس أو أنه نحو آخر نتعرض لذلك عن قريب إنشاء الله تعالى.

ويظهر من المصنف في الأمر الأول من شروط صحه الشرط أن ارتباط الشرط بالمعاملة تعليق التراضي بها على حصول المشروط خارجاً.

وفيه ما تقدم من أن التراضي في المعاملة ليس بمعنى طيب النفس، وعلى تقديره فالتعليق يوجب بطلان المعاملة مع تخلف الشرط أو مطلقاً.

[١] وهذا هو المعنى الثاني من المعنيين العرفيين للفظ الشرط عنده قدس سره، وما يلزم من عدمه العدم يعم كل دخيل في حصول الشيء بحيث لولاه لم يكن ذلك الشيء فيدخل فيه السبب والمقتضى والشرط ومثل الوضوء واستقبال القبلة إلى غير ذلك.

ص: ٤٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٢: ١٦٥، الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣. والآية ٢ من سورة الصف.

إفاده تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثانى، كما أنّ استعماله فى ألسنه أهل المعقول والأصول فى «ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود» مأخوذ من ذلك المعنى، إلاّ أنّه أضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلاً للسبب. فقد تلخّص مِمّا ذكرنا: أنّ للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين لا- يحمل عليهما الإطلاقات العرفيه، بل هى مردّده بين الأوليين فإن قامت قرينه على إرادته المصدر تعيّن الأوّل أو على إرادته الجامد تعيّن الثانى وإلاّ حصل الإجمال.

الشرح:

وذكر قدس سره أنّ الشرط بهذا المعنى اسم جامد لا يشتق منه شىء بالأصل أى إذا لم يؤول الشرط بهذا المعنى إلى معنى حدثى نعم لو أوّل إلى معنى حدثى كجعل الشىء بحيث لا يحصل الشىء الآخر بدونه فيقال للجاعل: الشارط وللشىء الآخر كالصلاه بالإضافه إلى الوضوء والاستقبال ونحوهما: المشروط وهذا الإطلاق ليس بنحو التضاييف فى الفعل والانفعال، وإلاّ فلا بدّ من إطلاق الشارط على الجاعل والمشروط على مجعوله أى نفس الوضوء أو الحكم المتعلق بالصلاه المتقيده بالوضوء وغيره.

وبتعبير آخر: الشرط بهذا المعنى كالسبب اسم جامد، واشتقاق الشارط والمشروط منه كاشتقاق المسبب بالكسر والفتح من لفظ السبب حيث يطلق المسبب بالكسر على جاعل السبب كما فى الدعاء: «يا مسبب الأسباب»^(١) والمسبب بالفتح يطلق على الحاصل من السبب.

وهذا الإطلاق أيضا ليس بنحو التضاييف فلا يكون اشتقاقا على الأصل لأن المسبب بالكسر جاعل السببيه للشىء فيكون المسبب بالفتح على التضاييف نفس السبب لا الأمر الحاصل عن السبب.

ص: ٤٨

١- (١) وردت فى كثير من كتب الأدعيه منها المجتبي من دعاء المجتبي: ١١١ .

وظهر أيضاً أنّ المراد بـ«الشرط» في قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» هو الشرط باعتبار كونه مصدرًا، إمّا مستعملًا في معناه أعنى إلزاماتهم على أنفسهم وإمّا مستعملًا بمعنى ملتزماتهم، وإمّا بمعنى جعل الشيء شرطًا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر، وسيجيء الكلام في ذلك.

الشرح:

وقد تحصل: أنّ الشرط له معنيان: إحداهما: الحدثى، وثانيهما: معنى الاسم الجامد، نظير ما يقال من أنّ لفظ أمر معناه الطلب ومعناه الآخر الشيء.

واما إطلاق الشرط في اصطلاح علماء الادب على الجملة التي تقع تلوأده الشرط فهو مأخوذ من المعنى الثانى أى ما يلزم من عدمه العدم، كما أن ما يطلق عليه الشرط في اصطلاح أهل المعقول مأخوذ من هذا المعنى غايه الأمر أضيف إليه قيود ليمتاز الشرط عن السبب والمانع باصطلاحهم، فيكون كل من الاصطلاحين من نقل اللفظ عن معناه العام إلى بعض أفراده.

ولا- يحمل الشرط في الاستعمالات العرفيه إلا- على أحد الأولين، فان كان في البين قرينه على تعيين أحدهما فهو وإلا يكون الخطاب مجملًا.

أقول: الظاهر أنّ الشرط يطلق على الالتزام بالعمل أو ثبوت الحق لكن لا- مطلقا بل فيما كان داخلاً في التزام معاملى، وإذا قال «بعت مالى بكذا واشترطت عليه خياطه ثوبى» فظاهره إدخال التزام الطرف بخياطه ثوبه فى البيع، والإدخال ليس بمعنى الظرفيه كما هو ظاهر القاموس بل بنحو تعليق نفس الالتزام المعاملى على التزام الطرف بذلك العمل أو ثبوت الحق، وقد تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى باب شرط الخيار.

واما الإلزام فهو خارج عن معنى الشرط، بل جوازه امر مترتب على صحه الشرط فى المعامله ونفوذه حيث يكون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعايه الحق كما لا يخفى.

وأما الشرط في قوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيّام للمشتري قلت: وما الشرط في غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا». وقوله: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أو لم يشترط» فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع وألزمه على المتبايعين أو أحدهما: من التسلط على الفسخ فيكون مصدراً بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، ويحتمل أن يراد به الحكم الشرعي المقرّر وهو ثبوت الخيار، وعلى كلّ تقدير ففي الإخبار عنه حينئذٍ بقوله: «ثلاثة أيّام» مسامحة. نعم، في بعض الأخبار: «في الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيّام» ولا يخفى توقّفه على التوجيه.

الشرح:

ولا ريب في أنّ المراد من قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم» هذا المعنى بقرينه تطبيقه في بعض الروايات على الشرط في المعاملة حتى في روايه منصور بن برزج حيث ذكر فيها ما يدل على أنّ المراد الالتزام بالعمل وإعطاء هذا الالتزام للمرأة في نكاحها، ولذا ذكر سلام الله عليه فيها «فليف للمرأة بشرطها».

وأما الشرط بالمعنى الآخر الذى ذكره أى ما يلزم من عدمه عدم شىء آخر فلم يظهر أن هذا معناه لغه، والشاهد صدق الشرط على موارد قيام البدل سواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً.

ولا يبعد أن يكون معنى الشرط لغه الدخيل فى حصول شىء آخر سواء كانت دخالته جعليه كما فى قيود الأمور به أو الموضوع أو نفس الحكم أو كانت واقعیه.

وبهذا الاعتبار يطلق الشرط على الجملة الواقعه فى تلوأداه الشرط وما هو من أجزاء العله التامه للشىء عند أهل المعقول.

ص: ٥٠

الأول: أن يكون الشرط مقدوراً

مسأله: فى شروط صحه الشرط، وهى أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

الأول: أن يكون داخلاً تحت قدره المكلف [١] فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفه لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفاً بها، مثل صيروره الزرع سنبلًا وكون الأمه والدابه تحمل فى المستقبل أو تلد كذا، أو كان عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا كما مثل به فى القواعد. لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا، والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه يعتبر فى نفوذ الشرط وصحته كونه أى المشروط مقدورا للمشروط عليه بأن يمكن له تسليم المشروط إلى المشروط له سواء كان الشرط غير المقدور صفه فى أحد العوضين، والمراد بالصفه الأمر الاستقبالى فى ذلك العوض، كما إذا قال «بعت هذه الدابه على أن تحمل مستقبلاً أو هذه الأمه على أن تلد مستقبلاً ذكراً» أو كان المشروط عملاً أى فعلاً لا يتمكن منه المشروط عليه كما إذا قال «بعتك هذا الزرع على أن يجعل سنبلًا أو بعت البسر على أن يجعل تمرًا».

وقد مثل بما ذكر لشرط العمل غير المقدور فى القواعد (١)، والظاهر أنه أراد أن يجعل الله الزرع أو البسر سنبلًا أو زرعاً، فإن صدور مثل هذه الأفعال عن المشروط عليه ممتنع لا يشترط على المشروط عليه فى بناء العقلاء.

ويبعد من الفقهاء أن يتعزّضوا لأمر خارج فى المعاملات عن بناء العقلاء، بخلاف ما إذا اشترط فى المعامله فعل الغير فان تعليق التراضى بالمعامله على حصول فعل الغير يقع من العقلاء.

وعلى الجملة: لا- يحتمل أن يكون مراد العلامه وغيره ممن ذكر هذا الاعتبار الاحتراز عن مثل شرط اجتماع الضدين أو ارتفاع النقيضين، ولذا لم يذكروا هذا

ص: ٥١

غير العاقد ممّا لا- يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه، لا- عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأنّ الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادةً ممّا لا يرتكبه العقلاء والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدّين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء. والإتيان بالقيّد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرّضوا لمثل ذلك في باب الإجاره والجعله، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يغنى عن اشتراط القدره.

نعم، اشتراط تحقّق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل وارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به وواقعاً عليه أمر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم، بل أولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحقّقه ككون العبد كاتباً أو الحيوان حاملاً، والغرض الاحتراز عن ذلك.

الشرح:

الاشتراط في بابي الإجاره والجعله ويغنى عن هذا الاشتراط اشتراط جواز المشروط وإباحته، بل المراد كما ذكرنا الاحتراز عن اشتراط فعل الغير، فان اشتراط فعل الغير أولى من اشتراط الوصف الحالى في المبيع، فان الوصف المزبور خارج عن قدره البايع حيث لا- يمكن تحصيله إن لم يكم حاصلًا، بخلاف فعل الغير يمكن أن يتوصل إلى حصوله بالاستدعاء وغيره، فيكون قوله «بعت الزرع على أن يجعل سنبلًا» ظاهراً في اشتراط أن يجعله الله سنبلًا.

نعم يحتمل أن يكون المراد جعل البايع فتكون كناية عن إيجاد مقدماته الاعداديه من سقيه ونزع الحشيش من حوله كما يظهر ذلك مما ذكره في الشرايع (1) وعلى ذلك فيدخل في الشرط المقذور كما لا يخفى.

ص: ٥٢

ويدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ب«بلوغ الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا» أول «صيورتها كذلك» وتمثيلهم لغير المقدور ب«انعقاد الثمره وإيناعها» و«حمل الدابته فيما بعد» و«وضع الحامل في وقت كذا» وغير ذلك.

وقال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره: من منافع البائع دون غيره ك«جعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا». قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد: إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل، لا متناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى.

لكن قال في الشرائع: ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا والرطب على أن يجعله تمرًا، انتهى. ونحوها عبارته التذكرة. لكن لا بد من إرجاعها الى ما ذكر إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام والالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا- أن يراد أعمال مقدمات الجعل على وجه توصل اليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

وكيف كان: فالوجه في اشتراط الشرط المذكور [١] مضافاً الى عدم الخلاف

الشرح:

أقول: قد تقدم أن الشرط في المعاملات أخذ الالتزام وإعطائه بنحو ما ذكرنا والالتزام لا يتعلق إلا بفعل النفس، فإن غيره غير مقدور للملتزم.

وعليه فلو كان الشرط بمعنى المشروط فعلاً فلا بد من كونه مقدورا للمشروط عليه وإن كان وصفا سواء كان حالياً أو استقبالياً، فلا معنى لاشتراطه إلا الالتزام بثبوت حق الخيار لصاحبه على تقدير عدم ذلك الوصف فإن الخيار لكونه حقاً يكفي في ثبوته نفس الاشتراط لا يكون من شرط غير المقدور.

[١] استدلل قدس سره على اعتبار كون الشرط مقدورا للمشروط عليه مع عدم الخلاف فيه بانه مع عدم كونه مقدورا لا يتمكن من تسليم الشرط فيما كان فعلاً كما لا يتمكن

فيه عدم القدره على تسليمه، بل ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به، لأنَّ تحقّق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ولا يناط بإرادته المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد، لا ارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه، ولذا نفى الخلاف في الغنيه عن بطلان العقد باشتراك هذا الشرط استناداً إلى عدم القدره على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسأله. ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحقيقه في المبيع، كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً للفرق بينهما بعد الاجماع: بأنّ التزام وجود الصفه في الحال بناء على وجود الوصف الحالى ولو لم يعلم به فاشتراط كتابه العبد المعين الخارجى بمنزله توصيفه بها، وبهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقّق في المستقبل، فإنّ الارتباط به لا يدلّ على البناء على تحقيقه. وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط أن تكون الأمه تحمل في المستقبل، لأنّه غرر. خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضى

الشرح:

من تسليم المبيع مع الوصف فيما كان المشروط الوصف فيه قبل قبضه من المشتري لان حصول الشرط أو الوصف المزبور بضرب من الاتفاق فلا يناط باراده المشروط عليه، فيكون البيع غررياً لارتباط العقد بما لا وثوق لحصوله.

لا- يقال: ما ذكر من كون حصول الوصف بضرب من الاتفاق ولا يناط باراده المشروط عليه يجرى في اشتراط الوصف الحالى أيضاً مع أنه لا ينبغي الريب في جواز اشتراط الوصف الحالى في المبيع كاشتراط كون العبد كاتباً فعلاً أو الدابه حاملاً كذلك.

فانه يقال: بالفرق بينهما للاجماع على جواز الثانى دون الاول، وبأنّ اشتراط الوصف الحالى مبنى على وجود الوصف حال البيع، فيكون من اخبار البايع بوصف المبيع وان لم يكن وجوده معلوما بالوجدان للبايع المخبر فضلاً عن المشتري، حيث

ص: ٥٤

فحكماً بلزوم العقد مع تحقق الحمل، ويجوز الفسخ إذا لم يتحقق، وظاهرهما كما استفاده في الدروس تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسأله اعتبار القدره في صحه الشرط. ويمكن توجيه فتوى الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفه حالتيه موجه للحمل فعدمه كاشف عن فقدها. وهذا الشرط وإن كان للتأمل في صحته مجال إلا أن إرادته هذا المعنى يُخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدره عن الخلاف. ثم إن عدم القدره على الشرط: تاره لعدم مدخليته فيه أصلاً كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، وأخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركب، فإن أراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور، إلا أن العلامه قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتُمل ثبوت الخيار بين الفسخ والإمضاء والعدم إذ تقديره: بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

الشرح:

يكفى في توصيف المبيع بالوصف كونه مقتضى الأصل أو موثوقاً حصوله، بخلاف اشتراط الوصف الاستقبالي فإنه لا يبتنى على وجود الوصف فيكون البيع معه غريباً.

ثم ذكر أنه يظهر من الشيخ قدس سره والقاضى رحمه الله جواز اشتراط الوصف الاستقبالي وأنه لو تحقق الامر الاستقبالي كحمل الدابه فالبيع لازم وإن لم يحصل يثبت للمشتري الخيار، فيكون اشتراط القدره على الشرط مورد الخلاف إلا أن يكون مرادهما من اشتراط كون الدابه تحمل مستقبلاً اشتراط أمر حالى فى الدابه فلا- يكون معه اشتراط القدره فى الشرط محل الخلاف.

أقول: قد تقدم أن اشتراط وصف فى أحد العوضين حالاً- أو استقبالاً مرجعه إلى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه الوصف ومع الخيار لا يثبت للبيع لزوم، فلا معنى لكون

ص: ٥٥

ولا- اعرف وجهاً للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادته اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط، وعلى تقدير إرادته اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان إلا- أن يحمل على صورته الوثوق بالاشتراء فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزله تعدد الشرط، وعليه يحمل قوله في التذكرة: ولو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهده فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

ومن أفراد غير المقذور: ما لو شرط حصول غايه متوقفه شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأه زوجة أو الزوجه مطلقه من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب. أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفى في تحققة نفس الاشتراط فلا إشكال ولو شك في حصوله بنفس الاشتراط كملكه عين خاصه فسيأتى الكلام فيه في حكم الشرط.

الشرح:

البيع مع شرط الوصف غريباً لأن الغرر هي الجهالة في نفس البيع لا في حكمه من اللزوم والجواز، والمفروض ان البيع لا جهاله فيه وان المعاوضه قد حصلت بين العين والثلث سواء كانت العين على الوصف أو على خلافه.

وبتعبير آخر: العين تعلق بها البيع مطلقاً، غايه الأمر لا لزوم له مع عدم الوصف.

ومما ذكر يعلم انه لو اشترط في المعامله فعل ثالث فمرجهه إلى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه ذلك الفعل فلا يكون الشرط محكوماً بالبطلان.

والحاصل: أنّ الخيار لأحد المتعاملين أو كلاهما لا- يحتاج إلى سبب خاص بل يحصل في المعامله بمجرد الاشتراط فيكون كسائر الأمور الانشائية المعبر عنها بشرط النتيجة فان اشتراطها في المعامله لا بأس به على تقدير عدم توقف ذلك الأمر الإنشائي على سبب خاص، فان الشرط مع التوقف على سبب خاص لا يصح لا لكونه

ص: ٥٦

الثانى: أن يكون الشرط سائغاً

الثانى: أن يكون الشرط سائغاً[١] فى نفسه، فلا- يجوز اشتراط جعل العنب خمراً ونحوه من المحرّمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم. ويدل عليه ما سيجىء من

الشرح:

غير مقدور بل لأن ثبوته بالشرط لا يستفاد من أدله نفوذ الشرط وان الشرط لا يكون مشروعاً ولا يصح فيما خالف الكتاب والسنة.

هذا كله فى شرط غير الفعل الاختيارى للمشروط عليه واما فيه فيأتى انه يثبت فيه الحكم التكليفى ولا يكون اشتراطه مجرد اعتبار الخيار.

وإذا كان الفعل المشترط مركباً من فعل المشروط عليه وغيره كما إذا باع الشىء واشترط على المشتري ان يبيعه من ثالث، فهل هذا من اشتراط الفعل المقذور بأن يكون الشرط مجرد إيجاب البيع على تقدير اقدم الثالث بالشراء، أو من اشتراط المركب من المقذور وغيره.

ويظهر الثمره فيها لم يرغب ذلك الثالث بشراء المتاع مع تصدى المشتري الاول لبيعه منه فانه يحكم بلزوم البيع على الاول وبجوازه على الثانى.

ومن هذا القبيل لو اشترط على الباع الكفيل على عهده المبيع ولم يجد الباع الكفيل.

ولا يبعد أن يقال: انه يختلف الحال بحسب المقامات وقرائن الأحوال، ومع عدم القرائن فهو من اشتراط الامر لغير المقذور، فان المركب كالوصف ومرجعه إلى اشتراط الخيار.

وما عن المصنف من عدم شرط ذلك إلا مع الوثوق بحصوله ضعيف جداً.

[١] يظهر من عنوان الشرط الثانى بقريته التمثيل أن الفرق بين هذا الاعتبار وبين اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أن المراد بالمشروط فى هذا الشرط الفعل الذى يعد عصياناً كفعل الحرام أو ترك الواجب، والمراد بالشرط الرابع كون

قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» فإنّ الشرط إذا كان محرّماً كان اشتراطه والالتزام به إحلالاً للحرام، وهذا واضح لا إشكال فيه.

الشرح:

المشروط اعتباراً أى معتبراً يخالف اعتبار الكتاب والسنة كاشتراط كون الأجنبي وارثاً يلتزم به فى نكاح أو بيع أو غيرهما.

والحاصل: أنّ المراد فى المقام أن لا يكون العمل المشروط عصياناً كما إذا اشترط فعل محرم أو ترك واجب والمراد بالشرط الرابع أن يكون المشروط حكماً واعتباراً يخالف الحكم الشرعى والاعتبار، كما إذا باع المال وشرط أن لا يجوز للمشتري بيع ذلك الكتاب بأن لا يكون له حق البيع أو تزويج امرأه وشرط لها أن يجوز له التزوج بامرأه أخرى.

واستدل قدس سره على اعتبار كون الشرط سائغاً بموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه: «أنّ على بن أبى طالب عليهم السلام كان يقول: من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً» (١).

وذكر الإيروانى (٢) قدس سره: أنه لا مجال للاستدلال على كون الشرط سائغاً بالموثقه المزبوره، فان ظاهر تحليل الحرام وتحريم الحلال كونهما اعتباريين ولو بنحو التشريع لا التحليل أو التحريم عملاً فتكون دليلاً على الشرط الرابع.

واستدل قدس سره على هذا الاعتبار بالاطلاق أو العموم فى خطاب وجوب الفعل أو حرمة.

لا- يقال: إنّ العموم أو إطلاق المزبور يعارض بالعموم من وجه، الإطلاق أو العموم فى مثل قولهم «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

ص: ٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٢٦٨ .

الشرح:

فانه يقال: بعد تساقطهما يرجع إلى استصحاب بقاء حرمة الفعل أو وجوب المشروط تركه.

أقول: لوتم ما ذكر من المعارضه بين خطاب حرمة الفعل ووجوب الوفاء بالشرط فلا ينبغي الريب في تقديم الثانى فانه من بيان الحكم للفعل بالعنوان الثانى أى الشرط كما لا يخفى.

وذكر النائينى(١) قدس سره : أنّ هذا الاعتبار مستدرک لرجوعه إلى اشتراط القدره على الشرط فان المحرم لا يكون مقدورا على المكلف تشريعا فلا يصح شرطه.

وفيه: أنّ شرط العمل غير المقدور لم يكن صحيحا لأن مثل قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» لم يكن شاملاً له لأن التكليف بغير مقدور غير صحيح.

واما إذا كان العمل المشروط محرما فعدم شموله للشرط المزبور يحتاج إلى بيان أنّ الشرط لا يكون من العناوين المغيره لحرمة الأفعال أو وجوبها كما لا يخفى.

وذكر السيد اليزدى(٢) قدس سره : أن هذا الاعتبار يرجع إلى اعتبار أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة حيث إن المراد بمخالفته للكتاب والسنة مخالفته لهما عملاً أو اعتباراً.

واما التفريقه بين الشرط الثانى والشرط الرابع الآتى بأن المراد بالشرط يختلف، فان المراد به فى المقام نفس الالتزام والمراد به فى الشرط الرابع المشروط والملتزم به، فيعتبر فى نفوذ الشرط بأن يكون نفس الالتزام جازيا فلا يصح الالتزام بالمحرم فلا يمكن المساعدة عليه، فان الالتزام بالالتزام بالحرام كالتزام بالالتزام بالمحلل غير

ص: ٥٩

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣ : ١٩٣.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٢٥٦.

الثالث: اعتبار الغرض العقلاني في الشرط

الثالث: أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً [١] أو بالنظر الى خصوص المشروط له، ومثّل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات.

الشرح:

متعلق للحرمة سواء كان الالتزام حقيقياً أم إنشائياً، وإنما المتعلق للتحريم نفس العمل كما ذكر تفصيل ذلك في بحث المخالفه الالتزاميه.

وعلى ذلك فلا مورد لكون نفس الالتزام في ضمن معامله محرماً وعلى تقديره فلا تقتضى ذلك التحريم عدم نفوذه وصحته، فان الشرط بمعنى الالتزام قسمٌ من معامله ولا يقتضى النهى عن معامله فسادها.

وقد تقدم أن الإلزام بمعنى الإكراه على عمل يتعلق به الحرمة ولكنه غير داخل في معنى الشرط بل امر يترتب على نفوذ الشرط وصحته فيكون للمشروط له إلزام المشروط عليه بالشرط فتدبر.

أقول: إذا كان العمل المشترط في نفسه محرماً أو تركه غير مشروع فلا يصح شرطه ولا يحتاج في إثبات عدم صحته إلى الاستثناء في روايات الباب كما ذكرنا ذلك في الإجاره على عمل محرّم، فان الإجاره المزبوره لا تصح ولا يمكن إثبات صحتها بمثل قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١).

وذلك فإنّ حرمة المحرمات لو كانت مرفوعه بالشرط في معامله أو بالإجاره ونحو ذلك لكان تحريمها لغوا حيث يمكن التوصل إلى ارتكابه بالشرط في معامله أو الاجاره ولا يقاس ذلك بموارد الفرار عن الحرام إلى الحلال بالاحتياط في رفع الموضوع فتدبر.

[١] ذكر قدس سره أنه يعتبر في الشرط أن يكون فيه غرض معتد ومطلوب للعقلاء أو كان فيه غرض للمشروط له وان لم يكن معتد به عند العقلاء نوعاً.

ص: ٦٠

وقد صرّح جماعه: بأنّ اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معيّن أو ميزان معيّن من أفراد المتعارف لغو سواء في السلم وغيره، وفي التذكرة: لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المائيه فإنّه لغو لا يوجب الخيار. والوجه في ذلك: أنّ مثل ذلك لا يُعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرّر بتعدّره فيثبت له الخيار أو يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به ويكون تركه ظلماً، ولو شكّ في تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

الشرح:

وقد مثل في الدروس بشرط جهل العبد بالعبادات في شرائه فانه مع عدم معرفتها ربما يكون أكثر فراغاً للخدمه لمولاه.

وقد ذكر جماعه(١): أنّ اشتراط الكيل بمكيال معين أو بميزان معين مع تساويه مع الافراد المتعارفه من الكيل والميزان لغو لعدم تعلق غرض للتعين المزبور من غير فرق بين بيع السلم وغيره.

واحتمال اختصاص البطلان ببيع السلم لاحتمال عدم التمكن بالكيل أو الوزن بالكيل أو الميزان المزبور عند استحقاق المشتري تسلم المبيع ضعيف.

وقد ذكر في التذكرة(٢): أنّ كل شرط لا يكون فيه غرض للعقلاء ولا يوجب ذلك الشرط زياده الماليه في ناحيه أحد العوضين يكون لغواً ولا يوجب تخلفه الخيار.

وعلّل المصنف قدس سره الحكم بأن الشرط المزبور لا يعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرر بعدم حصوله فيرتفع لزوم المعامله بقاعده «نفى الضرر»(٣) كما أن الشرط

ص: ٦١

١- (١) منهم العلّامه في القواعد ٢: ٤٩، والتذكرة ١: ٥٥٦، والشهيد في الدروس ٣: ٢٥٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٢٥، وراجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣ ٤٥٤.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ومن هنا اختار في التذكرة صحه اشتراط: أن لا يأكل إلا الهريسه ولا يلبس إلا الخز. ولو اشترط كون العبد كافراً ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ والحلي: الشرح:

المزبور لا يوجب أن يعتنى الشارع به فيوجب الوفاء به فيما لو كان عملاً، ويكون ترك العمل ظلماً، فالشرط المزبور يشبه إعطاء المال بازاء عين لها منفعه لا يعتد بها العقلاء.

ولو شك في كون الشرط ممّا فيه غرض عقلائي أم لا، يحمل على الصحه.

وعلى هذا الحمل يبتنى ما ذكر العلامة (١) في مسأله بيع العبد واشترط بايعه على المشتري أن لا يأكل إلا الهريسه، ولا يلبس إلا الخز.

ولو اشترى العبدو شرط كونه كافراً ففي صحه الشرط، قولان فليل بصحه الشرط، وأنه يثبت للمشتري الخيار مع ظهور إسلامه كما عن العلامة (٢)، لأن كفر العبد يتعلق به الغرض لتمكن مشتريه على بيعه من الكافر والمسلم، بخلاف العبد المسلم، فإنه لا يجوز بيعه من الكفار، وان العبد الكافر يستغرق أوقاته بخدمه مولاه بخلاف المسلم.

وقيل كما عن الشيخ (٣) بطلان الشرط المزبور، وأنه يحكم بلزوم البيع ولو مع ظهور إسلامه، لأن إثبات الخيار في الفرض يوجب أن يحسب إسلام العبد نقصاً فيه وكفره مزيه، و«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (٤)، ولأن في تملك العبد المسلم غرض أخروي وهي المصاحبه مع المؤمن والإنفاق عليه، والغرض الدنيوي لا يزاحم الأخروي، كما جزم بذلك في الدروس (٥).

ص: ٦٢

١- (١) التذكرة ١: ٤٩٣.

٢- (٢) المختلف ٥: ١٨٩.

٣- (٣) المبسوط ٢: ١٣٠، والخلاف ٣: ١١٢، المسأله ١٨٥ من كتاب البيوع.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٥- (٥) الدروس ٣: ٢١٥.

من تعلق الغرض المعتد به لجواز بيعه على المسلم والكافر، ولاستغراق أوقاته بالخدمه. ومن أن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» والأغراض الدنيويّه لا تعارض الأخرويّه. وجزم بذلك في الدروس وبما قبله العلامة قدس سره .

الشرح:

أقول: قد ذكرنا فيما تقدم أن اشتراط الأوصاف مرجعه إلى جعل الخيار على تقدير فقدها، وعليه فلو اشترى العبد وجعل لنفسه الخيار على تقدير كونه مسلماً، وباعه البايح كذلك فلا- موجب للحكم بلزوم العقد، فإنّ اشتراط الخيار مطلقاً أو على تقدير صحيح يتعلق به الغرض من العقلاء.

وكذا الحال في اشتراط فعل الغير، بل فعل نفسه ايضاً غايه الأمر أنه لا يثبت التكليف بالإتيان بالعمل المزبور لانصراف ما دلّ على التكليف عنه.

وثبوت الخيار على تقدير عدم الفعل إنما هو بالاشتراط لا بقاعده «نفى الضرر»^(١) ليقال: إنّ وجوب البيع في الفرض غير ضررى.

لا يقال: قد ذكر محله أن المحكوم بالبطلان من البيع والإجاره وغيرهما من المعاملات الماليه بيع السفهيه وإجارته وسائر معاملاته الماليّه، وأما البيع السفهائي والإجاره السفهائيّه وكذا غيرهما فيحكم بصحّتها.

وعليه فالشرط السفهائي لا يختلف عن تلك المعاملات.

فانه يقال: لا- يبعد الفرق بين المعاملات والشرط بأنّ المعاملات فيما اذا كانت سفهيه من جانب واحد فلا تكون سفهيه من الجانب الآخر.

وبتعبير آخر: إذا كان البيع للبايح سفهياً فلا يكون بالإضافه إلى المشتري كذلك فلا بأس بشمول دليل الحلّ واللزوم له، بخلاف الشرط، فإنّ الغرض فيه للمشروط له

ص: ٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة [١] فلو اشترط رقيه حرّاً أو توريث أجنبيّ كان فاسداً، لأنّ مخالفه الكتاب والسنة لا يسوّغهما شيء. نعم، قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بأدله الوفاء، بل قد جوّز بعض تخصيص عموم ما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة لكنّه ممّا لا يرتاب في ضعفه.

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفه الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثمّ التعرّض لمعناها فنقول: إنّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضه، بل متواتره معنى:

الشرح:

فقد، وإذا كان سفهياً بالإضافة إليه فلا يكون مشمولاً لخطاب وجوب العمل بالشرط كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره أنه لو احرز أن الحكم الوارد في الكتاب والسنة ثابت مع الشرط أيضاً فلا ينبغي الريب في بطلان الشرط المزبور، لأن مخالفه الكتاب والسنة لا يجوز بحال.

نعم يحتمل أن يقال: إن ثبوت الحكم الوارد فيهما مع الشرط غير محرز لحكومته «المؤمنون عند شروطهم» (١) على إطلاق الكتاب والسنة أو عمومهما فيختص الحكم الوارد فيهما بغير حال الشرط، بل التزم بعض بهذا الاحتمال، وبأنّ ما ورد في الروايات من استثناء الشرط المخالف للكتاب عن الشرط التّأخذ يحتمل على صورته المخالفه بالتباين، ويرفع عن إطلاق الاستثناء وعمومه بالإضافة الى غير موارد التباين، وغير موارد قيام النص الخاص على جواز الشرط.

أقول: توضيح الحال في المقام يحتاج الى التكلم في مدلول أخبار الباب:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن رجل قال لامرأته إن

ص: ٦٤

ففى النبوى المروى صحيحاً عن أبى عبد الله عليه السلام: «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عز وجل فلا يجوز ذلك له لا عليه» والمذكور فى كلام الشيخ والعلامة قدس سره المروى من طريق العامه قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى حكاية بريره لما اشترتها عائشه وشرط مواليها عليها ولاءها: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله! فما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق».

الشرح:

تزوجت عليك أو بُت عنك فانت طالق، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه، ولاله»(١).

ولا يخفى أن شرط الطلاق بنحو شرط النتيجة محكوم بالبطلان سواء كان شرطه مطلقاً أو معلقاً.

وهذا الحكم مستفاد من الروايات الواردة فى اعتبار صيغه خاصه فى الطلاق مع اعتبار أمور أخرى فى المطلقة ككونها فى طهر لم يجامعها زوجها فيه وحضور العدلين، حيث إن شرط النتيجة إنما يصح فى أمر لا يعتبر فى إنشائه سبب خاص على ما تقدم.

وعلى ذلك فإن كان السؤال فى الروايه عن شرط الطلاق بنحو النتيجة فى نكاح المرأة كما هو ظاهر الشرط فلا ريب فى أنه لا بد من أن يكون المراد من شرط سوى كتاب الله المشروط الذى لم يذكر فى كتاب الله أى القرآن، ويقيد بما إذا لم يذكر مشروعيه فى السنه أيضاً.

أو أن يراد بكتاب الله الحكم المكتوب من قبل الله سبحانه، فيعم ما ورد فى السنه أيضاً، ولكن الأول أنسب لإعطاء الضابطه لصحيح الشرط وفاسده.

ص: ٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٥، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١.

وفى المروى موثقاً عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». وفى صحيحه الحلبي: «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ».

وفى صحيحه ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل، فلا يجوز له ولا يجوز على الذى اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله». وفى صحيحته الأخرى: «المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز».

الشرح:

واما ما رواه الشيخ (١) والعلامة (٢) من طريق العامه فى حكاية بريره لما اشترتها عائشه، وشرط عليها مواليتها ولائها: «ما بال أقوام يشترطون شرطاً ليست فى كتاب الله فما كان فى شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» (٣)، فظاهره وإن يقتضى أن يكون المراد بكتاب الله ما كتب الله إلا أنه لضعف السند لا يمكن الاعتماد عليه، مع احتمال أن يراد منه ان المشروط المزبور غير وارد فى الكتاب فمن أين يصح لهؤلاء الأقسام الشرط المزبور، ولا- ينافى ذلك الحكم بصحته لو كان المشروط وارداً فى السنه أخذاً بغيره.

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ على بن أبى طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (٤).

ص: ٦٦

١- (١) راجع الخلاف ٣: ١٥٧ ١٥٨، ذيل المسألة ٢٤٩ من كتاب البيع.

٢- (٢) المختلف ٥: ٢٩٨ ٢٩٩، والتذكرة ١: ٤٩٣.

٣- (٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٩٥، وكنز العمال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وفى روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فيمن تزوج امرأه وأصدقها واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق، قال: «خالفت السنه ووليت حقاً ليست أهلاً له، فقضى أن عليه الصداق ويده الجماع والطلاق، وذلك السنه»، وفى معناها مرسله ابن بكير عن أبى عبدالله عليه السلام ومرسله مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح.

الشرح:

ومنها: صحيحه الحلبي «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ» (١).

ومنها: صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذى اشترط عليه. والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله» (٢).

وفى صحيحته الأخرى عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز» (٣).

ومنها: صحيحه محمد بن قيس على روايه الشيخ قدس سره عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأه وأصدقته هى واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق قال: خالفت السنه ووليت حقاً من ليست بأهله قال: فقضى أن على الرجل النفقه ويده الجماع والطلاق وذلك السنه» (٤).

و روايه إبراهيم بن محرز قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: رجل قال لامرأته: أمرك بيدك فقال عليه السلام: أتى يكون هذا! وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (٥).

ص: ٦٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٦٧ ، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: الحديث ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١ : ٢٨٩ ، الباب ٢٩ من أبواب المهور، الحديث ١ ، والتهذيب ٧ : ٣٦٩ / ١٤٩٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٢ : ٩٤٩٣ ، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٦ .

وفى روايه ابراهيم بن محرز قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل قال لامرأته أمركِ بيدكِ، فقال عليه السلام: أنى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ».

وعن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوّجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها: إن تزوّج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فهى طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفى بشرطه وإن شاء أمسك امرأته وتزوّج عليها وتسرى وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ» وقال: (أحل لكم ما ملكت أيمانكم) «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» الآية. ثم الظاهر أنّ المراد ب«كتاب الله» الشرح:

وفى تفسير العياشى عن ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى إمراه تزوّجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها امرأه أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فأنها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه وإن شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرى عليها وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى فى كتابه: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ» (١) وقال: (أحل لكم ما ملكت أيمانكم) (٢)، وقال: «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» (٣) (٤)، ورواه الشيخ (٥) بسند موثق إلى قوله عليه السلام ونكح عليها.

وذكر المصنف قدس سره أنّ المراد بالكتاب فى بعض الروايات الظاهره فى بطلان

ص: ٦٨

١- (١) سورة النساء: الآية ٣.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٣، والآيه فى المصحف الكريم هكذا: «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ».

٣- (٣) سورة النساء: الآية ٣٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦، وتفسير العياشى ١: ٢٤٠ / ١٢١.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٧٠ / ١٥٠٠.

هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن بينه على لسان رسوله صلى الله عليه وآله فاشترط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى. لكن ظاهر النبوي وإحدى صحبتي ابن سنان اشترط موافقه كتاب الله في صحه الشرط، وأن ما ليس فيه أو لا- يوافقه فهو باطل. ولا يبعد أن يراد بالموافقه عدم المخالفه، نظراً إلى موافقه ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصه للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال، فخطاؤه ثوب البائع مثلاً موافق للكتاب بهذا المعنى.

الشرح:

الشرط المخالف له هو ما كتب الله على عباده من الأحكام سواء ذكر في القرآن أم لا بأن كان ذلك الحكم مستفاداً من النص ونحوه.

ثم ذكر أن ما دل على اعتبار موافقه الكتاب في نفوذ الشرط وصحته يحمل على عدم كونه مخالفاً له بناءً على إن ما لم يكن مخالفاً له فهو موافق لبعض الإطلاق والعموم في بعض الآيات من قوله سبحانه وتعالى «أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ» (١) و«خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً» (٢) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣).

أقول: قد تقدم أن حمل الكتاب في روايات الباب على حكم الله على عباده يبعد غاية، فانه مع كونه خلاف ظاهر كتاب الله لا يناسب جعل الضابطه للشرط الفاسد.

وأيضاً الوجه في حمل الموافق للكتاب على عدم كون الشرط مخالفاً له هو أنه لو اعتبر الموافقه بنفسها لكان ذكر عدم المخالفه في الروايات المتعدده بلاوجه، ولزم أن لا يكون الحكم مناسباً لإعطاء الضابطه فان أكثر الشروط لا يستفاد موافقتها للكتاب.

ودعوى أنها موافقه لبواطنه لا يمكن المساعدة عليها، فان الاحاله على بواطن

ص: ٦٩

١- (١) سورة المائدة: الآية ٥.

٢- (٢) سورة البقره: الآية ٢٩.

٣- (٣) سورة المائدة: الآية ١.

ثم إنّ المتّصف بمخالفة الكتاب [١] إمّا نفس المشروط والملتزم ككون الأجنبي وارثاً وعكسه وكون الحرّ أو ولده رقاً وثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك وإمّا أن يكون التزامه مثلاً مجرد عدم التسرّي والتزوج على المرأه ليس مخالفاً للكتاب، وإمّا المخالف للالتزام به، فإنّه مخالف لإباحه التسرّي والتزويج الثابته بالكتاب.

الشرح:

للكتاب لا يناسب إعطاء الضابطه، بل يناسبها ظواهر الكتاب كما لا يخفى.

ثم إن الجمع بين كون المراد بكتاب الله مطلق ما كتب الله وبين كون المراد من الموافقه عدم المخالفه للقرآن المجيد متهافت.

[١] ذكر قدس سره أنّ الشرط بمعنى المشروط فيما إذا كان من الاعتبارات كثبوت الإرث للاجنبي أو كون الطلاق بيد المرأه ونحو ذلك يكون مخالفته للكتاب أو السنه ظاهره.

واما إذا كان الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام فقد يدعى أن الالتزام بفعل الحرام وترك المباح أيضا مخالف للكتاب والسنه فان ترك المباح وان لم يكن فيه محذور إلا أن الالتزام بتركه فيه محذور بل الالتزام بترك المباح وان قيل لا محذور فيه أصلاً إلا أن التزم بفعل الحرام فيه محذور المخالفه للكتاب والسنه.

ويشهد لكون الالتزام بترك ما رخص فيه الشارع مخالفه للكتاب والسنه روايه العياشى المتقدمه التى رواها الشيخ بسند موثق على ما تقدم، فان المذكور فى النكاح فى الروايتين الالتزام بترك المباح.

والتوجيه بما يأتى ضعيف بأن يراد من المذكورات فيهما عدم الحق فى ارتكاب تلك المباحات فيكون المشروط مخالفا لما دل على إباحتها.

ثم ذكر قدس سره أنّ مؤثقه اسحاق ابن عمار المتقدمه أيضا ظاهره فى عدم جواز الالتزام

وقد يقال: إنّ التزام تركّ المباح لا- ينافى إباحته، فاشترط تركّ التزويج والتسرى لا ينافى الكتاب فينحصر المراد في المعنى الأوّل.

الشرح:

بتركّ المباح أو فعل الحرام، فإنّ قوله عليه السلام فيها «إلاّ شرطا حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً» مقتضاه أن الإحلال والتحريم فعل الشارط، لأنّه باشرطه يمنع الحلال ويرخص في الحرام.

وأوضح من ذلك كله المرسل المروي في الغنيه(١): «الشرط جايز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنه»، فان الالتزام بارتكاب الحرام يمنع عنه الكتاب والسنه انتهى.

أقول: لا- يمنع الكتاب والسنه عن التزام بفعل الحرام منعاً تكليفياً بل يمنعان عن نفس ارتكاب الحرام، ومعه لا يمكن ان يعمه «المؤمنون عند شروطهم»(٢).

وبتعبير آخر: المشروط فيما كان من الاعتباريات وكان مخالفاً لاعتبار الشارع وحكمه يكون محكوماً بالبطلان وهذا هو المقطوع من مخالف الكتاب والسنه، فإنّ مدلولها الحكم.

وأما إذا كان المشروط هو تركّ المباح أو فعل الحرام فيكون المشروط فيما إذا كان محرماً مخالفاً للكتاب أو السنه عملاً وأما إذا كان مباحاً فلا يخالف الكتاب أو السنه حتى عملاً وهذا ظاهر.

وما عن المصنف رحمه الله من المحذور في الالتزام بفعل الحرام أو المباح قد تقدم ما فيه وأنه لا محذور في الالتزام القلبي أو المعاملتي ولا يعاقب الملتزم بعقاب فيما إذا لم يرتكب الحرام كما لا يخفى.

ص: ٧١

١- (١) الغنيه : ٣١٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وفيه: أنّ ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإنّ التزام ترك المباح وإن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أنّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له فيكفي هذا مصداقاً لهذا المعنى مع أنّ الرواية المتقدّمة الدالّة على كون اشتراط ترك التزويج والتسرّي مخالفاً للكتاب مستشهداً عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما الشرح:

وأما الاستدلال على عدم جواز الالتزام بمثل روايه العياشى ففيه: أن المراد بشرط الله فيه حكمه وقد اطلق عليه الشرط للمقابلته وأن المراد بحكم الله عدم صحه الطلاق بغير الوجه المعتر، وليس الشرط المزبور الوجه المعتر وكذا الحلف عليه فانه أيضا باطل لأنه أيضا من شرط الله قبل الحالف.

وبتعبير آخر: لو كانت الروايه وارده فى شرط ترك التزويج بالمرأه الأخرى ومع ذلك ذكر سلام الله عليه بعدم وجوب الوفاء لكان للاستدلال المزبور وجه، ولكن الروايه وارده فى شرط الطلاق بنحو النتيجة أو الحلف عليه، وفى كل منهما لا يكون ترك التزويج بامرأه أخرى بنفسه شرطاً.

وبظهور الفرق بين المقامين يظهر الفرق بين مدلولها ومدلول صحيحه منصور بن برزج عن عبد صالح عليه السلام «قال: قلت له: أنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له فى التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بثس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(١).

نعم ما فى ذيل روايه العياشى من الاستشهاد على بطلان الشرط بأنّ الكتاب قد أباح الشرط أى ارتكاب المشروط لا يناسب الحمل المذكور، ولكن ليس الذيل فى

ص: ٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

كالصريحه فى هذا المعنى وما سيجىء من تأويل الروايه بعيد مع أنّ قوله عليه السلام فى روايه إسحاق بن عمّار: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً» ظاهر بل صريح فى فعل الشارط، فإنّه الذى يرخص باشرطه الحرام الشرح:

موثقه محمد بن قيس وروايه العياشى ضعيفه سنداً كما تقدم، مع احتمال كون الاستشهاد فيها جديداً.

وما ذكر قدس سره من دلاله موثقه إسحاق بن عمّار(1) على فساد الشرط فيما تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح، حيث إنّ الشرط مع تعلّقه بأحدهما يكون محللاً للحرام أو محرماً للحلال فالشارط بشرطه يرخص فى ارتكاب الحرام أو يمنع عن ارتكاب المباح لا- يمكن المساعده عليه، فان الشرط كما تقدم هو اخذ الالتزام أو إعطائه والأخذ يكون من المشروط له المعبر عنه بالشارط، والإعطاء من المشروط عليه وإذا فرض تعلق الشرط بفعل الحرام أو ترك المباح فلا يكون نفس الالتزام أخذاً أو إعطاءً محللاً للحرام إلا من حيث العمل.

ويمكن أن يدعى ظهور الموثقه فيما كان الشرط محللاً من حيث البناء والحكم بأن يلتزم المشروط عليه أن لا يجوز له التزوج بامرأه أخرى أو لا يحرم عليه شرب الخمر، فلا يمكن مع هذا الاحتمال التمسك بها على بطلان الشرط فيما إذا تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح.

وما فى صدر الروايه من قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف به» لو لم يكن أنسب مع الاحتمال فلا ينبغى الريب فى أنه لا تنافيه.

لا يقال: يمكن دعوى عموم الموثقه لكلا الفرضين بأن يستفاد منها بطلان الشرط

ص: ٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

الشرعى ويمنع باشرطه عن المباح الشرعى، إذ المراد من التحريم والإحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع. وأصرح من ذلك كله المرسل المروى فى الغنيه: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّه».

الشرح:

فيما إذا كان الملتزم به عدم ممنوعيه ما هو حرام شرعا أو ممنوعيه الحلال شرعا وما كان الملتزم به نفس فعل الحرام أو ترك المباح، ففي الأول: يكون المشروط محللاً ومحرمًا من حيث البناء والحكم وفى الثانى: يكون محللاً عملاً ومحرمًا كذلك كما لا يخفى.

أقول: شرط ترك المباح لا يكون محرماً للحلال لا من جهة الشرط بمعنى الالتزام فان الالتزام بترك المباح لا ينافى اباحتها، نظير ما تقدم من عدم مخالفته للكتاب والسنة، ولا- من جهة الشرط بمعنى الملتزم به فان ترك المباح لا يكون تحريماً عملاً فان المباح يجوز فعله وتركه.

نعم فى شرط الحرام يكون المشروط أى ارتكاب الحرام محللاً للحرام من حيث العمل كما انه يخالف الكتاب كذلك.

واحتمال ان يكون المراد من كون الشرط محللاً ومحرمًا كونه كذلك بلحاظ حكمه أى وجوب الوفاء، به فيعم الاستثناء شرط ترك المباح أيضا ضعيف لظهور الموثقه فى كون الشرط فى نفسه محللاً للحرام أو محرماً للحلال لا بلحاظ وجوب الوفاء به.

والحاصل: أن غايه ما يستفاد من هذه الموثقه ما استفدناه من الاستثناء فى الاخبار الوارده فى وجوب الوفاء بالشرط إلا ما خالف الكتاب أو السنه من أن الالتزام بالفعل الحرام يدخل فى الاستثناء لكون فعل الحرام مخالفاً للكتاب أو السنه عملاً فيكون ارتكابه من تحليل الحرام عملاً.

ص: ٧٤

ثم إن المراد بحكم الكتاب والسنة الذي يعتبر عدم مخالفه المشروط أو نفس الاشتراط له [١] هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظه عنوان آخر طار عليه، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. ومثال ذلك أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها حيث إن تجوز الفعل

الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله من ان الالتزام بفعل الحرام أو التزام بترك المباح في نفسها مخالف للكتاب والسنة فيعم الاستثناء كلا من المشروط والمعتبر المخالف للحكم المذكور في الكتاب والسنة والالتزام بفعل الحرام وترك المباح لا يمكن المساعده عليه فانه، قد تقدم عدم المانع في مجرد التزام فعل الحرام غير كونه نوعاً من التجري فضلاً عن الالتزام بترك المباح.

وثانياً: أنه مع الإغماض عما ذكر أولاً يكون المخالف للكتاب والسنة في شرط ترك المباح أو فعل الحرام نفس الشرط بمعنى الالتزام وفي موارد كون المشروط مخالفاً لهما يرد من الشرط المشروط.

وإرادته الشرط والمشروط معاً من الاستثناء استعمال اللفظ في معناه الحقيقي والمجازي ولو امكن هذا الاستعمال فلا ريب في انه خلاف الظاهر فلا يصار إليه بلا قرينه.

[١] وتوضيح المقام: أنه قدس سره بعد ما التزم بأن الشرط المخالف للكتاب والسنة المحكوم بالبطلان يعم الالتزام بفعل الحرام والالتزام بترك المباح، فيشكل الأمر بأن غالب الشروط المتعارفه في قبيل الالتزام بترك المباح أو فعله، وإذا فرض كون هذا

والترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا- ينافى طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كأكل اللحم، فإنّ الشرع قد دلّ على إباحته في نفسه بحيث لا ينافى عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدّمه لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لا- مع تجرّده عن ملا-حظه العنوانات الخارجة الطارئة عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثيه تجرّد الموضوع إلّا عن بعض العنوانات كالضرر والخرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الخرج والضرر فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

الشرح:

الشرط باطلاً فلا يبقى للالتزام بالعمل مورد الاشراف فعل الواجب أو ترك الحرام.

وتصدى لدفع الإشكال بأنّ مجرد شرط ترك المباح أو فعله بل فعل الحرام لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة بل تحقّق مخالفته الشرط لهما فيما إذا لم يكن الحرمة أو الإباحة الثابتة للفعل اقتضائيه بحيث يمكن انتفائهما بطرؤ عنوان على الفعل.

وأما إذا كان الحكم اقتضائياً كذلك بحيث لم يكن لخطاب حرمة الفعل أو إباحته دلالة إلّا على الحكم لنفس الفعل مع قطع النظر عن طرؤ عنوان فلا بأس بالحكم بصحة الشرط المزبور، فإنّ الالتزام بوجوده في الفرض لا ينافى الكتاب.

وقال قدس سره: إنّ الخطابات الواردة في إباحة الأشياء والمباحات الشامل للمستحبات والمكروهات من هذا القبيل، وإن الحكم فيها بإباحة الفعل من حيث ذات الفعل فلا ينافى طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كما في خطاب حليه أكل اللحم فإنه لا تنافي مع الحرمة الثابتة له بالحلف أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له

ص: ٧٤

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض أنه لا تنافى بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة وبين دليل الالتزام بالشرط ووجوب الوفاء به. وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسنة.

الشرح:

بعنوان كونه مقدمه الواجب أو تعلق النذر به، وان الخطابات الواردة الواجبات والمحرمات من قبيل الحكم المطلق بحيث لا يتغير إلا بالعناوين الرافعه للتكاليف كالاضرار إلى الارتكاب أو الحرج أو الضرر.

وعلى ذلك فلو اشترط في المعامله ارتكاب محرم فيحكم ببطلانه لأن الالتزام بارتكابه مخالف للكتاب والسنة.

ولو ورد حليته بعنوان آخر فيلاحظ الراجح من الخطابين فيؤخذ به كان ترجيحه بمرجح داخلي أو خارجي، الأول ككون الخبر الدال على أحدهما أظهر والثاني ككون مدلوله موافقا للمشهور.

ثم أورد قدس سره على ما ذكره من عدم البأس باشتراط ترك المباح لأن الخطابات المباحات ظاهره في الإباحه الاقتضائيه، بأن مقتضى بعض الأخبار المتقدمه الحكم ببطلان شرط ترك المباح مع أن خطابه أيضا كخطاب ساير المباحات اقتضائيه، كاشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى أو عدم اتخاذ السريه ونحوهما.

وأجاب عن الإيراد بوجهين:

الأول: أنه يعلم من الروايه المتقدمه أن الإباحه في التزويج بامرأه أخرى أو اتخاذ السريه مطلقه وإن كانت في أنظارنا كإباحه أكل اللحم والتمر غيرهما مما تتغير إباحتها بالعناوين الثانيه وهذا الوجه لا يناسب الاستشهاد لبطلان الشرط المزبور بأن إباحه التزوج بامرأه أخرى مذكوره في الكتاب كما لا يخفى.

ص: ٧٧

ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمه من قبيل الأول كترك التزويج وترك التسرى فإنهما مباحان من حيث أنفسهما فلا ينافى ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجه كالحلف والشرط وأمر السيد والوالد. وحينئذ فيجب إما جعل ذلك الخبر كاشفاً عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط وإن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابله لطرؤ عنوان التحريم، وإما الحمل على أن هذه الأفعال ممّا لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأه إذ الكتاب دالّ على إباحتها وأنه ممّا لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأه بها عن زوجيه الرجل. ويشهد لذا الحمل وإن بُعد بعض الأخبار الشرح:

والوجه الثاني: أن الطلاق المعلق على مثل هذه الأفعال باطل وأن هذه الأفعال لا توجهه، لا ان في شرط مجرد ترك التزويج بامرأه أخرى محذورا، بل لا بأس بشرطه كما يفصح عن ذلك صحيحه منصور بن برزج المتقدمه.

أقول في ما أفاده موارد للنظر: منها ما ذكره من أن الخطابات المباحات كلها اقتضائه وظاهره في ثبوت الحليه لها في نفسها، ولا دلالة لها على ثبوتها لها عند طرؤ عناوين أخر عليها، فان الالتزام بذلك يوجب أن لا يصح لنا التمسك بإطلاق تلك الخطابات عند الشك في ثبوت الحليه للفعل مع طرو عنوان يحتمل كونه مغتيراً لإباحته.

وقد ذكرنا سابقاً أن مقتضى السيره العقلانيه في الخطاب المتضمن لحكم على موضوع كون المتكلم في مقام البيان من جهه قيود الموضوع والمتعلق ونفس الحكم، فيرفع اليد عن ذلك بقيام قرينه معتبره أنه في مقام بيان الحكم من جهه دون الأخرى، كما في خطاب تجويز الأكل من صيد أمسكه الكلب المعلم، فإنه قد ذكر في محلّه انه

الظاهره فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل روايه منصور بن يونس قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام: إن شريكاً لى كان تحته امرأه فطلقها فبانته منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأه: لا والله لا أتزوجك أبداً حتى يجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى ولا تتزوج علىّ قال: وقد فعل قلت: نعم جعلنى الله فداك! قال: بئس ما صنع! ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، ثم قال: أمّا الآن فقل له: فليتمّ للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المسلمون عند شروطهم» فيمكن حمل روايه محمّد بن قيس على إرادته عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل.

الشرح:

فى مقام تجويز الأكل من حيث عدم كونه ميته فلا يقتضى عدم وجوب تطهير موضع العقر.

نعم إذا ورد فى مقابل خطاب حليه فعل حرمة أو وجوبه بعنوان ثانوى يقدم الخطاب الثانى على الأول، حيث إن الخطاب المتضمن للحكم بالعنوان الثانوى قرينه عرفيه على تقييد الحكم فى الخطاب الأول.

وهذا يجرى فى غير خطابات المباحات أيضاً، غايه الأمر أن الخطابات المتكلفه للأحكام بالعناوين الثانويه مقيده فى نوعها بقيود تمنع عن حكومتها بالاضافه إلى خطابات المحرمات، نظير ما ورد فى عدم الطاعة لمخلوق فى معصيه الخالق المانعه من حكومه خطاب وجوب طاعه الوالدين على خطابات التحريم أو الواجبات فيما إذا أمر بارتكاب الحرام أو ترك الواجب، وما دل على عدم انعقاد الحلف فيما إذا كان المحلوف عليه مرجوحاً، فإن مقتضى إطلاق خطاب التحريم عدم انعقاد الحلف على ارتكاب الحرام أو ترك الواجب إلى غير ذلك فانه قد اخذ فى خطاب.

وهذا أيضاً هو الوجه فى عدم حكومه دليل نفوذ الشرط على خطابات المحرمات، فانه قد اخذ فى خطاب نفوذ الشرط عدم كون المشروط مخالفاً للكتاب

ثم إنّه لا إشكال فيما ذكرنا: من انقسام الحكم الشرعي [١] الى القسمين المذكورين وأنّ المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأوّل، وإنما الإشكال في تميّز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات:

منها: كون من أحد أبويه حرّاً رقياً، فإنّ ما دلّ على أنّه لا يملك ولد حرّاً قابل لأن يراد به عدم رقيته ولد الحرّ بنفسه، بمعنى أنّ الولد ينعقد لو خلّي وطبعه تابعاً لأشرف الأبوين، فلا ينافي جعله رقياً بالشرط في ضمن عقد وأن يراد به أنّ ولد الحر لا يمكن أن يصير في الشريعة رقياً، فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالّين على هذا الحكم.

الشرح:

والسنة، وهذه المخالفه لا تتحقق في ترك المباح أو فعله ولكنها متحقّقه في شرط ارتكاب الحرام كما تقدم.

[١] وحاصله: أنّه قد تقدّم ثبوت الحكم لموضوع بأحد النحويين من كونه بنحو الاقتضاء والحيثيه وكونه حكماً فعلياً مطلقاً بحيث لا يقبل التغير بعروض عناوين آخر غير ما أشرنا إليها.

وعليه فلا إشكال في حكم الشرط فيما إذا أحرز حال الحكم ولكن يقع الإشكال في تمييز حال الحكم في بعض الوارد كما إذا شرط مولى الأمه في تزويجها من حرّ كون ولدها رقياً في عقد الزواج، فهل الحكم بكون الولد يتبع أشرف أبويه حكم اقتضائي لا- ينافيه الاشتراط المزبور أو أنه حكم فعلي لا يتغير بالشرط، وكشرط التوارث في عقد المتعه فانه ذكر جماعه بصحة اشتراط التوارث في عقد المتعه، فيقع الكلام في أنّ عدم ثبوت التوارث في غير النكاح الدائم اقتضائي أو أنّه حكم فعلي، مع أنّ المتسالم عليه عندهم عدم صحه شرط التوارث في غير عقد النكاح بل في غير الزوج والزوجه مطلقاً، فلا بد من كون عدم التوارث في غير النكاح الدائم حكماً فعلياً

ومنها: إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعه أو عقد آخر أم لا؟ فإنّ الظاهر الاتّفاق على عدم مشروعيتّه اشتراطه في ضمن عقد آخر وعدم مشروعيتّه اشتراط إرث أجنبيّ آخر في ضمن عقد مطلقاً. فيشكل الفرق حينئذٍ بين أفراد غير الوارث وبين أفراد العقود، وجعل ما حكموا بجوازه مطلقاً مطابقاً للكتاب وما منعوا عنه مخالفاً إلا أن يدعى أنّ هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد أو أنّ الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد، ولكن عرفت وهن الثاني والأوّل يحتاج الى تأمل.

ومنها: أنّهم اتّفقوا على جواز اشتراط الضمان في العاربه واشتهر عدم جوازه في عقد الإجاره، فيشكل أنّ مقتضى أدلّه عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه

الشرح:

من جهه واقتضائيا من جهه أخرى.

وربما يقال في مثل هذه الموارد: بأنّ الشرط فيها غير مخالف للكتاب والسنة أو أنّ الشرط المخالف للكتاب محكوم بالبطلان إلا في مثل هذه الموارد.

ولكن كون الأول أي الشرط فيها غير مخالف للكتاب يحتاج إلى التأمل، واما الثاني هو بطلان الشرط المخالف إلا في هذه الموارد ضعيف كما تقدم في أول هذا الشرط في قوله «والتزم بعض بورود التخصيص على الاستثناء في قولهم: المؤمنون عند شروطهم، إلا ما خالف الكتاب».

ونظير ما ذكر اشتراط الضمان في العين المستعاره، فانهم اتّفقوا على جوازه ولكن المشهور على عدم صحه شرط ضمان في العين المستأجره، فيقع الكلام في أن عدم ضمان الأمين لو كان حكماً اقتضائياً لصح الاشتراط في كلا الموردين وان كان حكماً فعلياً لا يتغيّر فكيف يصح في العاربه.

ونظير ذلك شرط الزوجه على الزوج ان لا يخرجها إلى بلد آخر، فانهم وإن

من غير إقدام عليه بحيث لا ينافي إقدامه على الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعيته ضمانه وتضمينه ولو بالأسباب كالشرط في ضمن ذلك العقد الأمانة أو غير ذلك.

ومنها: اشتراط أن لا يخرج بالزوجه الى بلد آخر فإنهم اختلفوا في جوازه والأشهر على الجواز، وجماعه على المنع من جهه مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعه الزوج وكون مسكن الزوجه ومنزلها باختياره، وأورد عليهم بعض المجوزين بأن هذا جارٍ في جميع الشروط السائغه من حيث إن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلاً أو تركاً.

الشرح:

اختلفوا في جواز هذا الاشتراط إلا أن المشهور على جوازه (١)، وذكر بعض (٢) بطلانه لأن هذا الشرط مخالف لوجوب طاعه الزوجه لزوجها وان اختيار المسكن بيده لا بيدها.

وأورد بعض المجوزين (٣) لهذا الاشتراط على الاستدلال على المنع بما ذكر من جريان دليل المنع في اشتراط جميع الشروط السائغه لأن الشرط ملزم لما كان غير لازم قبل ذلك.

ثم ذكر قدس سره : أنه على الفقيه ملاحظه الخطابات والأحكام الواردة فيها بأنها مما يتغير بالعناوين الطاربه بمعنى كونها اقتضائيا أو أنها مطلقة ولو أحرز إحداها فهو وإلا- فيمكن البناء على كونها اقتضائيا باستصحاب عدم كون الشرط مخالفا للكتاب.

ص: ٨٢

١- (١) كما في نهايه المرام ١ : ٤٠٦ ، والنهايه : ٤٧٤ ، والمهذب ٢ : ٢١٢ ، والوسيله : ٢٩٧ ، والمختصر النافع : ١٩٠ ، والمختلف ٧ : ١٥٣ ، وكشف اللثام (الطبعه الحجريه) ٢ : ٨٢ ، والحدائق ٢٤ : ٥٣٧.

٢- (٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤ : ٣٠٣ ، والخلاف ٤ : ٣٨٨ ، المسأله ٣٢ من كتاب الصداق ، والحلى في السرائر ٢ : ٥٩٠ ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٣٩٩.

٣- (٣) وهو السيد العاملي في نهايه المرام ١ : ٤٠٧ ، والسيد الطباطبائي في الرياض (الطبعه الحجريه) ٢ : ١٤٧.

وبالجملة: فموارد الإشكال في تميّز الحكم الشرعي القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل كثيره يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظه الكتاب والسنة الدالّين على الحكم الذي يراد تغيّره بالشرط والتأمّل فيه حتّى يحصل له التميّز ويعرف أنّ المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافى لقوله صلى الله عليه وآله: «الولاء لمن أعتق» أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافى لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» أو عدمه لهما في المجلس مع قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» الى غير ذلك من الموارد المتشابهه صورةً المخالفه حكماً.

الشرح:

وهذا الأصل يرجع إليه فيما إذا لم يكن لخطاب الحكم إطلاق كما في أكثر خطابات الترخيص والسلطنة فان ظاهرها سوقها في مقام بيان حكم الشيء بحيث لا ينافيه ملزم شرعي آخر كالنذر والشرط.

واما ما كان ظاهره العموم كما إذا كان الخطاب حكماً معنياً أو يتضمن المنع كقوله «ولد الحر لا يملك»^(١) فلا يجرى فيه هذا الأصل.

أقول: قد تقدم في أول عنوان الشرط الرابع أن الشرط المخالف للكتاب أي لحكم الواقعي الثابت في مورد الشرط لا يمكن أن يكون صحيحاً.

واما إذا كان المشروط مخالفاً لإطلاق الكتاب أو عمومه وكذا مع إطلاق السنة وعمومها فلا بأس بقيام دليل خاص على صحه ذلك الشرط ويكون الدليل الخاص مقيداً للاستثناء في قولهم «المسلمون عند شروطهم إلا فيما خالف الكتاب والسنة»^(٢).

ونظير الدليل الخاص ما إذا كان المشروط مخالفاً للحكم الوارد في الكتاب والسنة ولكن ثبت أنّ المذكور في الكتاب أو السنة من قبيل الحق القابل للاسقاط

ص: ٨٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ ١٨٨ ، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥ .

٢- (٢) أنظر وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار.

فإن لم يحصل له بنى على أصاله عدم المخالفه فيرجع الى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعاً للكتاب والسنة لا ما علم مخالفته، إلا أنّ البناء على أصاله عدم المخالفه يكفي في إحراز عدمها واقعاً كما في سائر مجارى الأصول، ومرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم ثبوت هذا الحكم [١] على وجه لا يقبل تغييره بالشرط. مثلاً تقول: إنَّ الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلُّط الزوج على الزوجه من حيث المسكن إلا من حيث هو لو خلى وطبعه

الشرح:

كاشتراط الخيار مع لزوم المعامله بدونه.

ومثله اشتراط سقوط وجوب الوطئ عنه في أربعة أشهر ونحوهما.

ولا يخفى أنه يمكن كون المعبر من قبيل الحكم في مورد ومن قبيل الحق في مورد آخر، مثلاً لا يصح شرط الضمان على الودعي ويصح على المستعير.

[١] أقول: ما ذكر قدس سره من الرجوع إلى أصاله عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب فلا بد في تقريرها على تقدير كون المراد بالكتاب الحكم الشرعي الواقعي من أن المشروط لم يكن مخالفاً للكتاب ولو قبل جعل الكتاب والحكم الشرعي والآن كما كان.

وأما تقريبها بأن المشروط لم يكن مخالفاً قبل الاشتراط وبعد الاشتراط أيضاً كما كان فغير صحيح، لأن مخالفة المشروط لا تتوقف على فعلية الاشتراط، بل المشروط يتصف بها بفرض الاشتراط كما لا يخفى.

ولو أريد بالكتاب ظواهر آيات الاحكام ومن السنه ظواهر الأخبار فلا يبقى مورد يشك فيه في مخالفه المشروط لهما، بل يحرز المخالفه أو عدمها بالوجدان دائماً.

وبتعبير آخر: استصحاب نفى المخالفه وبأن الشرط لم يكن يخالف الكتاب لا يدخل في الاستصحاب لعدم الأزلى كما لا يخفى.

نعم في موثقه إسحق بن عمار «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل الحرام أو

ولم يثبت في صورته إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن. لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صورته الاشتراط كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصه والتسليط، فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرؤ خلافه لم يلزم شرعي كالنذر وشبهه من حقوق الله، والشرط وشبهه من حقوق الناس. أما ما كان ظاهره العموم كقوله: «لا يملك ولد حر» فلا مجرى فيه لهذا الأصل. ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصص [١] الشرط المخالف

الشرح:

حرّم الحلال» (١) وعليه فإذا شك في حليه فعل أو حرّمته تكليفاً فيكون اشتراط ارتكابه من الشك في تحليل الحرام ولو عملاً كما تقدم.

وهكذا اشتراط الترك فيما إذا كان احتمال وجوبه ولكن لا بأس بالرجوع إلى أصاله الحليه أو البراءه.

ومع الرجوع إليهما يحرز عدم كون اشتراطه محللاً للحرام، بل يمكن إحراز ذلك باستصحاب عدم جعل الحرمة أو الوجوب لذلك الفعل.

وتقدّم سابقاً أيضاً أنّ في الشك في حليه شيء وضعاً كما إذا كان من قبيل المعامله يكون الأمر بالعكس فمع عدم إحراز مشروعيتها يكون الأصل عدم إضائها فيثبت كون المشروط محللاً للحرام كما لا يخفى.

[١] قد خصّ النراقي (٢) قدس سره الشرط المخالف للكتاب والسنه والمحلل للحرام والمحرّم للحلال بما كان المشروط أمراً اعتبارياً مخالفاً للمعتبر في الكتاب والسنه،

ص: ٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) العوائد : ١٥١ .

للكتاب الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب، وأن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر: أن المتعين في هذا الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل وما دل على وجوب الوفاء بالشرط ويُرجع الى المرجحات، وذكر أن المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع، قال: وما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد والاصول.

الشرح:

لأن كلاً من الكتاب والسنة حكم يدخل في الأمر الاعتباري تكليفاً أو وضعاً.

وبتعبير آخر: شرط ارتكاب المباح أو تركه أو ارتكاب الحرام وتركه أو فعل الواجب وتركه كل ذلك من الشرط الخارج عن الأمر الاعتباري، وربما يكون مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» فيها مخالفاً لما دل على حرمة الفعل فيرجع إلى المرجح في ترجيح أحد المتعارضين، كما في شرط شرب الخمر فإن الإجماع على حرمة مطلقاً مرجح للتحريم، ومع عدمه يحكم بمقتضى القواعد والأصول.

وأورد المصنّف على ذلك: بأن مقتضى الرجوع إلى الأصول مع فقد المرجح هو الحكم بعدم وجوب الوفاء بالشرط فيما كان المشروط أمراً قد ورد في خطاب الشرع بإباحته، فلا يحكم بالصحة ونفوذ الشرط فيه مع كون المشروط أمراً مباحاً بعنوانه الأوّل.

وإذا كان المشروط فعلاً محرّماً أو ترك واجب فلازم الرجوع إلى الأصل واستصحاب بقاء الحرمة بعد اشتراط الفعل أو بقاء الوجوب بعده هو الحكم بفساد الشرط.

أقول: قد تقدّم أنه لو فرض المعارضه بين خطاب وجوب الوفاء بالشرط وما دل على حرمة الفعل أو إباحته فإنه لا ينبغي الريب في تقديم ما دل على الحكم بعنوانه

وفيه من الضعف ما لا يخفى، مع أنّ اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح، لأن الشرط إن كان فعلاً لما يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلّه وجوب الوفاء بالشرط وأدلّه جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصله عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم، بل لا يصحّ. وإن كان فعل محرّم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصله بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط.

الشرح:

الثانوى، ولا تصل النوبه إلى ملاحظه المرجح والرجوع إلى الأصول.

ولكن قد تقدم أنّ هذا التقدّم بالاضافه إلى ما دلّ على إباحه الشيء، واما خطابات المحرمات فقد تقدم ان خطاب الوفاء بالشرط لو كان مقدما عليها لكان تحريم تلك المحرمات كاللغو حيث يمكن التوصل إلى ارتكاب الحرام باشتراطه في ضمن معامله.

ثم إنّه إذا شكّ في شرط فعل نحتمل حرمة في نفسه فيحكم على ما ذكر النراقى رحمه الله بوجوبه بالشرط أخذاً بعموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم» من غير حاجه إلى الرجوع باستصحاب عدم جعل الحرمة له في نفسه، بل ربما يتوهم أنه يحكم مع وجوب الوفاء بالشرط باباحه ذلك الفعل في نفسه، بدعوى أن اباحته في نفسه من لازم وجوب الوفاء به مع الشرط، وإثبات اللازم بالأصل اللفظى لا بأس به.

وفيه: أنه لم يثبت كون اباحته في نفسه لازماً لإمكان أن يختص حرمة فعل بغير صورته اشتراطه، وما تقدم من عدم إمكان اختصاص الحرمة في المحرمات بغير صورته الاشتراط راجع إلى عامه المحرمات، واما كون الأمر في محرم كذلك فلا نمعه هذا.

مع أنّ الدليل على اعتبار الأصول اللفظية أى الظهورات السيره العقلانيه ولم يحرز أنّ السيره جاريه على اعتبار الظهور في مثل المورد.

ص: ٨٧

فالتحقيق ما ذكرنا: من أنّ من الأحكام المذكوره فى الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما رُخص فى فعله وتركه، ومنها ما لا يقبله كالتحريم وكثير من موارد الوجوب. وأدله الشروط حاكمه على القسم الأول دون الثانى، فإنّ اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت وعرفت حكم صورته الشك. وقد تفتن قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى، وأنّ الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عمّا ذكره أوّلاً من التعارض بين أدله وجوب الوفاء بالشرط وأدله حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف [١] للكتاب والسنة كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى.

الشرح:

[١] يعنى (١) لو جعل شرط ارتكاب الحرام شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة لم يكن بعيداً.

أقول: لا بد من أن يراد بالشرط المشروط أى شرب الخمر مثلاً. فانه مخالف للكتاب عملاً، وأما لو جعل نفس الالتزام بشرب الخمر مخالفاً للكتاب ففيه ما تقدم من أن الالتزام قلباً أو معاملة لا يدخل فى متعلق التحريم فى الكتاب.

أضف إلى ذلك أنّ إرادته المشروط من الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً اعتبارياً يخالف الكتاب، وإرادته نفس الالتزام فيما كان الالتزام بارتكاب الحرام من الجمع بين إرادته المعنى والمجازى من اللفظ، اللهم إلا أن يراد من الشرط معناه المصدرى فقط، ويراد من مخالفته الكتاب والسنة الأعم من أن يكون الوصف أى المخالفه من قبيل الوصف بحال نفسه أو حال متعلقه فتدبر.

ص: ٨٨

ومما ذكرنا: من انقسام الأحكام الشرعيّة المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام في روايه إسحاق بن عمار المتقدّمه: [١]

الشرح:

[١] أقول: قد تقدّم أنّ شرط ارتكاب الحرام يكون تحليلاً- للحرام عملاً- ولا يبعد أن يكون المراد من الشرط المحلل للحرام المشروط المحلل للحرام اعتباراً كما إذا زوج المرأة نفسها من رجل على أن يكون له الحق في ترك طاعته، والمشروط المحلل له عملاً كما في فرض شرط ارتكاب الحرام.

وأما الشرط المحرّم للحلال فينحصر بما إذا كان المشروط تحريماً للحلال اعتباراً كما إذا زوجت نفسها منه على أن لا يحق للزوج طلاقها.

وأما تحريم الحلال عملاً غير متحقق في الالتزام بترك الحلال لأن الحلال يجوز فعله وتركه سواء كان اختيار التارك في زمان أو إلى الأبد.

وعن السيد اليزدي (١) قدس سره: الالتزام بترك المباح إلى الأبد تحريم الحلال، ولذا ورد في بعض الروايات أنّ الالتزام بترك شرب العصير بالحلف عليه لا ينعقد، لأنّ هذا الحلف محرّم للحلال.

وفي خبر العياشي عن عبدالله بن سنان قال: «سألته عن رجل قال: امرأته طالق أو مماليكه أحرار إن شربت حراماً ولا حلالاً قط، فقال: أما الحرام فلا- يقربه حلف أو لم يحلف، وأما الحلال فلا- يتركه فانه ليس لك أن تحرّم ما أحل الله، لأنّ الله يقول: «لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ» (٢).

وفيه: أن الروايه ضعيفه سندا ودلاله فإنّ الحلف بالطلاق باطل عندنا وعبر الامام عليه السلام عن بطلانه بما ذكره جديلاً.

ص: ٨٩

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢٦٩، ٢٧٠، الرقم ٣٨٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٤٤، الباب ١٩ من كتاب الأيمان، الحديث ٢.

«المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حلالاً أو أحلاً حراماً» فإنّ المراد ب«الحلال» و«الحرام» فيها ما كان كذلك بظاهر دليبه حتّى مع الاشتراط نظير شرب الخمر وعمل الخشب صنماً أو صوره حيوان، ونظير مجامعه الزوج التي دلّ بعض الأخبار السابقه على عدم ارتفاع حكمها أعنى الإباحه متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأه ونظير التروييح والتسرّي والهجر، حيث دلّ بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أمّا ما كان حلالاً لو خلى وطبعه بحيث لا- ينافى حرمة أو وجوبه بملاحظه طرؤ عنوان خارجي عليه أو كان حراماً، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلاّ تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتغيّر الحلّ والحرمة فلا يكون حينئذٍ تحريم حلال ولا تحليل الشرح:

والحاصل: لا نعلم أن الالتزام بترك المباح في زمان أو دائماً مخالفاً للكتاب أو السنّه أو محرماً للحلال، ولذا أفتى الأصحاب: بأنه يصح الحلف على فعل المباح أو تركه فيما إذا كان المباح مما يساوى طرفاه من غير أن يكون في أحدهما مرجح شرعاً أو من حيث الفائده الدنيويه.

لا يقال: قد ورد في بعض الروايات المعتبره كمعتبره عبدالله بن سنان عدم جواز اليمين في تحليل الحرام أو تحريم الحلال، قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا تجوز اليمين في تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا قطيعه الرحم»^(١).

ومن الظاهر أن المتعارف في الحلف هو الحلف على الفعل أو الترك فلا بد من أن يكون الحلف على ارتكاب الحرام من اليمين في تحليل الحرام، والحلف على ترك المباح دائماً من الحلف في تحريم الحلال.

ص: ٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ و ٢٣ : ٤٤ و ٢١٩ ، الباب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، والباب ١١ من كتاب الأيمان، الحديث ١ و ٧ .

حرام. ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعنى: مطالبه غريم ما له في ذمّه غريمه أو حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرؤ عنوان «معصية السيد والوالد»، وعنوان «حنث اليمين» عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به. وكذلك امتناع الزوجه عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرّم في نفسه وكذلك امتناعها من المجامعه، ولا ينافى ذلك حليتها باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما في بعض النصوص.

وبالجملة: فتحريم الحلال وتحليل الحرام إنّما يلزم مع معارضه أدلّه الوفاء بالشرط لأدلّه أصل الحكم حتّى يستلزم وجوب الوفاء مخالفه ذلك وطرح دليله. أمّا إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلاّ ثبوته لو خُلّي الموضوع وطبعه فإنّه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلاّ مجرداً عن ذلك العنوان. ثم إنّ يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا في معنى الرواية: بأنّ أدلّه حليّه أغلب المحللات بل كلّها إنّما تدل على حليتها في أنفسها لو خُلّيت وأنفسها، فلا تنافى حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر وأخويه، ومن جهة إطاعه الوالد والسيد، ومن جهة صيرورتها علّه للمحرّم وغير ذلك من العناوين الطارئة لها.

نعم، لو دلّ دليل حلّ شيء على حلّه المطلق نظير دلالة أدلّه المحرّمات، بحيث لا يقبل لطرؤ عنوانٍ مغيّرٍ عليه أصلاً، أو خصوص الشرط من بين العناوين،

الشرح:

فإنّه يقال: المتعارف في الحلف على ترك المباح أو فعله، الحلف على تركه، أو فعله في زمان أو حال، والحلف على تركه أو فعله إلى الأبد، والحلف على عدم الحق له في ارتكابه أو تركه، والحلف المحرم للحلال هو القسم الأخير كما لا يخفى.

ص: ٩١

أو دلّ من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دلّ بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتزويج والتسرى وترك الجماع من دون إرادة الزوجه كان مقتضاه فساد اشتراطه خلافاً. لكن دلاله نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد، والوقوف مع الدليل الخارجى الدالّ على فساد الاشتراط يُخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطه الشروط عند الشكّ، إذ مورد الشكّ حينئذٍ محكومٌ بصحة الاشتراط. ومورد ورود الدليل على عدم تغيير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغنٍ عن الضابطه، مع أنّ الإمام علّل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرّماً للحلال، كما عرفت في الرواية التي تقدّمت في عدم صحة اشتراط عدم التزويج والتسرى، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدالّ على إباحتها.

نعم، لا- يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام، لأنّ أدلّه المحرّمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا تتغيّر بعنوان الشرط والنذر وشبههما بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لولا الشرط وليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط لأنّ تحريم «المباحات لو لا الشرط» لأجل الشرط فوق حدّ الإحصاء بل اشتراط كلّ شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرّمات مستلزم لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً.

وربما يتخيّل: أنّ هذا الاشكال [١] مختصّ بما دلّ على الإباحة التكليفية

الشرح:

[١] وحاصله: أن الإباحة التكليفية المترتبة على موضوعها وإن لا تحرز أنها تتغير بالعنوان الثانوى إلاّ أنه إذا كانت الإباحة مرتبة على الحكم الوضعى فلا- تتغير بالعنوان الثانوى، ولذا قيل: إن من الصلح المحرم للحلال المصالحة بأن لا ينتفع بماله أو لا يطع جاريتها.

ص: ٩٢

كقوله: «تحلّ كذا وتباح كذا»، أمّا الحليّيه التي تضمّنها الأحكام الوضعيه كالحكم بثبوت الزوجيه أو الملكيه أو الرقيّه أو أضدادها فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلاً، فإنّ الانتفاع بالملك في الجملة والاستمتاع بالزوجه والنظر إلى أمّها وبناتها من المباحات التي لا تقبل التغيير، ولذا ذكر في مثال الصلح المحرّم للحلال أن لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

وبعبارة أخرى: ترتّب آثار الملكيه على الملك في الجملة وآثار الزوجيه على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن إباحتها، وإن كان ترتّب بعض الآثار قابلاً لتغير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط إسكان البائع فيه مدّة وإسكان الزوجه في بلد اشترط أن لا يخرج اليه أو وطأها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً كما هو المنصوص.

الشرح:

وبتعبير آخر: بعض آثار الملك وإن يتغير بالعنوان الثانوى، وكذا بعض آثار الزوجيه ولذا لا يجوز سكنى المشتري في المبيع مع اشتراط إسكان البائع فيه في تلك المده، وكذا لا يجوز له إسكان زوجته في بلد اشترط في عقد الزواج أو غيره عدم إخراج الزوجه إليه أو وطئها فيما إذا اشترط كما ذكر عدم وطئها كما في الروايه، إلّا- أن إباحه التصرف لا ترتفع مطلقاً عن الملك وإباحه الاستمتاع عن الزوجيه.

وأجاب قدس سره: بأنّ هذا الجواب أيضا غير منضبط، فانه كما أنّ بعض الأحكام التكليفيه المترتبه على الحكم الوضعى يتغير بأن لا يجوز بعض التصرف المترتب على الملك أو الزوجيه كما ذكر، كذا يمكن أن يرتفع مطلق التصرف المترتب على الملك ومطلق الاستمتاع المترتب على الزوجيه بالشرط.

ودعوى عدم الارتفاع في الثانى اما للإجماع أو لمجرد الاستبعاد كما ترى، فان الاستبعاد لا يعتمد عليه، والاعتماد على الأول يوجب ما تقدم من عدم الفايده في

المراد من كون الشرط محرماً للحلال أو محللاً للحرام

ولكنّ الإنصاف: أنه كلام غير منضبط فإنّه كما جاز تغيّر إباحه بعض الانتفاعات كالوطء في النكاح والسكنى في البيع الى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغيّر إباحه سائرهما الى الحرمة. فليس الحكم بعدم إباحه مطلق التصرف في الملك والاستمتاع بالزوجه لأجل الشرط إلا لإجماع أو لمجرد الاستبعاد، والثاني غير معتدّ به، والأوّل يوجب ما تقدّم: من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطه، مع أنّ هذا العنوان أعنى تحريم الحلال وتحليل الحرام إنّما وقع مستثنى في أدلّه انعقاد اليمين وورد: أنّه لا يمين في تحليل الحرام وتحريم الحلال، وقد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً معللاً بأنّه ليس لك أن تحرم ما أحلّ الله. ومن المعلوم أنّ إباحه العصير لم تثبت من الأحكام الوضعيّة بل هي من الأحكام التكليفيّة الابتدائيّه.

وبالجمله: فالفرق بين التزويج والتسرّي اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً: بأنّه خلاف الكتاب الدالّ على إباحتهما، وبين ترك الوطء الذي ورد جواز اشتراطه، وكذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً: بأنّه من تحريم الحلال، وبين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غايه الإشكال.

وربما قيل في توجيه الروايه [١] وتوضيح معناها: إنّ معنى قوله: «إلا شرطاً

الشرح:

ضابطه كون الشرط محرماً للحلال.

[١] وحاصله (١): أن الشرط المحلّل للحرام أو المحرّم للحلال بمعنى أنّه على تقدير الحكم بوجوب الوفاء به يكون محللاً للحرام ومحرماً للحلال، ولكن هذا خلاف ظاهر الروايه فإنّ ظاهرها استناد التحريم إلى الشرط لا إلى حكمه مع أنه يلزم أن

ص: ٩٤

حرم حلالاً- أو أحل حراماً» إما أن يكون: «إلا شرطاً حرم ذلك الشرط الحلال» والأول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام عليه السلام في روايه منصور بن يونس المتقدمه الداله على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزويج بل يلزم كون الكل لغواً، إذ ينحصر مورد «المسلمون عند شروطهم» باشتراط الواجبات واجتناب المحرمات فيبقى الثاني وهو ظاهر الكلام، فيكون معناه: «إلا شرطاً حرم ذلك الشرط الحلال» بأن يكون المشروط هو حرمه الحلال. ثم قال: فإن قيل: إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله فيجعله حراماً عليه، قلنا: لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله حراماً واقعاً أى مطلوب الترك شرعاً، ولا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراماً شرعياً. ثم قال: فإن قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلاً وتحريماً شرعاً فلا يحرم ولا يحلل.

الشرح:

لا يصح شرط عدم الطلاق وترك التزوج بامرأه أخرى.

وبتعبير آخر: يلزم انحصار شرط الفعل باشتراط ترك الحرام وفعل الواجب، فتعين أن يكون المراد محلّيه نفس الشرط أو محرّميته، وهذا لا يتحقق إلا بكون المشروط حليه الحرام أو ممنوعيه الحلال.

لا- يقال: لا- ينحصر التتحقق بما ذكر فانه لو اشترط ترك التزوج بامرأه أخرى يكون المطلوب للمشروط له ترك التزوج وأنه لا يرضى بالتزوج، فيصدق أن الشرط محرم للحلال.

فانه يقال: المراد في تحريم الحلال جعل الحلال محرماً شرعاً، وهذا لا يحصل باشتراط ترك التزوج.

ص: ٩٥

قلنا: إن أريد أنه لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً شرعياً فهو كذلك، وإن أريد أنه لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً شرعياً بحكم الشرط فهو ليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك، وهذا معنى تحريم الشرط وتحليله. وعلى هذا فلا إجمال في الحديث ولا تخصيص، ويكون الشرط في ذلك كالنذر والعهد واليمين، فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد، ولو نذر أن يكون المال المشتبه حراماً عليه شرعاً أو يحرم ذلك على نفسه شرعاً لن ينعقد، انتهى.

أقول: لا أفهم معنى محضياً لا لاشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعاً، فإن هذا أمر غير مقدور للمشترط ولا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور، ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لأن هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به، إذ ليس فعلاً خصوصاً للمشترط وكذلك الكلام في النذر وشبهه.

الشرح:

وبتعبير آخر: عدم رضى المشترط غير عدم رضى الشارع.

لا يقال: لا يوجد مورد يكون نفس الشرط فيه محللاً شرعاً للشيء الحرام أو محرماً كذلك، وإنما يكون محللاً ومحرماً بلحاظ وجوب الوفاء من الشارع.

فانه يقال: إن كان المراد إن نفس الشرط لا يكون محللاً ومحرماً بالنظر إلى نفس الشرط فقد تقدم أن الشرط مقتضاه ذلك أى بأن كان الحرام الشرعى أو حلاله محللاً شرعاً أو محرماً كذلك بنفس الاشتراط.

وبتعبير آخر: الشرط كالنذر واليمين والعهد، فانه كما إذا نذر أن يأكل المال المشتبه ينعقد ولكن إذا نذر أن لا يحل له المال المشتبه يحكم ببطلانه، كذلك فى شرط ترك الحلال وشرط أن لا تحل له ذلك الفعل انتهى.

وأجاب المصنف رحمه الله عن التوجيه بأن اشتراط أن يكون الحرام الشرعى حلالاً شرعاً أو الحلال الشرعى حراماً شرعاً من فعل الشارع وغير مقدور للمشترط عقلاً،

والعجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون المحرّم والمحلّل نفس الشرط، ولم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التى يعقل الوفاء بالتزامها، وحرمة الشىء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض. وقد مثّل جماعه للصالح المحلّل للحرام بالصالح على شرب الخمر وللمحرّم للحلال بالصالح على أن لا يطأ جاريته ولا ينتفع بماله.

الشرح:

ولا يمكن أن يقال بأن الاستثناء فى موثقه إسحاق بن عمار ناظر إلى هذا الاشتراط الذى لا يصدر عن عاقل.

وبتعبير آخر: الاستثناء فى الموثقه (1) وارد على الشرط الذى يجب الوفاء به غير المقدور أى فعل الغير لا يمكن الوفاء به، وحتى يرد على وجوب الوفاء به استثناء.

أقول: لو كان المراد بالشرط المحلل أو المحرم للحلال اشتراطه الإباحه الشرعيه فى الحرام والحرمة الشرعيه فى الحلال، فيرد عليه أن حمل الاستثناء فى الموثقه على ذلك غير ممكن لما ذكر من أن المشروط من فعل الشارع ولا يدخل فى اختيار المتعاقدين.

ولكن لا موجب للالتزام بما ذكر، بل المشروط كما أشرنا إليه سابقاً الممنوعيه أو حق الارتكاب فى اعتبار المتعاقدين.

واشتراط حق الارتكاب والممنوعيه فى اعتبارهما وان يكون نادراً فى الأفعال الخارجيه، ولكنّه متعارف فى الأفعال الاعتباريه فتشترط المرأة للرجل أن لا يحق له التزوج بامرأه أخرى أو أن لا يحق له طلاقها إلى غير ذلك.

وبتعبير آخر: الفرق بين اشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى وبين اشتراط أن لا يحق له التزوج بامرأه أخرى ظاهر، فإنّ الأول من قبيل شرط الفعل ولا يجوز له

ص: ٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وكيف كان، فالظاهر بل المتعين: أن المراد بالتحليل والتحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص والمنع. نعم، المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك مطلقاً بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، لا ما كان حلالاً لو خُلِيَ وطبعه بحيث لا ينافي عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. وقد ذكرنا: أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حليّه ذلك الشيء أو حرمة وبين وجوب الوفاء بالشرط وعدم وقوعه، ففي الأوّل يكون الشرط على تقدير صحته معيّراً للحكم الشرعي، وفي الثاني يكون معيّراً لموضوعه.

الشرح:

التزوّج بلحاظ الحكم المترتب عليه بلحاظ الشرط ولا ينافي متعلّق الشرط أى المشروط الكتاب والسنة كما لا يكون المشروط حرمة الحلال، بخلاف الثاني فإن المشروط فيه مخالف للكتاب لا اعتبار الحرمان فيما لا يحرمه الشرع، وكذا الحال في اشتراط ترك فعل خارجي واشتراط عدم الحق في ارتكابه فإن عدم الجواز في الأول يترتب بعنوان الشرط وفي الثاني يكون متعلق الشرط عدم الحق والحرمان.

وذكر بعض الأعلام قدس سره تفصيلاً آخر في شرط ترك الحلال وهو أنه إذا كان الشيء حلالاً مع قطع النظر عن العقد والشرط فيه يكون اشتراط تركه محكوماً بالفساد كما في شرط عدم الحق في ارتكابه لان الشرط على كلا التقديرين محرم للحلال ومن هذا القبيل شرط ترك التزوّج بامرأه أخرى أو التسرى بأمه.

واما إذا كان إباحه الشيء تحصل بالعقد، وقبل العقد لا موضوع للإباحه، كما في شرط ترك الوطئ في عقد زواج المرأة، فإن الوطئ بالعقد يحكم بإباحته وقبله لا- موضوع لها، وفي امثال ذلك يكون اشتراط تركه لا بأس به فيما كان الشرط بنحو شرط الفعل لأن الموجب لجواز الفعل هو العقد مع عدم الاشتراط فلا يكون العقد موجبا لجوازه.

ص: ٩٨

فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي «الصلح» و«الشرط» أنهما لا يغيّران حكماً شرعياً بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح والشرط كالنذر وشبهه. وأما تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعيّة ففي غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك، وقد ذكرنا: أنّ الإشكال في كثير من الموارد في تميّز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

ومما ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء [١] يقرب من هذا التفسير

الشرح:

أقول: الفرق لا يرجع إلى محضل فإن ما يوجب الحكم ببطلان شرط ترك الفعل فيما كان مباحا مع قطع النظر عن العقد والشرط بعينه يجرى فيما كان إباحه الشيء بالعقد.

والموجب المزبور اطلاق خطاب إباحه ذلك الفعل مثلاً قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ» (١) أو المستثنى فيه يعم الزوجه التي اشترط في عقدها ترك وطئها، فيكون شرط ترك وطئها محرماً للحلال الوارد في الكتاب.

ويشهد لعدم الفرق أيضاً قولهم ببطلان اشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى وقد ورد في صحيحه منصور بن بزرج وجوب الوفاء به مع أنّ إباحته تثبت قبل العقد والشرط.

وما قيل: من استفادته عدم جوازه من سائر الروايات فقد تقدم ضعف دلالتها وأنها ناظره إلى الحكم بشرط الطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق فراجع.

[١] يظهر من كلام صاحب القوانين (٢) رحمه الله: أنّ مراده من الشرط الحرام ما كان

ص: ٩٩

١- (١) سورة المؤمنين: الآية ٥ و ٦.

٢- (٢) رساله الشروط المطبوعه مع غنائم الأيام: ٧٣٢.

الذى تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة، فإنه بعد ما ذكر من أمثله الشرط الغير الجائز فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات، أو فعل المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كأن يشترط تقليم الأظفار بالسنّ أبداً، أو أن لا يلبس الخنز أبداً ولا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجباً وجعل المباح حراماً حراماً إلا برخصه شرعيه حاصله من الاسباب الشرعيه كالنذر وشبهه فيما ينعقد فيه، ويستفاد ذلك من كلام على عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار: «من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلّ حراماً» قال قدس سره :

الشرح:

المشروط مع قطع النظر عن طريان عنوان الشرط عليه محرّماً كشرط شرب الخمر والزنا ونحوهما وما كان الالتزام به حراماً للحلال كالالتزام بارتكاب المكروه دواماً كتقليم الأظفار بالسن، والالتزام بالاتيان بالمستحب دائماً كالنوافل أو بترك المباح دائماً كما إذا شرط أن لا يلبس الخنز أصلاً.

وبتعبير آخر: يكون الالتزام بفعل المكروه أو فعل المستحب أو ترك المباح على نحو الدوام والاستمرار وعلى نحو العموم من الشرط المحرم للحلال.

وأما إذا لم يكن بنحو العموم والاستمرار أصلاً كان يشترط بأن لا يلبس هذا الخنز مده أو لا يتزوج بالمرأه الفلانيه إلى زمان فلا إشكال فى صحه الشرط حيث لا يحصل بالشرط حكم كلى على المشروط عليه ليكون الحادث من تحريم الحلال.

ووجوب الوفاء بمثل هذا الشروط وإن كان حكماً كلياً إلا أنه مجعول من قبل الشارع لا من قبلنا.

ولو اشترط أن لا يتزوج بهذا المرأه أبداً أو أن لا يبيع هذا الشئ الخارجى أبداً

ص: ١٠٠

فإن قلت: إنَّ الشرط كالنذر وشبهه من الأسباب الشرعيه المغيره للحكم، بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب، فإنَّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح، وأما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجباً، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثله؟

قلت: الظاهر من «تحليل الحرام وتحريم الحلال» هو تأسيس القاعده، وهو تعلق الحكم بالحلّ أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، وكذا حليّه المبيع، فالترويج والتسرّي أمر كلّي حلال، والالتزام تركه مستلزم لتحريمه، وكذلك جميع أحكام الشرع من التكليفيه والوضعيه وغيرها إنما يتعلّق بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها، فالمراد من «تحليل الحرام وتحريم

الشرح:

ففى صحه الشرط إشكال، ووجه الإشكال شباهته بتحريم الحلال من حيث العموم فى الزمان، ووجه صحته أنّ التحليل راجع إلى شخص خارجى لا إلى الطبيعى.

والمتخصّص: أنّ تحريم الحلال بوجه الكلّي بالالتزام بترك الطبيعى المباح دواما يحتاج إلى سبب شرعى ورخصه شرعيه، وقد ثبتت هذه الرخصه فى موارد النذر وشبهه بالأمر بالوفاء بالنذور وعدم جواز حنث الحلف والعهد، واما الشرط فليس كذلك كما يدل عليه موثقه إسحاق بن عمار المتقدمه انتهى كلامه ملخصاً.

أقول: يرد على المصنف رحمه الله أنه قد ذكر قرب هذا التفسير من التفسير المتقدم، مع أنّ هذا التفسير لا يرتبط بما تقدم أصلاً فإنه على التفسير المتقدم لم يكن الالتزام بترك المباح شرطاً حراماً وباطلاً أصلاً، بخلاف هذا التفسير كما تقدم.

نعم يرد على هذا التفسير أولاً: أنه لو كان المراد من الشرط المحرم للحلال جعل القضية الكليه ولو فى حق المشروط عليه لكان الأمر فى الشرط المحلل للحرام أيضاً

ص: ١٠١

الحلال» المنهَى عنه هو أن يُحدِثَ المشترط قاعده كليّه ويُبدع حكماً جديداً، فقد أُجيزَ في الشرع البناء على الشروط إلا شرطاً أوجب إبداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوُّج والتسرّي وإن كان بالنسبه الى نفسه فقط، وقد قال الله تعالى: «فَأَنْكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» وكجعل الخيره فى الجماع والطلاق بيد المرأه. وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ». وفيما لو شرطت عليه أن لا- يتزوَّج أو لا- يتسرّي بفلاينه خاصه إشكال. فما ذكر فى السؤال: من وجوب البيع الخاص الذى يشترطانه فى ضمن عقد، ليس ممّا يوجب إحداث حكم للبيع ولا تبديل حلال الشارع وحرامه، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب الى أن قال قدس سره :

وبالجملة: اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزه ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائز على سبيل القاعده، بل يحصل من ملاحظه جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطانه، وهذا الحكم أيضاً من جعل الشارع فقولنا: «العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب» حكم كلى شرعى وحصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام وعكسه، بل إنّما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه. وللنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم والله العالم.

الشرح:

كذلك، فلا يكون بأس باشتراط شرب هذا الخمر يوماً أو شهراً كما لا يخفى.

وثانياً: أنّ الالتزام بترك المباح دواماً وأبداً لا محذور فيه ولا يدخل فى الشرط المحرم للحلال.

وثالثاً: أنّ نظير هذا الاستثناء قد ذكر فى روايات الحلف والصلح فلا معنى أن يكون النذر وشبهه سبباً شرعياً لجواز الالتزام بفعل المستحب دائماً أو ترك المباح كذلك ولا يكون الشرط كما لا يخفى.

ص: ١٠٢

الخامس: يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد

الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد [١] وإلا لم يصح، لوجهين:

أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحقّقه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بدّ إمّا أن يحكم بتساقط كليهما، وإمّا أن يقدّم جانب العقد، لأنّه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع، وعلى كلّ تقدير لا يصح الشرط.

الشرح:

[١] المعروف أنه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد، وإلا يحكم بطلان الشرط.

ويستدل على ذلك تاره: بأنّه لا يمكن تحقّق العقد مع الشرط المزبور، لأنّ مقتضى العقد لا يتخلف عن العقد، ومع الشرط الموجب لعدم تحقّقه اما لا يتحقق شيء من العقد والشرط، أو لا يتحقّق الشرط خاصّه لكونه تابعا وعلى كلّ تقدير فلا شرط.

وأخرى: بأنّ المشروط إذا كان مخالفاً لمقتضى العقد يكون مخالفاً للكتاب والسنة، فإنّ مدلولهما ترتب مقتضى العقد على ذلك العقد، ولذا ذكر العلامة رحمه الله أنّ اشتراط عدم بيع المبيع على المشتري يخالف السنة الدالّة على «أنّ الناس مسلّطون على أموالهم» (١).

وربما يقال: إن العقد أي بيع المال من واحد يوجب تسلّطه على بيع ذلك المال فيما إذا لم يشترط عدم البيع عليه.

وبتعبير آخر: يكون جواز بيع المبيع ثانياً من مقتضى إطلاق بيعه منه أولاً فلا يكون مخالفاً لمقتضى العقد.

ص: ١٠٣

١- (١) التذكرة ١ : ٤٨٩ ، وراجع الحديث في عوالي اللآلى ١ : ٢٢٢ ، الحديث ٩٩ و ٤٥٧ ، الحديث ١٩٨ ، و ٣ : ٢٠٨ ، الحديث

الثاني: أنّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في التذكرة: أنّ اشتراط عدم بيع المبيع منافٍ لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون على أموالهم». ودعوى: أنّ العقد إنّما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً، خروج عن محل الكلام، إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه وخلوّه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيده بقيده وشرط يشترط فيه. هذا كلّه مع تحقّق الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال في أصل الحكم. وإنّما الإشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع الشّرح:

ولكن لا يخفى أنّ الكلام في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافياً لمقتضى نفس العقد بأن لا ينفك عنه لا في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافياً لمقتضى إطلاق العقد وعدم تقيده بشرط، وإلا فلا منافاه.

وكيف ما كان: فلا إشكال في اشتراط هذا الأمر وأنّه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون مخالفاً لمقتضى نفس العقد للتسالم على ذلك.

وإنّما الإشكال في تمييز موارد كون المشروط مخالفاً لمقتضى نفس العقد عن موارد كونه منافياً لمقتضى إطلاق العقد، ليحكم بالفساد على الأول وعلى عدم البأس والنفوذ على الثاني.

فانه قيل (1) في بعض الموارد ببطلان الشرط لكونه خلاف مقتضى نفس العقد وبصحته في بعضها الآخر مع عدم الفرق بينهما، مثلاً قيل: بعدم جواز شرط ترك البيع أو الهبة على المشتري، فانه يخالف مقتضى الشراء وبجواز شرط العتق والوقف على

ص: ١٠٤

١- (١) أنظر العناوين ٢: ٣٠٧.

وتميّزها عمّا يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد وإن اتّضح ذلك في بعض الموارد لكون الأثر كالمقوّم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً في المبيع وعدم الاستمتاع أصلاً بالزوجه حتّى النظر ونحو ذلك. إلّا أنّ الإشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظته اتّفاقهم على الجواز في بعض المقامات واتّفاقهم على عدمه فيما يشبهه ويصعب الفرق بينهما وإن تكلف له بعض. مثلاً: المعروف عدم جواز المنع عن البيع والهبة في ضمن عقد البيع وجواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتّى على البائع وولده كما صرح به في التذكرة، وقد اعترف في التحرير: بأنّ اشتراط العتق مما ينافي مقتضى العقد وإنّما جاز لبناء العتق على التغليب. وهذا لو تمّ لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع وولده، فإنّه شرط مناف كالعق ليس مبيّناً على التغليب، ولأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والإشكال في أنّ الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد .

الشرح:

المشتري حتى فيما كان الموقوف عليه البائع وولده(١).

وما قيل في الفرق بأن العتق مبني على التغليب(٢) غير صحيح فانه لا يجرى في جواز اشتراط الوقف.

والحاصل: يقع الإشكال في تمييز كون الشرط مخالفاً لمقتضى نفس العقد أو إطلاقه في موارد كثيرة:

منها: اشتراط ترك البيع على المشتري فان المشهور على عدم الجواز ولكن عن العلامة(٣) جوازه.

ص: ١٠٥

١- (١) التذكرة ١ : ٤٩٣ .

٢- (٢) التحرير ١ : ١٨٠ .

٣- (٣) التذكرة ١ : ٤٨٩ .

منها: اشتراط عدم البيع، فإنَّ المشهور عدم الجواز، لكنَّ العلامه في التذكرة استشكل في ذلك بل قوَى بعض من تأخر عنه صحته.

ومنها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان: من جواز الشركة فيه إذا قال: «الربح لنا ولا خسران عليك» لصحيحة رفاعه في شراء الجارية، قال: ومنعه ابن ادریس لأنه منافٍ لقضيه الشركة. قلنا: لا نسلم أن تبعه المال لازمه لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة والأقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات، انتهى.

ومنها: ما اشتهر بينهم: من جواز اشتراط الضمان في العارية وعدم جوازه في الإجاره، مستدلّين: بأن مقتضى عقد الإجاره عدم ضمان المستأجر، فأورد عليهم المحقق الاردبيلي وتبعه جمال المحققين في حاشيه الروضه: بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك، إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

الشرح:

ومنها: ما ذكره في الدروس(١): من انه لو اشترى حيوانا وشرك فيه الآخر على ان يكون الربح بينهما ولا خسران عليه، فمقتضى صحيحة رفاعه جواز الشرط، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جاريه له وقال: إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح، وإن كانت وضيعه فليس عليك شيء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»(٢). ونحوها، ولكن عن ابن ادریس(٣) عدم جواز الشرط لانه مخالف لمقتضى الشركة.

أقول: ظاهر الصحيحه التثريك بمعنى بيع نصف المشاع على الآخر مع الشرط

ص: ١٠٦

١- (١) الدروس ٣ : ٢٢٣ ٢٢٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٧ ، الباب ١ من كتاب الشركة، الحديث ٨ .

٣- (٣) السرائر ٢ : ٣٤٩ .

ومنها: اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها، فقد جوزه جماعه لعدم المانع وللنص ومنعه آخرون، منهم فخر الدين فى الإيضاح مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع والإسكان، وقد بالغ حتى جعل هذا قرينه على حمل النص على استحباب الوفاء.

ومنها: مسأله توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه وعدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنيه على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع. قال فى الإيضاح ما ملخصه بعد إسقاط ما لا يرتبط بالمقام: إنهم اختلفوا فى أن هذا العقد يقتضى التوارث أم لا.

وعلى الأول: فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لأن كل ما تقتضيه الماهيه من حيث هي يستحيل عدمه مع وجودها. وقيل: المقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه أعنى الماهيه بشرط لا شيء فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه.

الشرح:

المزبور، ولا بد من أن يراد بالشرط شرط تدارك الخساره، نظير ما ذكره فى شرط الخسران الشركه فى عقد على العامل.

والوجه فى ذلك: أنه إذا كان المشروط فى المتاع المشترك فيما إذا اشتراه اثنان بثمان على عهدتهما أو كان المتاع لأحدهما فشرك الآخر فيه ولو بيع نصفه منه توليه الربح بينهما والخسران على أحدهما، فيتصور صور:

الأولى: أن يكون المشروط انتقال المقدار المساوى لرأس مال صاحبه من الثمن إليه بمجرد البيع كما إذا اشترى المتاع بعشرين بالمناصفه وباعا بعشره، فينتقل تمام العشره إلى ملك المشروط.

والاشترط بهذا النحو محكوم بالبطلان، فإن العشره التى بيع المتاع بها بدل لتمام

وعلى الثاني: قيل: يثبت مع الاشتراط ويسقط مع عدمه، وقيل: لا يصح اشتراطه، انتهى.

ومرجع القولين إلى أنّ عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته، واختار هو هذا القول الرابع تبعاً لجده ووالده واستدلّ عليه أخيراً بما دلّ على أنّ من حدود المتعه أن لا ترثها ولا ترثك قال: فجعل نفى الإرث من مقتضى ماهيه.

ولأجل صعوبه دفع ما ذكرنا من الإشكال في تمييز مقتضيات ماهيه العقد من مقتضيات إطلاقه، التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه حتى تُثني به المحقق فأرجع هذا التمييز عند عدم اتّضح المنافات وعدم الإجماع على الصحه أو البطلان الى نظر الفقيه فقال أوّلاً:

المراد ب«منافى مقتضى العقد» ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه على أنه أثره وفائدته التي لأجلها

الشرح:

المتاع لا لنصفه، فيكون انتقالها إلى ملك أحدهما موجبا لخروج المعوض من كيس ودخول عوضه في ملك آخر.

لا يقال: لا محذور في انتقال بدل المال إلى غير ملك مالك المعوض بعضاً أو كلاً، كما في المضاربه فان الثمن الذي وقع بازاء المتاع المشتري برأس المال بدل عن ذلك المتاع المملوك لربّ المال، مع أنه يدخل بعضه في ملك العامل.

فإنه يقال: المضاربه تتضمن التوكيل في تجاره وجعل بعض الربح بنحو الإشاعه أجره للعامل.

وهذا لا محذور فيه فيكون نظير الصورة الثانيه: وهى ما إذا اشترط دخول مقدار من رأس المال المملوك لأحد الشريكين ببيع المتاع في ملك الآخر مع الخسران، أو دخول ما يقال: رأس مال صاحبه من العين في ملكه قبل البيع ليكون ثمنه ملكه بالبيع.

ص: ١٠٨

وضع كانتقال العوضين إلى المتعاقدين وإطلاق التصرف فيهما في البيع وثبوت التوثق في الرهن والمال في ذمه الضامن بالنسبه إلى الضمان وانتقال الحق الى ذمه المّحال عليه في الحواله ونحو ذلك فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحّه اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيّناً وأجاب بكفايه جواز الانتفاع وقتاً ما في مقتضى العقد، ثم اعترض بأنّ العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض منافي له.

ثمّ قال: ودفع ذلك لا يخلو عن عسر وكذا القول في نحو خيار الحيوان فإنّ ثبوته مقتضى العقد فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً له. ثمّ قال: ولا يمكن أن يقال: أنّ مقتضى العقد ما لم يجعل إلّا لأجله كانتقال العوضين فإنّ ذلك ينافي منع اشتراط أن لا يبيع المبيع مثلاً. ثمّ قال: والحاسم لمادّه الإشكال أنّ الشروط على أقسام:

الشرح:

والشرط في هذه الصورة بفرضيه لا بأس به بناءً على أنّ شرط الملك بنحو شرط النتيجة مع التعليق والجهاله صحيح ولا يضر كونه تمليكاً قبل التملك ولكن هذا مجرد فرض.

الصورة الثالثه: ما إذا كان الشرط أى المشروط بنحو شرط الفعل بأن يلتزم أحد الشريكين في عقد الشركه أو عقد آخر أن يتدارك خسران شريكه وهذا بنحو من الاشتراط يوافق الارتكاز، ولذا لا يفرق بين كون الخسران بحيث يحتاج تداركه إلى الإعطاء من غير الثمن أم لا، ولا يبعد أن يكون ظهور الصحيحه أيضاً ذلك.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا اشترط في عقد الشركه أو في عقد آخر زياده أحدهما في الربح بالإضافة إلى رأس ماله فأنّه لا يصح على الصورة الأولى، إلّا إذا كان

منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحّحه أو فساد.

ومنها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضح مقابله ولا كلام فيما وضح.

ومنها: ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: وضح المنافاه إن كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال في العوضين وعدم انتقال المال الى ذمّه الضامن والمحال عليه فلا يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجهه إلى الشرع من نصّ أو إجماع على صحّحه الاشتراط وعدمه. ومع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه، فإن دلّ عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومه دليل وجوب

الشرح:

للمشروط له عمل زائد بحيث تكون الزيادة بازاء عمله، فيشبه المضاربه هذا كله في ربح التجاره وخسرانها.

وأما إذا كان الاشتراط راجعا إلى اختصاص احد الشريكين بنماء العين المشتركة فهذا لا بأس به سواء كان الاشتراط في عقد الشركه أو غيره، لأنّ ما ذكر في ربح التجاره في الصوره الأولى لا يجرى في هذا الفرض، ولكن الشرط المزبور أيضا لا يخلو عن التأمل.

ومنها: ما اشتهر بينهم (١) من جواز شرط ضمان العين في عاريتها ولا يجوز شرط ضمانها في إيجارتها.

وربما يقال كما عن الأردبيلي (٢) قدس سره بجواز شرط الضمان في الإجاره أيضا لأنّ

ص: ١١٠

١- (١) راجع مفتاح الكرامه ٧: ٢٥٣، والجواهر ٢٧: ٢١٧.

٢- (٢) مجمع الفائده ١٠: ٦٩.

الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل وتخصيصه حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب والسنة. وإن دلّ على ثبوته للعقد لو خلى وطبعه بحيث لا - ينافي تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط. وقد فهم من قوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» أنّ السلطنة على الزوجه من آثار الزوجية التي لا تتغير، فجعل اشترط كون الجماع بيد الزوجه في الروايه السابقه منافياً لهذا الأثر ولم يُجعل اشترط عدم الإخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» عدم التنافي، فأجمعوا على صحّته اشترط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعيه للعقد، وكذا على صحّته اشترط الخيار بعد الافتراق. ولو شكّ في مؤدّى الدليل وجب الرجوع الى أصله ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى فيبقى عموم أدلّه الشرط سليماً عن المخصّص وقد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفه الكتاب والسنة.

الشرح:

عدم ضمانها فيها مقتضى إطلاق عقد الإجاره نظير العاريه.

ومنها: التوارث فى عقد الانقطاع فإنّ فيه وجوه أربعة: الأوّل: التوارث مطلقاً ولو مع عدم الاشتراط. الثانى: التوارث مع الاشتراط فقط. الثالث: عدم التوارث مع اشتراط العدم. الرابع: عدم التوارث مطلقاً.

فإنّ الكلام فى أنّ التوارث من مقتضى نفس عقد الانقطاع كعقد الدوام، أو أنه من مقتضى إطلاقه، أو أن عقد الانقطاع لا يقتضى التوارث لا بنفسه ولا بإطلاقه بل يقتضى عدمه.

وإذا اقتضى عدمه هل اقتضاه عدم التوارث بنفس العقد أو بمقتضى إطلاقه.

أقول: إن أريد بمقتضى العقد مدلوله فلا ينبغى الريب فى اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، فإنّه إذا كان منافياً لا يتحقق قصد إنشاء ذلك المدلول، كما إذا قال

ص: ١١١

الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً [١] جهاله توجب الغرر في البيع لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين كما سيبيء بيانه، قال في التذكرة: وكما أن الجهالة في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما ولو احق المبيع فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع، انتهى.

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سرايه الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناءً على أن المنفَى مطلق الغرر حتى في غير البيع، ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة، فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به، ولذا قد يُجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإنّ العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع: أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط.

الشرح:

«بعتك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً فعلاً أو مطلقاً» أو «وهبتك المال على أن يكون المال لي لا لك» إلى غير ذلك.

وأما إذا أريد من مقتضى العقد حكمه سواء كان ذلك الحكم إمضائياً أو تأسيسياً، فإن كان المشروط عدم ذلك الحكم، فلا يصح الشرط لكونه يخالف الكتاب أو السنة.

نعم إذا كان ذلك المقتضى من قبيل الحق لا الحكم فلا بأس باشتراط عدمه، واما اشتراط الفعل أو الترك لحكم المعاملة فقد تقدم الكلام فيه سابقاً فلا نعيد.

[١] ذكر قدس سره أنه يعتبر في نفوذ الشرط عدم جهالته، حيث إن جهالته يوجب الغرر في البيع لكون الشرط في الحقيقة أمر ينضم إلى أحد العوضين والجهالة في أحد العوضين غرر في البيع.

ولذا ذكروا أنه يعتبر في بيع السلم والنسيه تعيين المدّة التي يستحق فيها المشتري تسلم المبيع والبايع تسلم الثمن، مع أن في السلم اشتراط تأخير تسليم

لكنّ الإنصاف: أنّ جهاله الشرط يستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهاله أحد العوضين. ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة: من الفرق في حمل الحيوان وبيض الدجاجة ومال العبد المجهول المقدار، بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الأمور، بأن يقول: «بعتكها على أنّها حامل أو على أنّ لك حملها» وبين تملكها على وجه

الشرح:

المبيع على العهده وفي النسيه اشتراط التأخير في الثمن كذلك.

ولو أغمض عن ذلك بأن بنى على أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين مطلقاً، بل في خصوص ما كان المشروط وصفاً في أحد العوضين أو تعين زمان أو مكان لتسليمهما.

وأما إذا كان عملاً خارجياً أو اعتبارياً فلا تكون الجهاله في هذا الشرط موجبا للغرر في البيع يحكم بطلان الشرط المجهول لما رواه العلامة (١) عن النبي صلى الله عليه و آله من نهيه عن الغرر (٢)، وهذا النهي يعمّ المعامله التي تكون فيها الجهل كذا الشرط المجهول فيها.

ولا بأس بإرساله في الاعتماد عليه لانجبار ضعفه بعمل المشهور، حيث يحكمون بفساد المعامله التي فيها جهل حتى في مثل الوكاله وغيرها من المعاملات الجائزه.

نعم بطلان الشرط لا يوجب بطلان البيع على الأظهر فيما يأتي مسأله كون الشرط الفساد مفسدا للعقد أم لا.

ثم ذكر قدس سره أنّ جهاله الشرط يوجب الجهاله في أحد العوضين، ولذلك يكون البيع غررياً، وفرّع على ذلك عدم المساعده على ما ذكر العلامة (٣) قدس سره في حمل الحيوان

ص: ١١٣

١- (١) التذكرة ١: ٤٦٦، ٤٨٨، ٤٩١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

٣- (٣) التذكرة ١: ٤٩٣ و ٤٩٩.

الجزئية، بأن يقول: «بعتكها وحملها» فصَحَّ الأوَّل لأنه تابع، وأبطل الثانى لأنه جزء. لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه لأنه بمنزله الاشتراط، ولا يضر الجهاله لأنه تابع. وقال فى باب بيع المملوك: ولو اشتراه وماله صحَّ ولم يُشترط علمه ولا التفصى من الربا إن قلنا: إنه يملك وإن أحلناه اشتراطاً، انتهى.

الشرح:

وبيض الدجاجة ومال العبد فيما إذا جهل مقداره وانه لو وقع البيع واشترط فيه الحمل أو البيض للمشتري صح البيع، لأنَّ الشرط تابع ولا يضر جهاله التابع، بخلاف ما إذا قال «بعت الدابة مع حملها بكذا»، فإنه يحكم ببطلان البيع للجهاله فى أحد العوضين.

وعن الدروس (1): لو جعل الحمل جزءاً يصح البيع أيضاً، لأنَّ الحمل تابع وكذا مال العبد بناءً على أنه يملك، فان ماله لكونه تابعا للعبد لا يضر فيه الجهاله ولا يجرى فيه الربا، بخلاف ما إذا قيل: بأنه لا يملك، فان المال على ذلك لا يتبع العبد فيعتبر فى بيعه مع ماله أو بشرط ماله العلم بمقدار المال وعدم لزوم الربا.

لكن الأظهر مع اختلاف الكلمات اعتبار عدم الجهاله فى الشرط مطلقاً، إلا فيما إذا كان الشرط بحيث يعد فى العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاجة.

والوجه فى ذلك عموم النهى عن الغرر وكون التراضى بالبيع منوطاً بالشرط على ما فى كلماتهم دخیلاً فى تحقق نفس البيع. والجهاله فيه موجه للجهاله فى البيع.

أقول: قد تقدم أنَّ إنشاء البيع منوط بالشرط بمعناه المصدري وهو حاصل على الفرض، وأما الشرط بمعنى المشروط فلا يكون إنشاء البيع معلقاً عليه، وإلا بطل للتعلق وأنَّ الجهاله فى المشروط يوجب الغرر فى البيع فيما إذا كان المشروط وصفاً

ص: ١١٤

والمسألة محل إشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف الثامها حيث صرّحوا: بأنّ للشرط قسطاً من أحد العوضين، وأنّ التراضى على المعاوضه وقع منوطاً به، ولازمه كون الجهاله فيه قاده.

والأقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر إلا إذا عُيّد الشرط فى العرف تابعاً غير مقصود بالبيع كبيع الدجاج. وقد مرّ ما ينفع هذا المقام فى شروط العوضين، وسيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان إن شاء الله تعالى.

الشرح:

لأحد العوضين أو تعيّننا لزمان استحقاق التسليم أو التسلم أو مكانهما، لا مطلقاً فان البيع تمليك عين لعوض.

ولو كان المشروط امراً خارجاً عن العوضين كما إذا كان عملاً خارجياً واعتبارياً فلا يوجب جهالته فى البيع، والنهى عن الغرر غير ثابت.

واعتبار التعيين فى غير البيع من المعاملات المبتنيه على المداقه والمغابنه مستفاد مما ورد فى البيع حيث لا فرق بحسب المتفاهم العرفى بينه وبينها من تلك الجهه.

ثم إنّ مسأله التابع لأحد العوضين لا يجرى فى هذا الفرض، بل يجرى فى الفرض الأول فلاحظ وتدبر.

ثم انه لا يبعد دعوى عدم البأس بشرط مجهول راجع إلى أحد العوضين بأن يكون المشروط مائلاً مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف، وذلك للأخذ بمقتضى ماورد فى جواز بيع المجهول منضمماً إلى معلوم، فانه إذا كان ظاهر تلك الروايات جعل المجهول جزءاً من أحد العوضين، فلا يحتمل صحته وعدم صحه جعل المجهول شرطاً.

وعن السيد اليزدى (١) قدس سره انه لا بأس بالشرط المجهول كان له واقع معين كما إذا باع المال بكذا على أن يفعل المشتري ما يقوله زيد.

ص: ١١٥

السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً للمحال [١] كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع، فإنَّ العلامه قد ذكر هنا: أنَّه مستلزم للدور. قال في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحَّ سواء اتَّحد الثمن قدرأً وجنسأً ووصفاً أو لا، وإلاَّ جاء الدور، لأنَّ بيعه له يتوقَّف على ملكيته له المتوقَّفه على بيعه، فيدور. أمَّا لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنَّه يصحَّ عندنا حيث لا- منافاه فيه للكتاب والسنة. لا- يقال: ما التزموه من الدور آتٍ هنا، لأنَّنا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى. وقد تقدَّم تقرير الدور مع جوابه في باب النقد والنسيه. وقد صرَّح في الدروس: بأنَّ هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع.

الشرح:

وأما إذا لم يكن له واقع معيّن فلا يصحَّ، كما إذا قال: «بعتك المال بكذا» على ان يفعل شيئاً.

والوجه في الفرق أنَّ البيع في الصورة الثانيه يكون غريباً، بخلاف الصورة الأولى فإنَّه لا ينطبق الغرر على البيع.

ولكن لا- يخفى أنَّ التفرقه بين الصورتين غير وجيه فإنَّ البيع هو تمليك عين بعوض، فان كان المشروط المجهول لا حقاً بأحد العوضين فيحكم ببطلانه في الصورتين، وإلاَّ فلا يكون البيع غريباً ولا يحكم ببطلانه.

وبتعبير آخر: عنوان العقد وان يعم المعامله بشرطها، ولذا يحكم بلزوم الشرط كنفس المعامله، إلاَّ أنَّ عنوان البيع لا يعم الشرط ولا يكون الغرر فيه غرراً في البيع.

[١] إذا كان تحقُّق المشروط مستلزماً لمحال يكون ذلك من شرط المحال غير المقدور، وقد تقدَّم عدم تعلق الالتزام بغير المقدور فضلاً عن المحال، وأما ما يذكر في المقام مثلاً لذلك بأن باع منه شيئاً واشترط عليه ان يبيعه منه ثانياً فلا يخفى ما فيه، فان

ويرد عليه وعلى الدور: النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه، وصرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الشرح:

الاشتراط المزبور في نفسه لا- بأس به ولا- يستلزم دورا ولا- غيره حتى فيما إذا كان المشروط بيع المتاع من بايعه بنحو شرط النتيجة، لأن البيع يدخل المبيع في ملك المشتري وبالشرط يخرج من ملكه إلى ملك بايعه، لأن المراد بالشرط في المقام الشرط في المعامله، لا الشرط من أجزاء العله.

ولو امتنع اشتراط أن يبيعه منه ثانيا لامتنع اشتراط ان يبيعه من غيره بعد شرائه، لأن المراد من بيعه من غيره البيع عن نفسه بحيث يدخل الثمن في ملكه كما يخرج المثل من ملكه أيضا، والبيع فضولاً أو بنحو الوكالة لا يدخل في شرط البيع المزبور.

ولكن يرفع اليد عن الجواز بالإضافه إلى اشتراط بيع المال من بايعه ثانيا ويحكم ببطلان الشرط بل البطلان البيع المشروط أخذا بظاهر صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه دراهم بنقد أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^(١). وقريب منها غيرها وهذا مع اختلاف الثمنين.

وذكر السيد اليزدي^(٢) قدس سره مثلاً آخر لهذا الاشتراط، كما إذا نذر ان ماله المعين لزيد على تقدير وجوب الكنس عليه، ثم باع ذلك المال من عمرو واشترط عمرو عليه كنس المسجد، فانه إذا صح هذا الشرط ووجب عليه الكنس للزوم دخول المبيع في

ص: ١١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦، ومسائل على بن جعفر : ١٢٧ / ١٠٠.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٢٨٨ ، الرقم ٤١٥ .

الشرط الثامن: أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور، بل لم يُعلم فيه خلاف، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتى. لأنّ المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً وإن كان أثره مستمراً فى نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء وبعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ فى زمانٍ إلى حين حصول المطلوب وإن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره فى العقد فلم يحصل ملزم له. نعم، يمكن أن يقال: إنّ العقد الشرح:

ملك زيد كما هو مقتضى نذر كونه له بنحو نذر النتيجة وإذا دخل فى ملكه لزم بطلان البيع من عمرو.

وعلى ذلك فيلزم من صحه الشرط انتفاء المعامله التى وقع الشرط المزبور فى ضمنها.

أقول: لو فرض صحه النذر المزبور كما إذا وقع شكراً لوجوب كنس المسجد لوجب على الناظر وجوب الكنس باشتراطه فى بيع المال من عمرو، ولكن لا يبطل البيع المزبور ولا يدخل المبيع فى ملك زيد، لأن نذر المال له بنحو شرط النتيجة على تقدير وجوب الكنس وعلى تقدير بقاء المال فى ملكه، ولا يعم فرض خروجه إلى ملك الآخر بناقل اختيارى أو قهرى كما لا يخفى.

والحاصل: أنه لا- ندعى ان انتقال المال إلى زيد متأخر عن انتقاله إلى عمرو رتبه، ومع انتقاله إلى عمرو فى رتبه سابقه لا يبقى مجال للمتأخر ليقال: إن انتقال المال إلى زيد إنما يتأخر عن وجوب الكنس، لا عن انتقال المال إلى عمرو، وانتقال المال إلى عمرو وان كان فى رتبه وجوب الكنس إلا أن المتأخر عن أحد الشئيين فى رتبه واحده لا يتأخر عن الآخر منهما أيضاً لأن ملاك التأخر رتبه وهى العليه والمعلوليه يختص بأحد الشئيين.

إذا وقع مع تواطيهما على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجاره لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط، فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول: «بعتك العبد بعشره وشرطت لك ماله» وبين تواطيهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: «بعتك العبد بعشره» قاصدين العشره المقرونه بكون مال العبد للمشتري. هذا، مع أن الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» هو ما لم يقع العقد مبيئاً عليه، فيعم محل الكلام. وعلى هذا فلو تواطيا على شرط الشرح:

بل المدعى أن نذر المال لزيد مشروطا بوجود كنس المسجد عليه بنحو القضييه الشرطيه مقتضاه تحقق انتقال المال إلى زيد على تقدير بقاء المال في ملك الناذر عند وجوب الكنس على ذلك الناذر، كما في ساير النذور المعلقه أى المشروطه.

ومن الظاهر أن القضييه الشرطيه لا تتكفل لإثبات الشرط الوارد فيها، كما أنها لا تنفيه.

ونظيرها القضييه الحمله التي بمفاد القضييه الشرطيه أو الحقيقيه، فان هذه لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيها ولذا لا تنافي القضييه الشرطيه أو الحقيقيه الأخرى النافيه لتحقيق الشرط أو نفي تحقيق الموضوع.

وعلى ذلك فإذا باع الناذر المال من عمرو على شرط وجوب الكنس على الباع فيعمه «أحلّ الله البيع» فيخرج المال المزبور عن ملك الناذر، ولا يبقى لرجوع المال إلى زيد موضوع أى شرطه وهو بقاء المال على ملك الناذر.

نعم يبقى الكلام في ان هذا الانتقال حث للناذر أم لا، والصحيح كما ذكرنا في محله أنه لو كان النذر بمجرد مفاد القضييه الشرطيه فقط فلا حث، لأن نذر الانتقال كما هو معلق على وجوب الكنس كذلك معلق على بقاء المال على ملك الناذر، ومع

الثامن: اعتبار ذكر الشرط في متن العقد

فاسد فسد العقد المبني عليه وإن لم يذكر فيه. نعم، لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط، أتجه صحه العقد وعدم لزوم الشرط. هذا، ولكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد [١] وعدم إجراء أحكام الشرط عليه وإن وقع العقد مبتتياً عليه، بل في الرياض عن بعض الأجله حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد، بعدما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم

الشرح:

خروج المال عن ملكه كعدم وجوب الكنس لا نذر.

وأما إن كان مع الالتزام بإبقاء المال إلى زمان يحتمل فيه حصول الشرط كما هو المتفاهم مثل قول الناذر «لله على التصدق بهذا المال» على تقدير مجيء مسافري أو شفاء مريضى ونحو ذلك فاللازم إبقاء المال.

ولو أتلفه أو أخرجه عن ملكه مع احتمال حصول الشرط مطلقاً أو فى زمان عينه فعلية كفاره الحنث، كما أنه لو لم يخرججه ولكن لم يتصدق مع تحقق الشرط يتحقق الحنث، ولا يبعد أن يكون المثال من هذا القبيل أيضاً والله سبحانه هو العالم.

[١] اختلف كلماتهم فى اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد بحيث لا يكفى ذكره قبله حتى فيما كان من قصدهما بناء العقد على المذكور قبله، فإنه يظهر من بعضهم كما صرح به بعضهم الآخر (١) اعتبار ذكره فى متن العقد.

ويذكر فى وجه الاعتبار أنّ المشروط عليه قبل العقد ان التزم بشىء، فهذا يدخل فى الالتزام الابتدائى فلا يجب الوفاء به حتى ما لو فرض أنه كان على التزامه إلى أن وقع العقد، أو حتى كان على التزامه بعد العقد أيضاً فان بقاءه على التزامه لا يخرججه عن الالتزام الابتدائى.

ص: ١٢٠

للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح. وتتبع كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى، فتراهم يجوّزون في باب الربا والصرف الاحتيال في تحليل معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبه الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإنّ الحيله لا تتحقّق إلا بالتواطى على هبه الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمراً إلى ما بعده. وقد صرّح المحقّق والعلامة في باب المراهبه: بجواز أن يبيع الشىء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراهبه إذا لم يشترط ذلك لفظاً. ومعلوم أنّ المعامله لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطى والالتزام بالنقل ثانياً. نعم، خصّ في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأنّ المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك وإيقاع العقد على هذا الالتزام. لكنّه تقييد لإطلاق كلماتهم، خصوصاً مع قولهم: إذا لم يشترط لفظاً.

الشرح:

وان لم يلتزم بذلك الشىء قبل العقد بل وعد بالتزامه في ضمن العقد فمع عدم ذكره في متن العقد لم يتحقّق الالتزام بذلك الشىء لا قبل العقد ولا فيه.

وربما يؤيد ذلك بما ذكروا في باب الربا في الاحتيال للتخلص من الربا من أنّه لو عاوض أحد المتجانسين بأزيد منه وكان من قصدهما المبادله مثلاً بمثل وهبه المقدار الزائد فلا بأس فيما إذا لم يشترط الهبه في البيع.

ووجه التأييد أنّه لا- يكون هذا التخلص عادة إلا بالتواطى عليه قبل المعامله ولو كان التوافق بشىء قبل المعامله بمنزله الاشتراط لكان هبه الزائد شرطاً لا محاله، فتدخل المعامله في الربا حيث إن الربا تعم الزيادة العينيه والحكميه وشرط هبه المقدار الزائد من الزيادة الحكميه.

ص: ١٢١

وبالجملة: فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة: أنّ الاشتراط والالتزام من قصدهما ولم يذكره لفظاً، لا أنّ النقل من قصدهما، فراجع.

وأيضاً فقد حكى عن المشهور: أنّ عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر المعين إذا خلا عن ذكر الأجل ينقلب دائماً. نعم، ربما ينسب إلى الخلاف والمختلف: صحه اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع. لكن قد تقدّم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف، بل المختلف، فراجع. ثم إنّ هنا وجهاً الشرح:

وكذا يؤيد بما ذكر العلامة (١) وقبله المحقق (٢) في بيع المرابحة بأنّه: يجوز للبائع عند إرادته الإخبار برأس ماله أن يبيع ذلك المال من آخر بمقدار يريد الإخبار بذلك المقدار، ويشتري منه ثانياً بذلك المقدار، ويخبر عند إرادته البيع مرابحة برأس ماله وأنه ذلك المقدار، وهذا كاشف عن أنّه لا يجرى على المذكور قبل العقد.

وبناء العقد عليه حكم الشرط لما تقدم من بطلان البيع بشرط بيع المشتري المال من بايعه ثانياً.

ولو كان التوافق قبل العقد في حكم الشرط لكان بيع المالك علاجاً لإخباره برأس المال باطلاً، لأنّه قد اشترط فيه بيع المشتري المال منه ثانياً.

أقول: لعل مرادهما من الجواز الحكم بصحة البيع وحليته نفسه تكليفاً، لا- الإخبار برأس المال اعتماداً على ذلك البيع، فإنّ الاخبار المزبور يكون غشا في بيع المرابحة، فيحكم بحرمة تكليفاً.

هذا مع عدم التأيد فيما ذكره خصوصاً في مسأله نسيان ذكر المده، فان الحكم بانقلاب العقد مع نسيان ذكره على تقديره حكم تعبدى.

ص: ١٢٢

١- (١) القواعد ٢: ٥٨، والتذكرة ١: ٥٤٢.

٢- (٢) الشرائع ٢: ٤١.

آخر لا يخلو عن وجه، وهو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط، لأنّ الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنّه كالجاء من أحد العوضين، فيجب ذكره في الإيجاب والقبول كأجزاء العوضين، وقد صرح الشهيد في غاية المراد بوجود ذكر الثمن في العقد وعدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً، كما إذا قال: «بغنى بدرهم» فقال: «بعتك» فقال المشتري: «قبلت» وسيأتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى.

الشرح:

ولكن قد ذكرنا في المسألة أنّ ذكر الأجل ولو إجمالاً مقوم لعقد المتعه فمع عدم ذكره لا متعه، لا أنّه ينقلب دائماً والنص الوارد ناظر إلى التفرقة بين العقدین في الإنشاء، لا إلى الحكم بالدوام ولو مع عدم القصد.

وأما عدم التأيد في غير هذه المسألة فإن مجرد التوافق على شيء لا يوجب بناء العقد عليه وإنما يكون العقد مبنيًا فيما إذا كان مقتضى التوافق ثبوت الحق لأحدهما على الآخر، بحيث يستحق له المطالبة به وإلزام الآخر بالعمل على ذلك التوافق، وقد تقدم بيان ذلك في اشتراط البيع من الباع ثانياً في بيعه أولاً.

قد يقال: الإنصاف أنّه لو كان الشرط ارتباطه بالعقد بالظرفيه والمظروفيه كما هو ظاهر القاموس لكان اللانتم اعتبار ذكر المشروط في متن العقد وإلا فلا ظرفيه، نعم بناءً على ما ذكرنا من الارتباط فيتحقق معنى الشرط ولو بذكره قبل العقد. وفيه أيضاً ما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنف في وجه الكفايه من أنّ التراضى بالعقد مبني على ذلك الأمر المذكور قبل العقد ففيه: أنّه لو كان المراد بالإناطه التعليق فتعلق طيب النفس بالمعامله على تقدير تحقق ذلك الأمر يوجب بطلان المعامله مع عدم تحققه، لا كون العقد خيارياً، وكذا مع تعليق نفس المعامله على المشروط.

ص: ١٢٣

وقد يتوهم هنا شرط تاسع [١] وهو: تنجيز الشرط، بناءً على أنّ تعليقه يسرى إلى العقد بعد ملاحظه رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإنّ مرجع قوله: «بعثك هذا بدرهم على أن تخط لي إن جاء زيد» على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدّى إلى البيع بثمنين على تقديرين، فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطه الثوب على تقدير مجيئه.

الشرح:

أضف إلى ذلك عدم اعتبار طيب النفس في المعاملة.

وأما الاستدلال على اعتبار ذكر الشرط في متن العقد وعدم الاكتفاء بذكره قبله وبناء العقد عليه بأنّ الشرط كالجزء من أحد العوضين، فيكون ركناً في البيع فيعتبر ذكره فيه، ولا يستغنى بذكره قبله كما هو الحال في العوضين فلا يمكن مساعدته عليه، فلأن الشرط لا يكون جزءاً ولا كالجزء من أحد العوضين هذا أولاً.

وثانياً: لا يعتبر ذكر العوضين في إنشاء البيع، فإن نفس البيع أمر إنشائي والإبراز مقوم له، ولكن العوضين فلا بد من معلوميه وهو يحصل بتعيينهما وذكرهما ولو قبل البيع كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّه قد يتوهم في نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه، وإلاّ بطل الشرط بل العقد أيضاً.

ويقال في وجه ذلك: إن الشرط سواء كان من شرط الفعل أو غيره يرجع إلى أحد العوضين أي ينضم إلى أحدهما ولو لم يكن فيه تعليق، فلا يكون في ضمه إلى أحدهما محذور، بخلاف ما إذا كان معلقاً فإنّ التعليق في الشرط يوجب التعليق في أصل البيع، لأنّ البيع الجارى على المنضم معلق على حصول الشرط.

ولو قال: «بعث هذا المال بدرهم على أن تخط ثوبى إذا جاء زيد من سفره»

ويندفع: بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا- الخياطة المطلقة ليرجع التعلق إلى أصل المعاوضه الخاصه. ومجرد رجوعهما فى المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان، ولذا اعترف أن مرجع قوله: «أنت وكيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تباع» و «أنت وكيلى فى أن تباع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحد، مع الاتفاق على صحه الثانى وبطلان الأول.

الشرح:

يكون مبادله المال المزبور بالدرهم المنضم إليه خياطه ثوبه على تقدير مجيء زيد لا على كل تقدير، بل يجرى البيع على تقدير عدم مجيئه بالدرهم المجرد، فيدخل بذلك الفرض فى بيع الشئ بثمانين المحكوم بالبطلان بلا ريب كما يأتى فى مسأله بعته حالاً بكذا ونسيه بكذا.

ويندفع الوهم ووجهه بأن التقدير يرجع إلى الشرط بمعنى المشروط، ولا- يكون قيذا للشرط بالمعنى المصدري ولا لأصل المعاوضه، ليكون مقتضى ذلك وقوع المعاوضه بين المال المزبور والدرهم المنضم إليه الخياطه المطلقه فى فرض مجيء زيد من سفره، ووقوعها بينه وبين الدرهم المجرد على تقدير عدم مجيئه.

وبتعبير آخر: لو كان مجيء زيد قيذا للمشروط أى الخياطه فلا- يكون فى البين إلا- معاوضه واحده وهى بيع المال المزبور بالدرهم المنضم إليه الخياطه الخاصه أى الخياطه على تقدير مجيء زيد من غير أن يكون تعليق فى الشرط بمعنى الالتزام بالخياطه، ولا- فى الالتزام بالنقل، ولا- إنشاء المعاوضتين على تقديرين، بل المنشأ مبادله واحده وهى بيع المال بازاء الدرهم المنضم إليه الخياطه الخاصه وهى الخياطه على تقدير مجيء زيد.

وهذا الفرق وإن لا- يوجب الاختلاف مع ما سبق فى النتيجة إلا- أنه يوجه فى الإنشاء، فيمكن كونه وجهها فى فساد المعامله وصحتها لكون المعامله من الإنشاءات،

ص: ١٢٥

نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه إشكال. لكن لم يعلم أن وجهه تعلق الشرط، بل ظاهر عبارته التذكرة وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقاً على رد الثمن. وقد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار.

الشرح:

نظير ما يقال: في الفرق بين قول القائل «إذا جاء أول الشهر فأنت وكيلى في بيع دارى» وقول الآخر «أنت وكيلى في بيع دارى أول الشهر الآتى»، فانهم ذكروا بطلان الأول لتعليق الوكاله، وصحة الثانى لأن القيد عليه راجع إلى متعلق الوكاله لا لنفسها على ما هو المعروف في الفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلق.

ثم إنّ العلامه قد اشكل في اشتراط البائع على المشتري كونه أحق بالمبيع لو باعه. وقد توهّم أنّ الاشكال لاعتبار التنجيز في الشرط، ولكنه فاسد بل إشكاله لعدم جواز اشتراط بيع المال من بائعه ثانياً كما يأتى، والاشتراط المزبور يدخل في الشرط المزبور ولو على تقدير إرادته المشتري بيع المال.

ويشهد لفساد الوهم أنّ العلامه وكثير منهم ذكروا(١): أنّ ردّ الثمن في بيع الخيار شرط لنفس الخيار، فيكون الخيار المشروط معلقاً على رد الثمن لا الفسخ بالخيار، ولو كان التنجيز في الشرط معتبراً لما كان ردّه قيداً لنفس الخيار.

ووجه المحقق الايروانى قدس سره كلام المصنف في المقام بأنّ المنضم إلى أحد العوضين ليس الشرط بمعنى المشروط، بل الشرط بالمعنى المصدرى، وعليه فلا يكون في البيع تعليق وتقدير، ولا بيعين على تقديرين.

والحاصل: أنّ المال المزبور بعوض الدرهم المنضم إليه التعهد بالخياطة على تقدير مجيء زيد على كل تقدير سواء حصلت الخياطة خارجاً أم لا، ومجىء زيد

ص: ١٢٦

١- (١) راجع الشرائع ٢: ٢٢، والقواعد ٢: ٦٦، والتذكرة ١: ٥٢١.

الشرح:

يتوقف عليه الملتزم به الذى لا يكون جزءا من العوضين أصلاً.

أقول: قد تقدم سابقاً أنّ الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين لا بمعنى المشروط ولا بالمعنى المصدرى، فإن البيع فى حقيقته تملك المال بالعوض بحيث يدخل العوض فى ملك مالك المعوض، والشرط بمعنى المشروط ولو كان عملاً لا يدخل فى ملك البائع، ولذا لا يكون له مع تخلف الشرط المطالبه بالبدل.

ولو كانت الخياطة ملكاً للبائع لكان له مع عدمها المطالبه ببدلها لإتلاف المشتري بتركه العمل.

وكذلك لا يكون الشرط بالمعنى المصدرى ملكاً للبائع، فإنّ تعهد المشتري لا يدخل فى ملك البائع، ولا فى ملك غيره فى اعتبار العقلاء، كما يظهر ذلك بتفتيش ما هو المرتكز عند العقلاء من حقيقه البيع أو نحوه.

وذكرنا أنّ التعهد وهو الشرط بالمعنى المصدرى قيد لنفس المعامله فانها على تقديره يحصل عند المعامله، وأما المتعهد به عملاً كان أو غيره فلا يكون قيدها لا للمعامله ولا لأحد العوضين.

وعليه فلا يحصل من تعليق المتعهد به تعليق فى ناحيه أصل المعامله والعقد كما لا يخفى.

ثم إنه لا يبعد أن يكون التعليق فى الشرط راجعاً إلى نفس الالتزام الشرطى بمعنى أنه لا يكون التزام بالخياطة على تقدير عدم المجيء.

وهذا التعليق لا يرجع إلى نفس العقد بل العقد يكون معلقاً على الالتزام بالخياطة المشروطه.

وليس فى البين ما يدل على اعتبار الإطلاق فى الاشتراط فى المعاملات بل

الشرح:

المقدار الثابت بطلان العقود والإيقاعات بالتعليق على ما ذكرنا في محله.

ولو كان أصل المعاملة غير مكره عليه، وكان الإكراه على الاشتراط فقط كما إذا قال «إذا بعث فاشترط على نفسي كذا» فالشرط غير صحيح بمعنى أنه موقوف على الإجاره بعد ارتفاع الإكراه.

أقول: ظاهر كلامه أنّ المحتاج إلى الإجاره الشرط لا أصل العقد ونفس المعامله، وأنه إذا لم يلحقه الإجاره يثبت أصل المعامله لا الشرط فيها، ولا يرد عليه عدم جريان الإجاره في الإيقاعات، لأنّ الشرط في العقود غير داخل في الإيقاعات.

نعم لا بد من إقامه الدليل على نفوذ الإجاره في كل أمر إنشائي مكره عليه لا يكون من الإيقاعات، وقد تعرضنا لذلك في إجاره العقد المكره عليه.

ولا- يفرق في نفوذ الإجاره بين القول بأنّ الشرط التزم في التزم كما هو ظاهر القاموس (1)، أو أنّ معنى الاشتراط تعليق على الالتزام بأمر من عمل اعتباري أو خارجي أو وضعي، فإنّ مقتضى حديث رفع الإكراه عدم الحكم للالتزام أو التعليق إذا كان عن إكراه فتدبرّ جيّدا، فإنّ صدق الإكراه على الاشتراط مع الاختيار في المعامله لا يخلو عن تأمل.

ثم إنّه ذكر قدس سره شرطا آخر لنفوذ الشرط وهو أن لا يكون الشرط في المعامله خلاف الشرع وان كان المشروط في نفسه عملاً مشروعاً ومباحاً، كما إذا اشترط في بيع أحد الربويين بمثله شرطا كخياطه الثوب، فان الخياطه في نفسها عمل مشروع، لكن اشتراطها يوجب كون البيع داخلاً في عنوان الربا الذي خلاف الشرع.

ص: ١٢٨

١- (١) القاموس المحيط ٢: ٣٨٣، مادّه «شرط».

١ شرط الوصف

مسألة: في حكم الشرط الصحيح، وتفصيله: أنّ الشرط إما أن يتعلّق بصفه من صفات المبيع الشخصي [١] ككون العبد كاتباً، والجاريه حاملاً، ونحوهما. وإما أن يتعلّق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما [٢] كاشتراط إعتاق العبد، وخطاؤه الشرح: ولكن أورد على ذلك بأنّ المحرّم ليس نفس الاشتراط بل تحصيل الحرام بمجموع العوض والاشتراط فانه يحصل بهما الربا.

أقول: ما ذكر إنّما يتمّ بالاضافه إلى الحكم التكليفي يعنى حرمة الربا تكليفاً، وأما بالاضافه إلى الوضع أى الفساد فالفساد في الفرض هو الشرط فقط بناءً على ما تقدم من أنّ الشرط في المعامله أمر زائد عليها ولا ينضم إلى أحد العوضين، حيث إنّ الفرض إنشاء مبادله الشيء بمثله حاصله والاشتراط على المشروط عليه أمر زائد عليها فيكون سحتاً، نظير ما ذكر في اشتراط الزيادة في القرض فتدبر.

[١] بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً فإنه يكون للمشتري استرداد فاقد الوصف، ومطالبه البايع بواجده لا الخيار في فسخ العقد.

نعم لو امتنع البايع عن إقباض واجده لكان للمشتري خيار الفسخ، لأن إقباض المبيع حالاً في البيع الحال وعلى رأس المده كما في السلم شرط ارتكازي، ويكون من شرط الفعل لا الوصف.

٢ شرط الفعل

[٢] بأن يكون الشرط بمعنى المشروط فعل غير المتعاقدين، كما إذا قال «بعتك هذا المتاع بكذا على أن تخطب ثوبى هذا لفلان» وقال المشتري «قبلت».

وذكر السيد اليزدى (١) قدس سره: لا يناقش في هذا الاشتراط بأنه يعتبر في شرط الفعل على المشتري تمكنه على ذلك الفعل، وفعل الثالث غير مقدور للمشتري.

ص: ١٢٩

الشرح:

وذلك فإن المعترف في شرط الفعل تمكن المشروط عليه وهو في الفرض هو الثالث القادر على فعله، ولذا يعتبر قبوله لأنه طرف في المعاملة المفروضة المشروط.

ولا بعد في أن يكون المشروط عليه في المعاملة متعدداً بأن يكون المعاملة المفروضة المشروط عليه كل من المشتري والثالث فيعتبر قبول كل منهما.

وبتعبير آخر: المشتري يلتزم بفعل الغير والغير يلتزم بفعل نفسه، ونظير ذلك ما إذا باع العين من المشتري على أن يضمن ثالث الثمن حيث يعتبر في تحقق البيع والشرط قبول كل من البائع والمشتري.

أقول: لو كان المشروط في حقيقته فعل الغير لا من قبيل شرط فعل نفسه أو من قبيل شرط النتيجة على ما يأتي فمرجع الاشتراط نظير اشتراط الوصف في المبيع إلى اشتراط الخيار على تقدير عدم وقوع الفعل عن الغير، والمشروط عليه في الخيار المشروط في المثال هو المشتري لا- الثالث، بل التزام الثالث بالخياطة يدخله في الالتزام الابتدائي بالاضافة إليه لا الشرط، فلا يجب عليه شيء حتى مع قبوله.

والحاصل: أن تحقق العقد والشرط فيما إذا كان المشروط نظير فعل الخياطة عن الأجنبي لا يتوقف على قبول الثالث بل قبوله وعدمه سيان في تحققهما وعدمهما. بخلاف ما إذا كان المشروط من قبيل ضمان الثالث الثمن في البيع، فانه يتوقف تحقق الضمان الذي من قبيل شرط النتيجة في العقد لا- الإيقاع على قبول ذلك الثالث، فاعتبار قبوله لتحقيق عقد الضمان الحاصل باشتراط البائع وقبول الأجنبي، فيكون المشتري طرفاً للبيع المشروط فيه ضمان الثالث، كما يكون الثالث طرفاً في عقد الضمان الحاصل بإنشاء البائع بعنوان الشرط في المعاملة وقبول ذلك الثالث فتدبر جيداً.

الثوب. وإمّا أن يتعلّق بما هو من قبيل الغايه للفعل، كاشتراط تملك عين خاصّه، وانعتاق مملوك خاص، ونحوهما. ولا إشكال فى أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلاّ الخيار [١] مع تبين فقد الوصف المشروط، إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنّه لا حكم للشرط فى القسم الأوّل أى اشتراط وصف فى المبيع غير الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف، وأن عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١) لا يعم هذا القسم لعدم إمكان تحصيل الوصف ليجب الوفاء به.

أقول: يرد عليه أوّلاً: بأن «المؤمنون عند شروطهم» وإن كان بمعنى «أوفوا بالشروط» كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم...» (٢)، إلاّ أنّ القضية المزبوره انحلاليه باعتبار الشروط والعقود فكل شرط محكوم بوجوب الوفاء به.

ولا مانع عن كون وجوب الوفاء بالاضافه إلى بعض الشروط تكليفاً فيعتبر فى متعلقه التمكن، وبالاضافه إلى البعض الآخر إرشادا إلى الوضع كما نذكره فى شرط النتيجة يعنى الإرشاد إلى إمضاءها فلا يعتبر فى متعلقه التمكن.

ولا- يكون استعمال صيغه الأمر فى موارد الانحلال بالإرشاد إلى الوضع فى البعض وبالتكليف فى البعض الآخر من استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، لأنّ الإرشاد والتكليف غير داخل فى مدلول الصيغه، بل يختلف الطلب إرشادا أو تكليفاً باختلاف الداعى إلى إنشاء الطلب، فيكون وجوب الوفاء فى شرط الوصف إرشادا إلى إمضاء الخيار المجعول على تقدير فقده.

ص: ١٣١

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٦٧ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ : الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

لوجوب الوفاء فيه، وعموم «المؤمنون» مختص بغير هذا القسم. وأمّا القسم الثالث: فإن أُريد باشتراط الغايه [١] أعنى الملكيه، والزوجيه، ونحوهما اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فيرجع إلى الثاني، وهو اشتراط الفعل. وإن أُريد حصول الغايه بنفس الا-اشتراط، فإن دل الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغايه إلا- بسببها الشرعي الخاص كالزوجيه، والطلاق، والعبوديه، والانتعاق، وكون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل، ونحو ذلك كان الشرط فاسداً، لمخالفته للكتاب والسنة. كما أنه لو دل الدليل على كفايه الشرط فيه كالوكاله، والوصايه،

الشرح:

وثانياً: على تقدير الإغماض عن ذلك والالتزام بأن وجوب الوفاء بالشرط تكليف يستفاد منه الوضع بحسب الموارد، إلا أنّ متعلق التكليف ليس إيجاد المشروط فقط، بل يعم الفعل المترتب على النتيجة والمشروط، كما يصرح قدس سره في شرط الغايه.

وفيما نحن فيه: الفعل المترتب على ثبوت الخيار رد الثمن ونحوه على تقدير فسخ المشتري عليه فينتزع منه ثبوت الخيار، وإلاّ فمن أين يثبت الخيار في الفرض ولعل مراده قدس سره أنه لا حكم للقسم الأول بمعنى إيجاد الشرط كما في شرط الفعل، لكن تعليقه بأن «المؤمنون عند شروطهم» (١) لا يعم هذا القسم كما ترى.

[١] القسم الثالث من الشرط ما إذا كان المشروط أمراً وضعياً أى جعلياً سواء كان ذلك الأمر الوضعي من قبيل نتيجة العقد أو الإيقاع أو غيرهما، كاشتراط الخيار لأحد المتعاقدين في ضمن العقد، فتخصيص القسم الثالث بأحد الأولين كما هو ظاهر المصنف رحمه الله حيث عبّر عن هذا القسم بكون المشروط غايه أى نتيجة العقد أو الإيقاع بلا وجه.

ص: ١٣٢

وكون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجره ملكاً للمشتري فلا إشكال. وأمّا لو لم يدلّ دليل على أحد الوجهين، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين كالأمثله المذكوره ملكاً لأحدهما، أو صدقه، أو كون العبد الفلانى حراً، ونحو ذلك، ففي صحه هذا الشرط إشكال: من أصله عدم تحقّق تلك الغايه إلّا بما علم كونه سبباً لها، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» ونحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به. ومن أنّ الوفاء لا يختص بفعل ما شرط

الشرح:

وذكر قدس سره: إن كان المراد باشتراط الملكيه أو الزوجيه اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فهذا يدخل فى القسم الثانى أى ما إذا كان المشروط فعلاً، حيث لا يفرق فى القسم الثانى بين كون الفعل المشروط خارجياً أو كان من قبيل الإنشائيات.

وأمّا إن كان المراد حصول الملكيه أو الزوجيه بنفس الاشتراط كما إذا باع العين منه بكذا على أن تكون بنته زوجه للبائع بمهر كذا وقبله المشتري بناءً على ولايه الأب فى نكاح بنته الباكراه، فإن كانت الغايه مما تحصل بسبب خاص كالزوجيه بناءً على اعتبار الصيغه الخاصه فى النكاح كالطلاق، فيحكم ببطلان ذلك الشرط أى المشروط، حيث إن حصوله بالشرط خلاف الكتاب أو السنه، لأن المفروض دلالتها على اعتبار صيغه خاصه فى حصوله.

وبذلك يظهر الحال فى اشتراط كون حرّ عبداً أو انعتاق العبد حيث إنّ العبوديه لا تحصل إلّا بالغلبه والاستيلاء والانعتاق بالعتق، وكذا اشتراط كون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل حيث إنّ الشرط المزبور بمعناه المصدرى يدخل فى البيع تعليقا، والتعليق فى البيع مبطل حتى ما إذا كان بصوره الاشتراط فى عقد.

كما انه إذا قام الدليل على حصول الغايه بالشرط أيضا كالوكاله والوصايه أو كون مال تابع للمبيع ملكاً للمشتري، كمال العبد فى بيعه أو حمل الدابه فى بيعها أو الثمره

ص: ١٣٣

بل يشمل ترتب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعقد. ويشهد له تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابه مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مضافاً

الشرح:

في بيع الشجره فلا إشكال.

وأما إذا لم يثبت شيء من الأمرين كما إذا اشترى في بيع شيء كون شيء آخر غير تابع للمبيع ملكاً للمشتري، أو كون المال الفلاني صدقه، أو اشتراط كون العبد الفلاني حراً ففيه إشكال.

فإن وجه عدم صحه الشرط المزبور جريان الاستصحاب في ناحيه عدم تحققه، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يعم الفرض لينتزع من شموله صحه الشرط، فإن الشرط في الفرض ليس فعلاً على المشروط عليه ليتعلق به وجوب الوفاء.

ووجه الصحه شمول العموم المزبور بدعوى أنه يكفي في شموله أن يكون المترتب على تلك الغايه فعلاً، ولا يعتبر كون الغايه المشروطه بنفسها فعلاً، نظير وجوب الوفاء بالعهد ووجوب الوفاء بالعقد بل مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) أيضاً وجوب الفعل المترتب على الغايه، حيث ان الشرط المزبور جزء من العقد، فيعمه الحكم المترتب على العقد.

وعلى ذلك فلا تصل النوبه إلى أصاله عدم تحقق الشرط بمعنى المشروط فيحكم بصحته.

أقول: ما ذكر قدس سره أولاً: من أن شرط الانعتاق غير صحيح، لأنه قام الدليل على احتياجه إلى سبب خاص، وما ذكره بعد ذلك: من أن شرط كون العبد حراً ممّا لم يتم فيه الدليل على أحد الوجهين متهافتان، حيث ليس الانعتاق إلا كون العبد حراً.

ص: ١٣٤

إلى كفايه دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيروره الشرط جزءاً للعقد. وأما توقّف الملك وشبهه على أسباب خاصّه فهي دعوى غير مسموعه مع وجود أفراد اتّفق على صحتّها، كما في حمل الجاريه ومال العبد وغيرهما.

الشرح:

ثم ذكر قدس سره: ويشهد لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) القسم الثالث تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من قبيل شرط الأمر الوضعي كعدم الخيار للأمه في نكاحهما فيما أعانها ولد زوجها في اداء المال واشتراط عدم الخيار المزبور في إعانتها.

ودعوى أنّ شرط الملكيه بنحو الغايه غير صحيح، لأنّ الملكيه تتوقّف على أسباب خاصّه مدفوع بأنّه يكفي فيها مطلق التمليك ولو كان ذلك بالاشتراط، كما يظهر ذلك من اتّفاقهم على اشتراط ملكيه حمل الدابه للمشتري في بيعها، وكذا ملكيه مال العبد لمشتريه في بيعه.

ودعوى أنّ ذلك لكون الحمل ومال العبد من توابع الأم والعبد، ولا يعم ما إذا اشترط ملكيه شيء غير تابع لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لا فرق في عدم توقّف الملكيه على سبب خاص بين التابع وغيره، كما يظهر ذلك ممن ذكر أنّه لا فرق في اشتراط ملكيه الحمل بين كونه في بيع الأم أو غيره.

أقول: قد يقال: إنّ لا يمكن الأخذ بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) فيما إذا احتمل دخاله سبب خاص في تحقّق ذلك الأمر الوضعي بحيث لا يكون ذلك السبب بالشرط.

وبتعبير آخر: لو كان في مورد الأمر الوضعي ما يكون مثبتا لحصوله بلا حاجه إلى

ص: ١٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) مرّ أعلاه.

ودعوى: تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعه، لعدم صلاحية ذلك للفرق، مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابه في بيع أخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عباره القواعد في شرائط العوضين: «وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم».

الشرح:

سبب خاص ولو كان ذلك المثبت العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره فضلاً عن الدليل الخاص، فيكون شرط ذلك الأمر بنحو النتيجة بلا إشكال حيث يعمه «المؤمنون عند شروطهم» ويثبت حصوله بالشرط أيضاً، ولا يحتاج إلى إنشائه استقلالاً كما في ملكية المال بعوض، فإنه لو كان المنشأ أمراً استقلالياً لا يدخل في قوله سبحانه «أحلّ الله البيع» (١) و«أوفوا بالعقود» (٢) وإذا اشترط في ضمن عقد كما إذا زوجت المرأة نفسها على مهر واشترطت على زوجها كون داره لها بازاء المهر وقبلة الزوج، فإن المشروط لو لم يدخل بالشرط في عنوان البيع لعدم انشاء مستقل فلا ريب في أنه يعمه «أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم». وأما إذا لم يكن في البين مثبت لذلك لعدم العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره بحيث وصلت النوبة إلى الأصل العملي فالأصل عدم تحقق ذلك الأمر بالشرط ونحوه.

وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يعمه لأنه مخصص بما إذا لم يكن الشرط مخالفاً للشرع فيحرز بالأصل المستثنى.

نعم لو كان الفعل المشروط فعلاً خارجياً وشك في حرمة وحليته وجري فيه أصاله الحلية يكون بالشرط في العقد واجب الوفاء، لأن أصاله الحلية يخرج عن كونه مخالفاً للشرع.

ص: ١٣٦

١- (١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١.

الشرح:

وقد أجاب قدس سره فيما تقدّم من كون التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في المشكوك في حاجته إلى سبب خاصّ أو أنّه يحصل بالشرط أيضا من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه بأنّ أصاله عدم مخالفه المشروط للكتاب أو السنه مدخله المشكوك المزبور في المستثنى منه.

وناقش في الجواب جملة من الأعلام منهم المحقّق النائيني قدس سره (١) بأنّ استصحاب عدم مخالفه الشرط لهما من استصحاب العدم الأزلي، وهذا الاستصحاب لا يفيد في إثبات العدم المحمولي أي السالبه بانتفاء المحمول.

وذكر النائيني رحمه الله في توجيه أنّه إذا لم يكن الموضوع موجودا فعرضه لا- يتصف بالوجود ولا- بالعدم، حيث يكون تقابل وجود العرض وعدمه من تقابل العدم والملكه، لا من تقابل الإيجاب والسلب.

نعم اتصاف الماهية بالوجود والعدم بنفسها فلا يمكن اجتماعهما ولا ارتفاعهما.

وما اشتهر في الألسنه بان السالبه محصله صادقه بانتفاء الموضوع تاره وبعدم المحمول أخرى، بخلاف القضية المعدوله فانها تصدق مع وجود الموضوع خاصه من الأغلاط بل كل منهما يحتاج إلى المحمول عن موضوعه، وإنّما الفرق بينهما أنّ المحمول في المعدوله عنوان بسيط يتنزع عن سلب المحمول عن موضوعه وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يتنزع عنه عنوان لا قائم له، وإذا كانت السالبه المحصله لها حاله سابقه فلا يفيد استصحابها في إثبات ذلك العنوان البسيط.

والسر في جميع ذلك أن العرض له وجود واحد فيه اعتباران كونه موجودا وقيامه بمعرضه، وكونه حالاً فيه، لا أنّه وجودان وجود في نفسه ووجود في غيره،

ص: ١٣٧

الشرح:

فإنّ القيام بالموضوع لو كان وجوداً آخر لكان له مهية.

وعلى ذلك فلا يكون مع عدم الموضوع اعتبار قيامه وعدم قيامه كما تقدم، فقد تحصل أنّه لا مجال لاستصحاب عدم مخالفه الشرط الكتاب والسنة.

نعم مع ذلك فيما إذا شك في صحة الشرط وعدمها يمكن التمسك بقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»^(١) الذي ليس فيه الاستثناء المزبور، فأنّه ذكر أولاً أنّ الشك في شرط ملكية عين غير تابعه لأحد العوضين ليس من أجل احتمال حاجه ملكيتها إلى سبب خاص كما هو الظاهر من المصنف، وإلاّ لما حصلت بالمصالحة فانها انشاء التراضي لا الملكية فالملكية يتعلّق بها التراضي، بل من أجل أنّ ملكية العين بالشرط لا تكون مجاناً كما في الهبة ولا بالعوض كما في البيع.

وكان احتمال كونها لا مجاناً ولا مع العوض مخالفاً للكتاب والسنة من هذه الجهة لأنّ الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين ومع ذلك لا يكون التمليك مجاناً.

وذكر ثانياً: أن عنوان مخالفه الكتاب عنوان انتزاعي عن الالتزامات التي مخالفه للكتاب ومنافيه للحكم المجعول في الشريعة، ولو شك في مورد أن الحكم المجعول فيها أيضاً مخالفاً للالتزام المفروض يكون الشك من الشبهه الحكميه والتخصيص الزايد ولا مساس بذلك بالشبهه المصداقيه.

وعلى ذلك فلا يمكن التمسك في الالتزام المزبور بالعموم الوارد فيه الاستثناء، لإجماله ويرجع إلى العام الذي ليس فيه هذا الدليل.

أقول: ما ذكر قدس سره من عدم جريان الاستصحاب في العدم الأزلي بمنع كون القضية

ص: ١٣٨

.....

الشرح:

السالبه صادقه مع انتفاء الموضوع، أو دعوى بعض آخر أنها وإن كانت صادقه مع انتفائه، إلا أن استصحاب تلك القضية لا يثبت السالبه بانتفاء المحمول لا يمكن المساعدة عليهما لما تقدم سابقا من أن قيام العرض مقتضاه أن العرض في وجوده يحتاج إلى وجود الموضوع، وأما عدم العرض فيكفي فيه عدم وجود الموضوع.

وبتعبير آخر: أن العرض وإن لا يكون له وجودان كما أوضحه، وان العدم لا يكون طاريا لوجوده، بل لنفس مهية العرض إلا أن مهية العرض لا يحتاج في عدمه إلى وجود المعروض، بل عند عدم المعروض كما يضاف العدم إلى مهية المعروض كذلك يضاف إلى مهية عرضه.

وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يكون العدم مع انتفاء الموضوع مضافاً إلى زيد وإلى عرضه، وإذا وجد زيد واحتمل بقاء عدم عرضه على حاله فيستصحب وتصبح القضية المزبوره سالبه بانتفاء المحمول، حيث ليس القضية السالبه بانتفاء المحمول إلا وجود المعروض وعدم تحقق عرضه.

نعم إذا كانت القضية المعدوله ذات أثر فلا يفيد استصحاب السالبه في اثباتها، لأن اتصاف المعروض بعدم عرضه أمر انتزاعي يلزم لسلب المحمول كما أوضحنا ذلك فيما تقدم.

هذا كله في جريان الاستصحاب في العدم الأزلي لترتيب الأثر المترتب على السالبه بانتفاء المحمول.

وأما في المقام فلا مجال لاستصحاب عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنه، لأن المراد أن يكون المشروط أمرا يخالف في تحققه ظاهر الكتاب ولو كان ذلك الظهور

....

الشرح:

هو إطلاقه أو عمومه، إذ إعطاء الضابطه لا يناسب غير ذلك بأن يكون المراد منه المراد الواقعي من الكتاب أو السنه.

وهذه المخالفه لا يتصور لها مورد الشك لأن الأصل لا يعتبر في الشبهه الحكميه إلا بعد الفحص، وبعد الفحص فيظهر المخالفه أو عدمها، بل إذا شك في كون المشروط أمر غير ممضى في نفسه شرعا مع إحراز أن إمضاءه أو عدمه لا يدل عليه الكتاب والسنه، فلا يمكن التمسك بالعموم المزبور، لأن استصحاب عدم إمضاءه يدخله في الاستثناء في قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم إلا- إذا كان محللاً للحرام أو محرماً للحلال»^(١)، بناءً على ما تقدم من شمول المستثنى للحرام الوضعي المحرز بأصالة عدم الإمضاء كما لا يخفى.

ثم لا يخفى ما في قوله قدس سره من أنه لا يبعد لزوم الإنشاء المستقل في جميع الإيقاعات، وانها لا يصح بالاشتراط في عقد فتدبر.

بقي الكلام في أمرين: الأول: أن النائني^(٢) قدس سره جعل المقام أي كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنه من الشبهه الحكميه التي تدخل في الشبهه المفهوميه من المستثنى المتصل بخطاب العام، ولذا يؤخذ فيه بالعام الذي لم يرد فيه الاستثناء المزبور.

ولا يخفى ما فيه، فإن الشبهه في المقام وإن كانت حكميه حيث إن الشك في كون المشروط ممضى أم لا، إلا أن الشبهه الحكميه في المقام لا تدخل في الشبهه المفهوميه، فان منشأ الشك في المقام ليس سعه نفس معنى المستثنى الوارد في خطاب

ص: ١٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥، باختلاف يسير بالألفاظ.

٢- (٢) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٢٤٣ .

... .

الشرح:

العام، بل منشأ الشك في الخارج وان الحكم المجعول للصدقه المشروطه بشرط النتيجة ما هو.

ودعوى أن عنوان المخالفه عنوان انتزاعى ينتزع عن الشروط التى يخالف الحكم المستفاد من الكتاب كما ترى، فانه لا يوجب أن يدخل المقام فى الشبهه المفهوميه بأن لا يكون الشك فى المنشأ الذى يجرز وجوده بالأصل كما تقدم.

والحاصل: كما لا يدخل المقام فى الشبهه المفهوميه لا يدخل فى الشبهه المصادقيه التى يكون الشك فيها ناشئا عن الخارج عن حكم الشارع وخطابه.

ونتيجه ذلك: أن يجرى فى المقام حكم الشبهه الحكميه، فيلتزم الفحص فى الرجوع إلى الأصل العملى من غير أن يدخل فى الشبهه المفهوميه التى تتيجتها كما ذكره الرجوع فى مورد الشك إلى العام الذى لم يذكر فيه المخصّص المتصل.

لا يقال: الرجوع إلى العام المزبور لا يتوقف على كون الشبهه فى المقام الشبهه المفهوميه، بل يرجع إليه مع كون الشبهه حكميه مطلقا ولا تصل التوبه إلى الأصل العملى.

فانه يقال: كلاً إنما يرجع إلى خطاب العام فى الشبهه الحكميه فيما إذا كان الشك فى تخصيص زائد، بأن يرجع إليه مع الشك فى خروج أمر آخر بعنوان نفسه أو بخروج عنوان آخر يدخل فيه، وما نحن فيه ليس كذلك ولذا عد المقام من الشبهه المصادقيه بالاضافه إلى خطاب العام وان لم يكن من الشبهه المصادقيه التى يكون منشأ الشك فيها الخارج عن خطاب الشارع وحكمه والله سبحانه هو العالم.

الأمر الثانى: أن مقتضى عموم «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم»^(١)

ص: ١٤١

١- (١) مرّ آنفاً .

الشرح:

بمعنى أوفوا بالشروط فيما كان المشروط أمرا وضعيا انه إذا كان نفس المشروط مما يحصل بغير الشرط من الإنشاء استقلالاً أو تبعا يحصل بالشرط أيضا، وأنه يكون حصوله بالشرط بنحو اللزوم كما هو ظاهر الوجوب الوفاء سواء كان اللزوم مفاده الأولى أو مستفادا من التكليف بالفعل المترتب على ذلك المشروط.

وإذا لم يكن المشروط مَمَّا يحصل بغير الشرط أصلاً أو شكك في حصوله بغيره أو كان يحصل بسبب خاص فلا مجال فيه للتمسك بعموم أوفوا بالشروط كما تقدم.

وإذا كان مما يحصل بغير الشرط كملكه عين بعوض أو مجاناً فإنه يحصل بالشرط أيضاً، ويحكم بلزومه معه وان لم يكن مشروعيته بغير الشرط بنحو اللزوم، كما في شرط الوكالة في أمر في عقد آخر، فإنَّ الوكالة كالوصاية تحصل مع إنشائه مستقلاً.

فكل إنشاء يستفاد منه الوكالة أو الوصاية محكوم بالصحة مع جواز رجوع الموكل والموصى فيهما، ولكن مع حصولهما بالشرط يحكم بلزومهما، فلا يكون رجوع الموكل أو الموصى موجبا لانتفاء الوكالة أو الوصايا المشروطتين في عقد بنحو الشرط النتيجة.

وذلك، فان ما دل على جواز الرجوع في الوكالة أو الوصاية لو لم يكن منصرفاً إلى ما إذا كان بإنشائهما مستقلاً فلا أقل من أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق دليل الرجوع، لأنَّ ما دل على لزومهما بالشرط تكون دلالته على لزومها بالعنوان الثاني.

نعم إذا كان المشروط في نفسه مما لا يتحقق عرفاً ولو بشرط النتيجة مع حصول أمر فيحكم بانتفائه بحصول ذلك الأمر.

وكيف كان، فالأقوى صحه اشتراط الغايات التى لم يُعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصه، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، بأن ينذر كون المال صدقه، أو الشاه أضحيه، أو كون هذا المال لزيد. وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، وإنما الخلاف والإشكال فى القسم الثانى [١] وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل. والكلام فيه يقع فى مسائل:

الشرح:

ومن هنا تنتهى الوكاله المشروطه بشرط النتيجة مع موت الموكل لا مع عزله، فإنَّ الوكاله عرفاً النيايه عن الحى بخلاف الوصايا فإنَّها إعطاء ولايه التصرف للوصى، ولذا لا تبطل بموت الموصى فيحكم بلزومها ولو مع كونها بشرط النتيجة.

[١] القسم الثانى: ما إذا كان المشروط عملاً سواء كان خارجياً كالخياطه، أو اعتبارياً كالعقد والإيقاع أى إنشائهما، ويقع الكلام فى هذا القسم فى مسائل:

الأولى: أن المشهور على أن العمل المشروط يجب على المشروط عليه تكليفاً كما يشهد لذلك ظاهر النبوى الوارد فى عده روايات بعضها معتبره سندا كما تقدم.

ووجه الظهور أنه إذا كان المشروط عملاً فالوفاء به عباره أخرى عن الإتيان به كما فى وجوب الوفاء بالنذر والحلف.

لا يقال: هذا فيما كان المشروط عملاً خارجياً، وأما إذا كانت معامله فظاهر الأمر بها الإرشاد إلى صحتها.

فإنه يقال: هذا فيما إذا كانت معامله بعنوانها الخاص متعلق الأمر بالأمر بالنكاح وغيره، وأما إذا كان بعنوان آخر كالوفاء بالنذر والشرط فظاهر الأمر بها كظاهر الأمر بالفعل الخارجى هو التكليف.

وأيد قدس سره التكليف فى هذا القسم وظهور النبوى فيه بما فى ذيله فى بعض الكتب إلا من عصى الله بناءً على أنه استثناء من المشروط عليه لا من الشرط.

الأولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، ظاهر المشهور: هو الوجوب، لظاهر النبوي: «المؤمنون عند شروطهم» والعلوي: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حلالاً أو حراماً». ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زياده قوله: «إلا- من عصى الله» في النبوي، بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا- من الشرط.

الشرح:

ووجه التأييد: أنّ ظاهر العصيان مخالفه التكليف بترك الواجب أو فعل الحرام، وحمله على العصيان الوضعي أي بطلان إلزام والالتزام وعدم الأثر لهما خلاف الظاهر.

ولو كان الاستثناء راجعاً إلى المشروط عليه لكان مفاده أنّ المشروط عليه فيما إذا كان عاصياً بالعمل المشروط لا يجب عليه ذلك العمل، فيحكم ببطلان شرطه كما إذا كان المشروط عملاً محرماً في نفسه أو تركاً للواجب، وفي غيره يجب العمل فيكون الاستثناء المزبور قرينه على وجوب الفعل.

وأما إذا كان راجعاً إلى الشرط فيكون عصيانه وضعياً أي إرشاداً إلى بطلان إلزامه، حيث لا يناسب الإلزام والالتزام إلا العصيان الوضعي، كما إذا شرط على صاحبه أمراً مخالفاً للكتاب أو السنه.

ولكن لا يخفى عدم ثبوت الاستثناء بالنقل المعتبر، مع احتمال رجوعه الى الشرط، ولكن ظهور النبوي في نفسه كاف.

ويشهد أيضاً لوجوب الفعل على المشروط عليه موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا- شرطاً حراماً أو حلالاً أو أحلّ حراماً»(١).

ص: ١٤٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

هذا كله، مضافاً إلى وجوب الوفاء بالعقد [١] بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد. خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعه وربما ينسب إلى غيره حيث قال: إنّه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنّما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال.

ووجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكيّ في الروضه عنه قدس سره في بعض تحقيقاته، وهو: أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه ولا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الشرح:

وفي سندها غياث بن كلوب الراوى عن إسحاق، وقد وثّقه الشيخ في العده (١) في ذكره بعض العامه الذين عمل الأصحاب برواياتهم فيما لم يعارضها روايه أصحابنا فراجع.

ودلالاتها أيضاً لا بأس بها فإنّ ظاهر قوله عليه السلام «فليف به» هو التكليف فيما كان المشروط عملاً، وتعليل الأمر بالوفاء قرينه جليته على عدم اختصاص الحكم بالشرط للمرأة في النكاح أو غيره.

ويدل على وجوب العمل بالمشروط في الجملة بعض الروايات كصحيحه أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يتزوَّج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها قال: يفي لها بذلك أو قال: يلزمه بذلك» (٢)، ونحوها غيرها.

[١] مراده قدس سره خطاب وجوب الوفاء بالعقد كما يقتضى العمل بأصل العقد كذلك يقتضى لزوم العمل بالشرط بعد كون الشرط كالجاء من العوضين.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّ خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) في مثل البيع من المعاملات إرشاد إلى لزومها، فمع شرط الفعل والحكم بصحة شرطه يخرج المعامله عن اللزوم

ص: ١٤٥

١- (١) العده ١: ١٤٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٩٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

٣- (٣) سورة المائده: الآيه ١.

الوكاله، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً. وجعل السر فيه: أن اشتراط ما العقد كافٍ في تحقّقه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى. قال في الروضه بعد حكاية هذا الكلام: والأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا.

الشرح:

والخطاب المزبور حيث يكون البيع خيارياً مع عدم تحقّق ذلك الفعل.

أضف إلى ذلك أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين كما مرّ تفصيله فلا نعيد.

نعم يمكن أن يدعى أن الشرط في نفسه عهد مشدود، فيعمّه «أوفوا بالعقود»، وبما أن المشروط في الفرض عمل، فلا بأس بكون وجوب الوفاء به كما هو ظاهر الأمر بالعمل تكليفاً.

بل يمكن تقريب التمسك بوجه آخر يأتي في تقريب عدم ثبوت الخيار للمشروط مع التمكن على إجبار الممتنع فانتظر.

وعن الشهيد (1) قدس سره: أنه لا يجب على المشروط عليه الفعل وإنما فائده شرطه تزلزل العقد وعدم لزومه على المشروط له.

ويظهر دليله على ذلك من التفصيل الذي حكى الشهيد الثاني في بعض تحقیقاته، حيث قال: إذا كان المشروط ما يحصل بنفس الاشتراط في العقد كاشتراط الوكاله يكون الشرط لازماً، لأنّ المفروض تحقّق العقد الكافي في تحقّق المشروط.

وأما إذا لم يحصل المشروط بنفس العقد وتمامه، بل يحتاج في تحقّقه إلى صيغته

ص: ١٤٦

أقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته ليس تفصيلاً في محلّ الكلام مقابلًا لما اختاره في اللمعه، لأنّ الكلام في اشتراط فعل سائغ وأنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه أم لا؟ كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلاً- ليس إلّا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال: إنّه يجب فعله أو لا يجب. نعم، وجوب الوفاء بمعنى ترتب آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد.

الشرح:

بعده كاشتراط العتق فلا يلزم الشرط، وإنّما يقرب العقد اللازم جازياً لأنّ الفعل المزبور ممكن فالعقد المعلق على الممكن يكون ممكناً.

وقال في الروضه (١) بعد حكاية ذلك: إنّ الأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان ما ذكره من التفصيل أولى مما ذكره في اللمعه من إطلاق عدم لزوم الشرط انتهى.

وذكر المصنّف رحمه الله في الإيراد على كلام الروضه بأن شرط أمر بنحو شرط النتيجة خارج عن مورد الكلام، والمحكى عن الشهيد نفى وجوب الفعل المشروط مطلقاً فلا يصحّ جعله مقابلًا لما ذكر في اللمعه.

نعم كلامه في اللمعه أعم من جهة أخرى، وهو أنّ الفعل المشروط يوجب تزلزل العقد بمعنى ثبوت الخيار للمشروط له سواء كان عدم تحقق ذلك الفعل لتركه أو تعذره، حيث إنّ المراد من قوله «وكذا كل شرط لم يسلم لمشرطه» هو التعذر.

والحاصل: أنّه لا خلاف في لزوم ترتيب آثار المشروط فيما إذا كان أمراً اعتبارياً قد أخذ في العقد بنحو شرط النتيجة وأنّه يجبر الممتنع عن ترتيب الآثار على الترتيب كما هو مقتضى تحقّق المشروط ولزومه.

ص: ١٤٧

وبالجمله، فالكلام هنا فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد فى اللعه أعمّ منه ومن كلّ شرط لم يُسلم لمشترطه، ومراده تعذّر الشرط.

وكيف كان، فمثل اشتراط الوكاله أو الخيار وعدمه خارج عن محلّ الكلام، إذ لا كلام ولا خلاف فى وجوب ترتّب آثار الشرط عليه، ولا فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، ولا فى أنّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار. وإن شئت قلت: اشتراط الوكاله من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

الشرح:

والكلام فعلاً فى القسم الثانى فإنّ المشروط فيه فعل يصحّ تعلق الوجوب به بخلاف شرط النتيجة فأنّه غير قابل للتكليف وهذا ظاهر.

أقول: ما ذكر فى الروضه من الوجه لعدم الوجوب موهوم، فان العقد لا يكون معلقاً على الممكن أى الفعل، بل على الالتزام بذلك الفعل، والالتزام قد حصل من حين إنشاء العقد هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير الإغماض من ذلك بتسليم التعليق المزبور والالتزام بعدم ايجابه بطلان العقد أنّ ما ذكر يمنع عن وجوب الفعل بالتمسك بـ «أوفوا بالعقود» (١) ولكن لا يمنع وجوبه أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، وقوله عليه السلام «من شرط لأمراته شرطاً فليف لها به» (٣)، إلى غير ذلك فتدبر.

أضف إلى ذلك أنّه على تقدير التعليق المزبور يكون نتيجة عدم حصول الفعل المشروط بطلان العقد، لا كونه خيارياً.

ويبقى الكلام فى أنّ ما يذكر من الأحكام لشرط الفعل ومنه وجوب الإتيان

ص: ١٤٨

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

ومما ذكرنا يظهر: أنّ تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية: من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لأنّه إنّما ذكر ذلك في مسأله اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحّ البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع. ثمّ إنّ ما ذكره الشهيد قدس سره: من أنّ «اشتراط ما سيوجد أمر منفصل وقد علّق عليه العقد... الخ»

الشرح:

يختص بما إذا كان شرطه في ضمن عقد لازم، أو يعم ما إذا كان في ضمن عقد جائز، سواء كان جوازه من الطرفين كالوكالة والشركة والمضاربه، أم من طرف واحد كالرهن.

فقد يقال: إنّ الشرط في ضمن عقد جائز لا أثر له، فإنّ العقد في نفسه لا يجب الوفاء به فكيف يجب الوفاء بالشرط.

وعن صاحب الجواهر(١) قدس سره: أنّ عموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضى وجوب الفعل المشروط، وإنما يدل على صحه الشرط، ووجوبه مستفاد من عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وإذا كان العقد جائزاً فلا يكون في البين استفاده.

ويستدل أيضاً بأنّه إذا كان شرط الفعل في عقد جائز لازماً للزم شرط الغايه، وسائر الأمور الاعتباريّة في ضمنه أيضاً. مع أن ظاهر الأصحاب التسالم بعدم لزوم شرط الغايه والأمر الاعتباري، كما إذا شرط في ضمن عقد الوكالة أو الشركة أو المضاربه الأجل أو غيره من الأمور الاعتباريه.

أقول: الأظهر عدم الفرق في شرط الفعل بين العقد اللازم والجائز حتى ما إذا كان جائزاً من الطرفين، فان قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم»(٢) يعم ما إذا كان الشرط لها في ضمن عقد النكاح أو غيره لازماً أو جائزاً.

ص: ١٤٩

١- (١) جواهر الكلام ٢٦ : ٣٤٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

لا يخلو عن نظر، إذ حاصله: أنّ الشرط قد عُلّق عليه العقد في الحقيقه وإن كان لا تعليق صوره، فحاصل قوله: «بعتك هذا العبد على أن تعتقه» أنّ الالتزام بهذه المعاوضه معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضه.

الشرح:

نعم، الشرط في العقد اللازم يفترق عن الشرط في العقد الجائر في جهة أخرى وهي أنّ الشرط في العقد الجائر يرتفع عنوانه بفسخ العقد، ولا- يكون بعده معنونا بعنوان الشرط حيث إنّ الالتزام المرتبط لا الالتزام الابتدائي، ففي فرض فسخ العقد من أحدهما أو ممن يكون جواز العقد من طرفه، فلا- يجب الوفاء بشرط لانتفاء الشرط، لا- لارتفاع حكمه مع بقاء موضوعه، بل يجرى ذلك في العقد اللازم أيضا فيما إذا فسخ بإقاله أو خيار فسخ.

وبكلمه أخرى: وجوب الوفاء مادام الفعل مصداق الشرط ويرتفع بارتفاع عنوانه.

وأما دعوى التسالم على عدم لزوم شرط الغايه والأمر الاعتباري في ضمن العقد الجائر فلا يمكن المساعدة عليها، فإنّ اشتراط الأجل في ضمن عقد الشركه أو المضاربه بمعنى لزومها إلى تلك المده محكوم بالفساد لمخالفه شرط اللزوم في المده المعينه أو إلى الأبد فيهما للسنه الداله على جوازهما حكما. ولذا لو اشترط لزومها في عقد لازم يحكم أيضا بالفساد.

نعم إذا كان نفس الشركه أو المضاربه شرطا في ضمن عقد لازم لحكم بلزومها بلزوم ذلك العقد، ولا- ينافيه ما دل على جوازهما كما ذكرنا سابقا في شرط الوكالة في ضمن عقد لازم آخر.

ومما ذكر يظهر أنّه لو كان المشروط في ضمن عقد جائز عدم فسخه أو شرط عدم

وفيه مع أنّ المعروف بينهم: أنّ الشرط بمنزله الجزء من أحد العوضين، وأنّ مقتضى القاعده اللفظيه فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضاً، وأنّ رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وإن لم يكن فى صورته التعليق : أنّ لازم هذا الكلام أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

الشرح:

فسخه فى ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل يحكم بصحته لعدم كونه مخالفاً للسنة.

ولو فسخه بعد هذا الاشتراط صحّ الفسخ وإن فعل حراماً، لأنّ وجوب الوفاء تكليفاً لا يقتضى فساد الفسخ، فانه من قبيل المعامله كما لا يخفى.

وقد ظهر مما ذكر أيضاً انحلال شرط الغايه فى العقد الجائز بانحلال نفس العقد، فلا يترتب على الغايه بعد ذلك حكم، لا لارتفاع حكمه، بل بارتفاع نفس الغايه التى كانت معنونه بعنوان الشرط، بل العقد على ما تقدم.

لا يقال: إذا كان الشرط نتيجة الإيقاع كما إذا أعطى المال مضاربه على أن يسقط الدين الذى كان له على العامل، وقبلها العامل فان بقوله يسقط الدين عن عهده وإذا فسخ ربّ المال أو العامل المضاربه بعد ذلك، فكيف يعود الدين على عهده العامل مع أنّ الزائل لا يعود.

فإنه يقال: لا مانع عن عوده نظير ما إذا باع متاعه بدين للمشتري على عهده، ثم فسخ البيع بإقاله أو خيار، فإنه لا ينبغى الريب فى عود الثمن أى الدين إلى عهده البائع.

وبتعبير آخر: مقتضى فسخ العقد انحلال الشرط الذى كان من قبيل شرط النتيجة سواء كانت من نتيجة العقد أو الإيقاع، وعدم العود فى الإيقاعات وغيرها للزوم الشرط بقاءً، وإذا زال الشرط عاد الساقط سابقاً.

ومن ذلك ما لو اشترى حيواناً ثم اشترى من بائع الحيوان متاعاً آخر على أن

ص: ١٥١

الثانية: فى أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به [١] من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ ظاهر جماعه ذلك. وظاهر التحرير خلافه، قال فى باب الشروط: إنَّ الشرط إن تعلقت به مصلحة المتعاقدين كالأجل، والخيار، والشهادة، والتضمين، والرهن، واشتراط صفه مقصوده كالكتابه جاز ولزم الوفاء. ثم قال: إذا باع بشرط العتق صح البيع والشرط، فإن أعتقه المشتري، وإلا ففى إجباره وجهان: أقربهما عدم الإجبار، انتهى. وفى الدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشرط فى طرف المشترط عليه، فإن أخلَّ به فللمشترط الفسخ، وهل يملك إجباره

الشرح:

يسقط خياره الحيوان فى الشراء الأوّل، ثم فسخ الشراء الثانى بإقاله أو خيار، فإن خيار الحيوان الساقط فى شرائه يعود فتدبر جيداً.

[١] ذكره قدس سره أنه بعد البناء على وجوب الفعل على المشروط عليه يجبر بذلك الفعل على تقدير امتناعه عنه أم يثبت الخيار للمشروط له بمجرد امتناعه، فعن جماعه (١) أنه يجبر بالفعل، ومع عدم إمكانه فيثبت الخيار للمشروط له.

ولكن ظاهر العلامة فى التحرير (٢) خلافه وأنه لا يجبر على الفعل، حيث قال فيه: إن الشرط فيما تعلق بمشروط فيه صلاح المتعاقدين كاشتراط الأجل فى الثمن أو الخيار، أو باع متاعه بكذا على شرط الشهادة بأن يحضر الشاهدين ليشهدا بأن المتاع المزبور لبائعه، أو على شرط التضمين بأن يضمن ثالث للمشتري درك المبيع وأنه لو ظهر ملك الغير لكان على ذلك الثالث ضمان الثمن للمشتري، أو باع متاعه بثمن مؤجل على أن يعطى المشتري الرهن لذلك الثمن أو اشتراط وصف فى المبيع كالكتابه

ص: ١٥٢

١- (١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، والشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٤، وصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٢- (٢) التحرير ١: ١٨٠.

عليه؟ فيه نظر، انتهى. ولا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء. وقال في التذكرة في فروع مسأله العبد المشترط عتقه: إذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه إلى أن قال: وإن امتنع أُجبر عليه إن قلنا: إنه حق لله تعالى، وإن قلنا: إنه حق للبائع لم يُجبر، كما فى شرط الرهن والكفيل، لكن يتخير البائع فى الفسخ، لعدم سلامه ما شرط. ثم ذكر للشافعى وجهين فى الإيجاب وعدمه إلى أن قال: والأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن الشرح:

جاز ولزم الوفاء به.

ثم قال: لو باع العبد على شرط عتقه فإن أعتقه المشتري فلا كلام، وإن لم يعتقه فهل يجبر المشتري بعتقه الأقرب عدم الإيجاب.

وقال الشهيد فى الدروس(١): إن فى إيجاب المشروط عليه بالفعل إشكال.

وقال العلامة فى التذكرة(٢) أولاً: أنه لا- يجبر المشروط عليه بالفعل فيما كان الفعل المزبور حقاً لآدمى، كاشتراط الرهن للثمن المؤجل أو الكفيل له، وإن كان من حقوق الله كالعتق على وجه يجبر عليه.

ثم ذكر أخيراً: أنه يجبر بالفعل حتى فى حقوق الناس، نظير ما إذا باع متاعه بثمان حال فاهمل فى تسليم الثمن، فإنه يجبر بالتسليم مع أنه تسليمه من حق الناس.

ثم قال قدس سره: إنه يمكن ان ينسب القول بوجوب الفعل على المشروط عليه مع عدم إجباره عليه إلى كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون عند شروطهم»(٣)، ومع ذلك التزم بعدم الإيجاب.

ص: ١٥٣

١- (١) الدروس الشرعيه ٣: ٢١٤ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٩٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

معجلاً فأهمل، انتهى. ويمكن أن يستظهر هذا القول أعنى الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الإيجاب من كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون» مع قوله بعدم وجوب الإيجاب، كالشيخ في المبسوط، حيث استدل على صحه اشتراط عتق العبد المبيع بقوله صلى الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم». ثم ذكر: أن في إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين: الوجوب، لأن عتقه قد استحق بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل له الخيار. ثم قال: والأقوى هو الثاني انتهى.

الشرح:

ووجه النسبه أن ظاهر «المؤمنون عند شروطهم» في نفسه وجوب الفعل المشروط، وكذا ظهوره فيه بقريته خارجيه كقوله عليه السلام في موثقه إسحاق بن عمار «فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم»^(١) مما لا ينبغي الريب فيه، بل لا معنى لصحه شرط الفعل عند من لا يرى بطلان العقد بالشرط الفاسد كالشيخ^(٢) وأتباعه إلا وجوب الفعل المشروط، لأن استحباب الفعل لا ينافى بطلان الشرط، لأن الشرط الفاسد يدخل في الوعد، والوفاء بالوعد مستحب فلا يمكن للمستدل بالصحه الالتزام بأن الفعل المشروط يستحب الإتيان به ولا يجب.

أقول: لا يمكن هذا النسبه حيث يمكن أن يكون معنى صحه شرط الفعل عند المستدل بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) ترتب الخيار للمشروط على تقدير عدم الفعل، فيكون فساد الشرط بمعنى عدم ترتب هذا الخيار كما لا يخفى.

أقول: الأظهر في المقام جواز الإيجاب بالفعل، لان الالتزام المشروط عليه بالفعل في ارتكاز المتعاملين يكون بنحو الحق للمشروط له، ولذا لا يجب الفعل مع رفع يده

ص: ١٥٤

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) المبسوط ٢: ١٤٩، وراجع حاشيه كتاب المكاسب للسيد اليزدى ٣: ٣٢٦، الرقم ٤٥٩ .

٣- (٣) مرّ آنفاً .

فإن ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه ومن جهة القرائن المتصله والمنفصله مما لا مساغ لإنكاره، بل الاستدلال به على صحه الشرط عند الشيخ ومن تبعه فى عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهراً على إرادته الوجوب منه، إذ لا تنافى حينئذ بين استحباب الوفاء بالشرط وفساده، فلا يدلّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى المبيع على صحته. ثم إن الصيمرى فى غايه المرام قال: لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق، لأنه غير مخالف للكتاب والسنة،

الشرح:

عن شرطه، فيكون إجباره بالفعل كإجبار الأجير على العمل، وإن كان بينهما فرق من جهة أخرى وهى كون الفعل ملكاً للمستأجر ولا يدخل فى الملك فى الاشتراط.

وما عن السيد اليزدى (١) قدس سره من إمكان الالتزام بدخول الفعل المشروط فى ملك الشارط فيما كان نفعه عائداً إليه كخياطه ثوبه لا- يمكن المساعدة عليه، فإنّ الفعل لا يدخل فى ملك الشارط ضروره عدم الفرق فى شرط الخياطه أو إعطاء الدرهم والعتق.

مع أنّه على الملك يلزم مطالبه المشروط عليه بقيمة الفعل مع فوته نظير الفوت فى باب الإجاره.

ونظير الإجبار على الفعل الإجبار على تسليم الثمن أو المبيع، ولكن جواز الإجبار يجتمع مع خيار الفسخ، لأنّ الخيار المترتب على ترك الفعل خيار جعلى من المتعاقدين، والمجوعول ارتكازهما من الخيار يعم حال التمكّن على الإجبار.

نعم مع الإغماض عن عموم الارتكاز والالتزام بأنّ الخيار فى المقام مستفاد من قاعده نفى الضرر، فمقتضى عموم «أوفوا بالعقود» (٢) فى فرض التمكّن على إجبار

ص: ١٥٥

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٣٣٠ ، الرقم ٤٦٣ .

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ١ .

فيجب الوفاء به، قال: وهل يكون حقاً لله تعالى، أو للعبد، أو للبائع؟ يحتمل الأول إلى أن قال: ويحتمل الثالث، وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير، لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق، وهو يدل على أنه حق للبائع. وعلى القول: بأنه حق لله، يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع، ولا يسقط باسقاط البائع. وعلى القول: بكونه للبائع، يكون المطالبة له ويسقط بإسقاطه، ولا- يجبر المشتري، ومع الامتناع يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ. وعلى القول: بأنه للعبد، يكون هو المطالب بالعتق، ومع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى. وظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الإجبار: أن كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الإجبار عليه، وهو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة. لكن قد عرفت قوله أخيراً: والأولى أن له إجباره عليه وان قلنا: إنه حق للبائع. وما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري وما ذكره في جامع المقاصد والمسالك: من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الإجبار، حيث قال: واعلم أن في إجبار المشتري على الإعتاق وجهين: أحدهما: العدم، لأن للبائع طريقاً آخر للتخلص

الشرح:

المشروط عليه لزوم العقد وعدم كونه خيارياً.

ومراد المصنف رحمه الله في الاستدلال على جواز الإجبار بعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط كون الوجوب المستفاد منها في المقام حقاً نظير وجوب تسليم العوضين، لا أن مجرد وجوب شيء على أحد يقتضى من جواز إجباره عليه.

وقوله «إنَّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه» أى استحقه عليه شاهد لكون الوجوب في المقام حقاً لا حكماً، وليس المراد الملك في باب الإجاره كما يأتى الإشارة إلى ذلك في ذيل كلامه في المساله الثالثه.

ص: ١٥٦

وهو الفسخ. والثانى: له ذلك، لظاهر قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله» وهو الأوجه، انتهى. وفى المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء، مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، واستدل له: بعموم الأمر بالوفاء بالعقد «والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»، انتهى. وظهره: وحده الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء والتسلط على الإجبار. كما أنّ ظاهر الصيمرى: الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الإجبار فيما كان حقاً مختصاً للبائع. والأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين.

وكيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعه: من أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. وما فى جامع المقاصد: من توجيه عدم الإجبار: بأنّ له طريقاً إلى التخلص بالفسخ، ضعيف فى الغايه، فإنّ الخيار إنّما شرع بعد تعذر الإجبار دفعاً للضرر.

وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختياراً [١] فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط، وحصول الفعل منه كرهاً غير ما شرط عليه، فلا ينفع فى الوفاء بالشرط.

الشرح:

[١] وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو الفعل اختياراً وعليه فلا يكون لإجباره مورد.

وأجاب المصنف قدس سره: بأنّ الاستفادة من الشرط أنّه إذا فعله المشروط عليه ولو بالإجبار حصل المشروط، ولا يكون للبائع خيار تخلف الشرط.

نعم إذا قيد فى العقد كون المشروط الفعل باختياره وبطيب نفسه لما كان فى

الشرح:

البين جواز الإجبار، بل كان للبائع مع امتناعه خيار تخلف الشرط.

وذكر الإيروانى(1): أنه نعم التوهم المزبور، وقال فى وجه تحسينه: إن المراد بالإجبار، إمّا الإكراه أو فعل ما يوجب صدور الفعل ولو بلا إرادته من المشروط عليه، أو تصدى الحاكم بالفعل المزبور فيما كان من الاعتباريات الصالحة للوكاله وصدورها بالولاية.

وعلى ذلك فليس المراد بالإجبار المعنى الثالث، فانه لا يعد إجباراً، وكذا لا يمكن الالتزام بالثانى فان الالتزام يتعلق بالفعل الاختيارى، ولا يعمه بأن يلتزم بالأعم من فعل نفسه والفعل غير الاختيارى.

وأما المعنى الأوّل فلا يمكن الالتزام بجوازه لظهور الشرط فى التزام المشروط عليه بالفعل بلا مؤنه خارجيه، فالإكراه إزام ومؤنه خارجيه، فيكون الإكراه ظلما وعدوانا على المشروط عليه.

ولكن لا يخفى أنه لا موجب للانصراف فى اشتراط الفعل، فالالتزام يتعلق بما يتعلق به التكليف فى باب الأمر والطلب، وكما يكره الشخص على الإتيان به من باب الأمر بالمعروف كذلك فى الالتزام بالفعل وشرطه.

مع أنّ ما ذكر من عدم إمكان الالتزام بالجامع بين المقدور وغيره، فيه كلام فانه لو كان الإطلاق بمعنى رفض القيد لا الجمع بين القيود فلا موجب لامتناعه كما لا يخفى.

ذكر قدس سره فى هذه المساله جواز الإجبار على الفعل مع ثبوت الخيار للبائع، وذكر فى وجهه أنّ امتناع المشروط عليه عن الوفاء رضئ منه بفسخ البيع، وإذا رضئ البايع

ص: ١٥٨

ويندفع: بأنّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار، والإجبار إنما يعرض له من حيث إنّه فعل واجب عليه، فإذا أُجبر فقد أُجبر على نفس الواجب. نعم، لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً وعن رضئ منه لم ينفع إجباره في حصول الشرط.

الشرح:

بفسخه بترك إجباره المشروط عليه يكون فسخه داخلاً في الإقالة.

ثمّ ذكر الفرق بين امتناع المشروط عليه عن الفعل وبين امتناع المتعاقدين عن تسليم العوض، فانه يجبر على التسليم في الثاني ومع إمكانه لا يكون للآخر خيار، بخلاف صورته الامتناع عن الفعل المشروط عليه، فانه يجوز المشروط له الفسخ ولو مع إمكانه الاجبار.

والفارق أنّ العوض قد دخل في ملك العاقد الآخر فلا يخرج عن ملكه بامتناع الآخر عن تسليمه، بخلاف الفعل المشروط، فأنّه كالإعتاق لا يكون ملكاً للآخر، فإذا امتنع المشروط عليه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه.

وفيه: أنّ الفعل قد صار بالاشتراط حقاً للمشروط له على المشروط عليه، ومجرد امتناع المشروط عليه لا يوجب سقوط هذا الحق، كما لا يكون رضئ بالفسخ ليكون فسخ الآخر معه بعنوان الإقالة، ولعلّه إلى ذلك أشار بأمره بالتأمّل.

والحاصل: أنّ العمده في ثبوت الخيار مع ترك التسليم هو الشرط الارتكازي، فيجتمع الخيار مع جواز الإجبار فتدبّر.

وأما ما ذكر قدس سره في وجه ثبوت الخيار مع عدم التمكّن على الإجبار فقط من أن الاختصاص مقتضى قاعده نفى الضرر ولا ضرر مع التمكّن على الإجبار، فيكون مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومه مع التمكّن على الإجبار. ففيه: أنّ اللزوم في العقد لا يكون ضرورياً دائماً ولو مع عدم التمكّن على الإجبار أيضاً، كما إذا باع المال بثمن

الثالثة: فى أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإيجاب [١] فىكون مخيراً بينهما، أم لا يجوز له الفسخ إلاّ مع تعذّر الإيجاب؟ ظاهر الروضة وغير واحد هو الثانى. وصريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإنّ أخلّ به لم يبطل البيع، لكن يتخیر المشتري بين فسخه للبيع وبين إلزامه بما شرط، انتهى. ولا نعرف مستنداً للخيار مع التمكّن من الإيجاب، لما عرفت: من أنّ مقتضى العقد المشروط

الشرح:

يساوى قيمته السوقية، فإنّ تضرّر الشارط بترك المشروط عليه العمل بالشرط حاصل سواء فسخ البيع أم لا، وفيما إذا باع بالأقل من قيمته السوقية يكون نفى اللزوم تداركاً للضرر، وأمّا الضرر فهو ناش من صحه البيع المزبور فى فرض عدم عمل المشروط عليه بالشرط كما لا يخفى.

[١] كل ما ذكر فى المسألة الثالثة تعرضنا لها فى المسألة الثانية ويبقى أمر واحد لم يسبق التعرض له، وهو أنه للحاكم إيقاع الفعل المشروط فيما إذا كان من الإنشائيات مع امتناع المشروط عليه عن التصدى ومطالبه الشارط به، بلا فرق بين القول بأن الخيار يثبت للمشروط له حتى مع تمكنه على الإيجاب، أو قيل (١): بأنّ الخيار لا يثبت مع تمكنه.

وما فى كلام المصنف رحمه الله من أنّ الكلام فى جواز إيقاع الحاكم مبنّى على المختار من عدم الخيار مع التمكّن على الإيجاب لا يمكن مساعدته عليه، كما يشهد بذلك الاستدلال على جواز تصدّى الحاكم بعموم (٢) ولايه السلطان على الممتنع من أداء مال الغير أو حقه.

ص: ١٦٠

١- (١) راجع الروضة ٣: ٥٠٦، والكفاية: ٩٧، والعوائد: ١٣٧، والجواهر ٢٣: ٢١٩.

٢- (٢) مرّ سابقاً ومفضّلاً فى بحث «ولايه الفقيه» فى الجزء الرابع، فراجع.

هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً. إلا أن يقال: إن العمل بالشرط حق لا يمتنع على المشروط عليه، يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد، وأما إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما. وهذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأن كلاً منهما قد ملك ما فى يد الآخر، ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، الشرح:

ولكن ناقش فى الاستدلال النائينى (1) رحمه الله بما توضيحه: أن الولاية للحاكم تثبت مع عدم حياه المولى عليه، كما إذا لم يكن للميت وصي، أو مع عدم حضوره كالولاية على الغائب، أو مع صغر المولى عليه أو جنونه على تفصيل مذكور فى محله، والمشروط عليه فى المقام لا يدخل فى شىء من العناوين، ولا دليل على ولاية الحاكم فى غيرها.

أقول: إذا فرض الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته أو الأب على أولاده فلا ينبغى الريب فى جواز التصدى الحاكم للإنفاق بمال الزوج مع أنهما لا يدخلان فى شىء من العناوين المزبوره.

والحاصل: أن الفرق بين تصدى الحاكم فيما إذا كان العمل من آثار شرط النتيجة وبين كون المشروط نفس العمل يحتاج إلى التوضيح.

وأما ما أشار إليه المصنف رحمه الله فلا نعرفه. نعم، نُقل: «السلطان ولى لمن لا ولى له» على ما اشتهر فى بعض الألسنه، ولكن لا يعم شرط الفعل ولا العمل المترتب على الأمر الوضعى فإن عمل السلطان فى الفرضين مع امتناع الشخص ولاية عليه لا له كما

ص: ١٦١

فيجبران على ذلك. بخلاف الشرط، فإنَّ المشروط حيث فرض فعلاً كالإعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل. ثم على المختار: من عدم الخيار إلا مع تعذر الإيجاب، لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره؟ الظاهر ذلك، لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

الشرح:

لا يخفى أضيف إلى ذلك عدم ثبوته بنقل معتبر.

نعم الحكام والقضاء في زمان الأئمة عليهم السلام كان لهم الولاية باستيفاء الحقوق قضاءً أو عملاً بحسب نصبهم ولكن الروايات (١) الواردة في المراجعة إلى قضاء العدل والعاملين بالأحكام وعدم جواز الرجوع إلى الحكام وقضاء الجور يمكن دعوى عدم عمومها للمراجعة للاستيفاء عملاً للقرينة العامة على عدم بسط يدهم في ذلك الزمان وكون الرجوع اليهم كان لرفع المنازعة وقطع المخاصمه في الحكم أو موضوعه كما هو المفروض في تلك الروايات.

ومع ذلك قد يقال: الدليل على وجوب التصدي للقضاء على نحو الواجب الكفائي يجري في التصدي لاستيفاء الحقوق وأخذ حقوق بعضهم من بعض آخر حفظاً للنظام ويتعين المراجعة إلى المتصدي فيما كان في استيفاء ذى الحق حقه بالمباشره محذور، ومن الظاهر أنَّ المتيقن من المتصدي الحاكم العدل والمأذون من قبله وبما أنه ليس في البين خطاب لفظي يؤخذ في إثبات الولاية للمتصدي على الإطلاق فيؤخذ بالقدر اليقين فلا يحكم بنفوذ تصرف المتصدي مع إمكان اجبار من

ص: ١٦٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٣٦ ، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي .

تعذر الشرط يوجب الخيار

الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشتري الا-الخيار[١] لعدم دليل على الأرش، فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابله عرفاً وشرعاً إنما هي بين المالكين، والتقييد أمر معنوي لا يُعدّ مالاً وإن كانت ماليه المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه، وثبوت الأرش في العيب لأجل النص. وظاهر العلامة قدس سره: ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق. وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيّمته بشرط التدبير، انتهى.

الشرح:

عليه الحق على أداء ما عليه من حقّ الغير لأنه يجوز إجبار المتصدى من عليه الحق تأديباً ومنعاً عن المنكر كما هو مقتضى لزوم حفظ النظام.

وأما مباشره المتصدى بالاستيفاء مع إمكان الإيجاب كما إذا اعتق العبد الذي باعه على أن يعتقه المشتري أو باع ماله للإفناق مع إمكان إجباره على الإفناق بنفسه فالأصل عدم نفوذ ذلك العتق وعدم صحه البيع المزبور.

نعم مع عدم إمكان الإيجاب للفرار ونحوه يكون محكوماً بالصحه.

ومن هنا يظهر الحال في إعطاء الحاكم الأجره من مال المشتري على الخياطه المشروطه عليه مع امتناع المشتري عن الخياطه، فإنه يجوز مع عدم إمكان الإيجاب لا مع إمكانه.

هذا فيما إذا كان العمل المشروط عليه الطبيعي لا العمل المباشر، كما إذا باع المال واشترط على المشتري أن لا يترك ما عليه من الفرائض اليوميّه، فانه مع عدم التمكن على إجباره بالعمل والإتيان بفرائضه لا يكون مورداً لتصدّي الحاكم فتدبر.

[١] ذكره قدس سره في تعذر الشرط فرضين: الأول: ما إذا كان الفعل المشروط ما لا ماليه له كاشتراط العتق والتدبير. الثاني: ما إذا كان الفعل له ماليه كخياطه الثوب وصبغه.

ومراد به «التفاوت» مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه التفاوت إلى قيمه، لا تمام التفاوت، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمون به لا- بتمام قيمته، كما نصّ عليه في التذكرة. وضعّف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا: من أنّ الثمن لا يقسّم على الشروط. وأضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط وإن لم يتعذّر، كما عن الصيمري.

الشرح:

وذكر في القسم الأوّل: أنّه يثبت للمشروط له خيار الفسخ ولا يجوز له المطالبة بالأرش، وعلّل ذلك بأنّ الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين، بل يكون تقييداً لأحدهما، والتقييد أمر معنوي أي ليس جزءاً لا يقابل بالمال في المعامله.

وإذا باع بمئه على أن يعتقه فقد قيّد المبيع بالعتق بعد العقد، فيكون التقييد المزبور كسائر الأوصاف في المبيع في أنه لا يقابل بشيء من الثمن، بل يكون كالوصف مما تزيد وتنقص به قيمة الشيء، والأرش في مورد خيار العيب ثبت بالنصّ لا أنّه على القاعده.

وعن ظاهر العلامة (1): ثبوت الأرش في المقام، وتبعه الصيمري (2) في مسأله بيع العبد واشتراط تدبيره، حيث قال: لو امتنع المشتري عن تدبيره تخير البائع بين فسخ البيع أو الإمضاء والرجوع إلى تفاوت قيمه العبد مشروطاً بتدبيره وبيعه مطلقاً بل يظهر من الصيمري جواز المطالبة بالأرش بمجرد امتناع المشتري عن العمل بالشرط، وعدم تعذّره.

وحيث لا- يمكن أن يكون المراد بالرجوع بتمام التفاوت كما إذا باع الثوب مع اشتراط خياطته بمئه وكانت قيمته بدون الشرط المزبور مئتين، فانه لا يمكن الالتزام

ص: ١٦٤

١- (١) راجع التذكرة ١ : ٤٩٢ .

٢- (٢) غايه المرام (مخطوط) ١ : ٣٠٥ .

ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يُعدّ مالاً ويقابل بالمال كخياطه الثوب فتعدّ، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان. قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب

الشرح:

بجواز الرجوع إلى تمام المئه، لأنّ للشرط جزءاً وقسطاً من الثمن يكون المراد من الأرش نسبة التفاوت لإتمامه.

وذكر قدس سره في القسم الثاني أيضاً تخير المشروط بين الفسخ والإمضاء مجاناً، وأنه لا يجوز له المطالبة ببدل الفعل المشروط أى أجره المثل وإن كان يحتمل استحقاقها، كما ذهب إليه العلامة في التذكرة (١) حيث قال: إنّ الشرط أى المشروط إن كان ممّا يتقوّم كما شرط صيغ الثوب وتسليمه مصبوغاً، وتلف الثوب بيد المشتري قبل صبغه يكون للمشتري المطالبة بقيمه الفات، وإن لم يكن المشروط ممّا يتقوّم تخيير بين الفسخ والإمضاء مجاناً.

ومراده مما يتقوّم ما كان للمشروط ماله في نفسه، لا ما يزيد وينقص به قيمه الشيء كالوصف، فيعم بيع العبد واشتراط ماله.

ولكن الاحتمال أى المطالبة بأجره المثل ضعيف لأنّ الثمن في المعاملة يقع بازاء نفس المبيع ولا ينضم المشروط إلى أحد العوضين، ولذا لا يجرى على المشروط حكمهما.

ولو كان المشروط كالثمن من أحد النقدين كما إذا باع العبد مع اشتراط ماله الذي يكون من أحد النقدين بثمانٍ من النقود لا يعتبر التقابض في المجلس، ولو كان مال

ص: ١٦٥

مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري، ولو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ والإمضاء مجاناً، انتهى. وقال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصنع له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمه الفأنت إن كان مما له قيمه، وإلاّ مجاناً، انتهى.

الشرح:

العبد منضمّاً إلى المبيع لزم التقابض بالاضافه إليه وعوضه.

نعم يجرى على بعض الشروط وهو شرط الكم حكم الجزء في تقسيط الثمن ويأتى الكلام فيه فى الأمر السابع.

وذكر السيد اليزدى (١) قدس سره فى المقام كلاماً طويلاً، وملخصه: أنّ للمعامله مقامين: مقام الإنشاء ومقام اللبّ. والمشروط فى مقام الإنشاء لا- يدخل فى أحد العوضين، بل تجرى المعامله انشاءً على نفس المالىن، ولكنه فى مقام اللب يدخل فى أحد العوضين حتى شروط الأوصاف.

وحيث لا يدخل المشروط وصفاً كان أو غيره فى أحدهما ولا يقابل فى الإنشاء بشىء لا يكون فقد الوصف أو تعدّر الشرط حال العقد موجبا لانحلال البيع، بل يجوز لمن تخلف عليه الشرط أخذ صاحبه بالمعامله فى مقام اللب بأن يطالب مع عدم فسخها باسترداد ما وقع بازاء المشروط فى مقام اللب، بخلاف الجزء حيث إنّه فى مقام الإنشاء أيضاً داخل فى أحد العوضين، ولذا يكون فقده موجبا لانحلال المعامله انشاءً أيضاً بالاضافه إليه.

هذا كله: من غير فرق بين شرط الفعل والوصف، وسواء كان الفعل ممّا يتقوّم فى نفسه كخياطه الثوب وصبغه، أو لم يكن ممّا يتقوّم كعتق العبد واشترط بيع المال.

ص: ١٦٦

والظاهر أنّ مراده ب «ما يتقوّم» ما يتقوّم في نفسه، سواء كان عملاً محضاً كالخياطه، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً وعملاً كالصنغ، لا ما له مدخل في قيمه العوض، إذ كل شرط كذلك. وما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه وإن كان مقتضى المعاوضه بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل

الشرح:

ولكن مع التعذر في حال العقد في الفعل المتقوّم في نفسه لا يكون شرطه محكوماً بالصحة لعدم تمكن المشروط عليه، فلا يدخل الفعل في ملك المشتري، وبناءً على القول بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد يكون للمشروط له الفسخ وإمضاء العقد مجاناً أو مع المطالبه بالأرش كما ذكره العلامة.

وأما إذا كان المشروط ممّا له قيمه وكان التعذر طارياً بعد العقد ففي مثل ذلك يكون الفعل مملوكاً على عهده المشروط عليه فللشارط المطالبه ببديل ذلك الفعل لتلفه عليه في ضمان الغير إلا أن يقال: أنّ تعذر الفعل كالتلف قبل القبض يوجب انحلال الملك بالإضافة إلى الفعل، ولا يكون للمشروط له إلا المطالبه بالأرش كما في صورته التعذر من الأوّل، وعلى ذلك فلا يكون الارش في خيار العيب أمراً تعدياً.

نعم لا يجوز إجبار المشروط عليه بالأرش حيث يجوز له أن يقول: بأنك إذا أردت الارش افسخ المعامله لوقوع الثمن في المعامله انشاءً بازاء نفس العين.

نعم في خيار العيب يجوز الإجبار على الأرش، كما هو ظاهر الروايات، والأرش فيه من هذا الجبهه يكون أمراً تعدياً.

أقول: المعامله لكونها من الإنشائيات فليس لها واقع غير الإنشاء، وبتعبير آخر: ليس للبيع غير ما يعتبره المتعاقدين بحسب إنشائهما وإبرازهما وليس البيع إلا تمليك أحد المالين بازاء الآخر وتملكه بازائه.

وقد ذكرنا أنّ شرط الوصف فيما كان موصوفه عيناً خارجيه أو كالعين الخارجيه

بالمال، فإن المبيع هو الثوب المخيط والعبد المصاحب للمال لا الثوب والخياطة والعبد وماله، ولذا لا يشترط قبض ما يزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما. وسيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الشرح:

كالكلية في المعين لا- يمكن ان يكون قيدها أى تضييقا لا- لأحد العوضين ولا- لنفس البيع، فإن تضييق البيع بالشرط بمعناه المصدرى وتعليق البيع على الالتزام أمر حاصل.

وأما تعليقه على الشرط بمعنى المشروط فلا لا لأن تعليقه به يوجب التعليق المبطل فحسب، بل لأن العقد في بناء المتعاقدين واعتبار العقلاء لا يكون معلقا على حصوله حتى في الموارد التي يكون المشروط أمرا وضعيا كالخيار واشتراط الوكالة فضلا عما يكون من الأفعال الخارجيه، ولذا لو حكم بفساد الأمر الوضعى لبطلان شرطه فلا يحكم بفساد البيع.

وأما عدم كون المشروط قيدها لأحد العوضين فلأن الثمن في اعتبارهم يقع بازاء نفس المبيع والمبيع بازاء نفس الثمن، وإنما يكون الشرط وصفا كان أو غيره داعيا إلى زياده الثمن أو نقصه.

وكذا لا- ينضم نفس الشرط بمعنى الالتزام لأحد العوضين، لأن الالتزام بنفسه لا يدخل في ملك الآخر وليس له ماله والبيع تمليك بالعوض.

وعلى ذلك فلا- شيء في المعاملات مع تعذر الشرط وصفا كان أو غيره إلا ثبوت الخيار حيث لا معنى للالتزام بالوصف إلا اعتبار الخيار على تقدير فقدده، كما لا معنى لاشتراط الفعل إلا ثبوت الالتزام الحقى بالاضافه إلى الفعل وثبوت الخيار مع عدم تحققه للتعذر أو غيره.

وإذا كان الفعل متعذرا حال العقد أو طرأ فيما بعد ذلك يثبت الخيار وليس الفعل

لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه

الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه [١] بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء، فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ. فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمه، أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه، أو من أصله، وجوه تقدّمت في أحكام الخيار، وتقدّم: أنّ الأقوى الرجوع بالبدل، جمعاً بين الأدلّه. هذا كلّ مع صحه العقد الواقع، بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط. وأمّا لو كان منافياً كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط

الشرح:

فيما يتقوم ملكا للمشروط له، لأنّ المشروط عليه لم يملكه، بل التزم به نظير التزامه في مورد النذر والحلف، غايه الأمر أنّ الملتزم له في النذر هو الله سبحانه، وفي الشرط في المعامله هو المشروط له كما تقدم.

نعم قد تقدم أنّ للمشروط له إلزام المشروط عليه بالفعل مع التمكن على الإيجاب، ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار معه.

[١] مراده قدس سره أنه لو لم تبق العين المنتقله إلى المشروط عليه في ملكه لتلفها، أو أنّ المشروط عليه نقلها إلى الغير أو بقى تلك العين في ملكها ولكن تعلق بها حقّ الغير كما إذا رهنها أو استولدها، وفرض أنّ الفعل المشروط عليه قد تعذر كتلف الثوب الذي اشترط عليه خياطته فلا تكون عدم بقاء العين المنتقله إلى المشروط عليه أو نقلها أو تعلق حقّ الغير بها مانعا عن فسخ المشروط له البيع الأوّل لتعذر الشرط.

وإذا فسخ فهل يرجع ببدل المبيع مطلقاً أو مع بقائها، وفسخه نقل المشروط عليه أو رهنه من أصله أو من حين فسخ العين؟ وجوه يأتي الكلام فيها، وأنّ الصحيح منها هو الرجوع إلى البدل جمعاً بين الخيار الثابت للمشروط بتعذر شرطه وبين ما دل على نفوذ نقل مالك العين أو رهنه حيث إنّ التصرفات من المشروط عليه حلت زمان مالكيته.

هذا كله فيما لم يكن تصرف المشروط عليه في العين المبيعه منافياً لعمله

له أو إجازته، أو بطلانه، وجوه خيرها أوسطها. فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه وإلزامه بالوفاء بالشرط. نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثانى. فإذا فسخ المشروط له، ففى انفساخ العقد من حينه، أو من أصله، أو الرجوع بالقيمه، وجوه، رابعها: التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على

الشرح:

بالشرط، كما فرضنا أنّ الشرط فى البيع كانت خياطه ثوب مخصوص آخر.

وأما إذا كان تصرفه منافيا للعمل بالشرط، كما إذا باع العين منه على أن يجعلها المشتري وفقا على البائع وأولاده وبعد البيع باعها المشتري من ثالث، فيكون البيع الثانى منافيا للعمل بالشرط.

وفى الفرض هل يحكم بصحة البيع الثانى مطلقا أى بلا حاجه إلى إذن المشروط له وإجازته، أو مع إذنه وإجازته، أو يبطل مطلقا أى لا يفيد البيع الثانى إذن المشروط له وإجازته، حيث إنّ البيع الثانى لا يكون من قبيل البيع فضولاً ليصحّ بإجازته مالك المبيع وجوه: خيرها عند المصنف رحمه الله صحته بإذن المشروط له أو إجازته.

وهذا بناءً على أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه بالشرط، فإنّ صحة التصرفات تنافى حقّ المشروط له فى تلك العين.

وأما بناءً على عدم جواز الإجبار فيصحّ التصرفات المنافية، ولكن إذا فسخ المشروط له البيع الأول فهل يبطل التصرفات المزبوره من أصلها، أو من حين فسخ البيع الأول، أولا- تبطل أصلاً بل يرجع المشروط له إلى بدل العين مثلاً أو قيمه، لأنّ التصرفات المزبوره من تلف العين حقيقه أو حكما.

وعن العلامه فى التذكرة(1) تفصيل رابع: وهو التفصيل فى التصرف المنافى بين العتق وغيره، فان كان التصرف المنافى عتقا فيصح مطلقا لبناء العتق على التغليب، وإن

ص: ١٧٠

التغليب فيرجع بالقيمه، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكره والروضه. قال في فروع مسأله العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر: أن إطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجاناً، فلو أعتقه بشرط الخدمه مدّه، تخيّر المشروط له بين الإمضاء والفسخ فيرجع الشرح:

كان غير العتق فيبطل بفسخ البيع الأول.

وعلى ذلك ففي فرض العتق لو فسخ المشروط له البيع الأول فيرجع إلى المشروط عليه بقيمه العبد المبيع فقد اختار هذا التفصيل الشهيد الثاني (١) أيضاً في الروضه.

أقول: قد تقدم سابقاً أنّ الخيار حق لذي الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعين المنتقله إلى من اشترط عليه الخيار، فشرط الفعل بالاضافه إلى ثبوت الخيار ليس حقاً في العين المزبوره، واما بالاضافه إلى الفعل فأيضاً كذلك، فإنّ شرطه لا- يوجب إلا- استحقاق المشروط له نفس الفعل لا بنحو الملك ولا بالتكليف المحض.

والمراد باستحقاق الفعل بنحو الحق أن وجوبه على المشروط عليه مع عدم رفع المشروط له يده عنه بأن يطالبه، لا أن يسقطه عن عهده المشروط عليه.

ولكن العين التي يتعلّق بها الفعل فهي باقيه على حالها التي كانت بدون ذلك الشرط، حيث إنّها لو كانت مملوكة للمشروط له، كما إذا باع متاعه بثمن واشترط على المشتري خياطه الثوب المعين تكون تلك العين على حالها من ملك المشروط له من غير أن يتعلّق بها زائداً على ملكها حق وان كانت مملوكة للمشروط عليه تكون ملكاً له من غير أن يتعلّق بنفس العين حق للمشروط له.

وعلى ذلك فإنّ تصرف المشتري في العين المنتقله إليه بالبيع تصرفاً ينافى الفعل

ص: ١٧١

بقيمه العبد. قال بعد ذلك: ولو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ بطلت العقود، لوقوعها في غير ملك تام، وتفارق هذه العتق بشرط الخدمه، لأن العتق مبنى على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه.

الشرح:

المشروط، فإنه وإن ارتكب محرّماً مع عدم رفع المشروط له يده عن الفعل المشروط قبل التصرف المزبور، إلا أن العين لكونها ملكاً للمشروط عليه يعمّه ما دلّ على نفوذ تصرف المالك ومعاملته، فبتعدّد الشرط يثبت للمشروط له خيار الفسخ، قيل بجواز الإيجاب أو عدم جوازه، فإنّ جواز الإيجاب مع امتناعه عن العمل المشروط وعدم تعذر ذلك العمل.

وإذا كان التصرف المزبور لازماً يتعدّد الفعل المشروط بشمول أدلّه نفوذ التصرف ولزومه لذلك التصرف، ولا يجوز هذا الإيجاب بناءً على أن ليس للمشروط له مع هذا الامتناع إلا الخيار.

وبالجملة: عدم جواز التصرف المنافي لكونه ملازماً لترك الواجب أو حرمة نفس التصرف لا يوجب فساد ذلك التصرف ما لم يثبت أن للمشروط له حق في العين المنتقلة إلى المشروط عليه.

ولا يمكن إثبات هذا الحق بجواز الإيجاب أو عدم جواز ذلك التصرف تكليفاً، فإنّ النهي عن معاملته لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا كان عدم ذلك التصرف لاستلزامه ترك الواجب الذي من قبيل الحق للغير أو حق الله سبحانه فقط.

فتحصل: أنه مع تلف العين أو التصرف المنافي اللازم ليس للمشروط له إلا خيار الفسخ في بيعه، ومع فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمه.

ثم إنّ الالتزام بصحة التصرف وأنه مع فسخ البيع الأول يبطل تلك التصرفات من أصلها أو من حين فسخ البيع الأول غير ممكن، فإنه لا موجب لانفاسخها من الأصل أو

لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقلة إليه أو بتصرفها

وهل له إمضاء البيع مع طلب [١] فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال، انتهى. ومثله ما فى الروضة. وقال فى الدروس فى العبد المشروط عتقه: ولو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى. وظاهره ما اخترناه، ويحتمل ضعيفاً غيره. وفى جامع المقاصد: الذى ينبغى، أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشتري. ثم إن هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين [٢] كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، كما تبه عليه فى المسالك فى أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم، إذا دلّ التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس والحيوان بناءً على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا بالعقد. وأمّا مطلق التصرف فلا.

الشرح:

من حين فسخ البيع الأول، بل يلزم من انفساخها عدم تعذر الشرط الموجب لعدم الخيار فى فسخ البيع الأول عند المصنف وأتباعه ممن جعل الخيار فى فرض تعذر الشرط خاصة.

ويجرى مثل هذا الكلام فى تصرف الناظر فى العين التى نذر تصرفاً خاصاً فيها مطلقاً أو مشروطاً فتدبر جيداً.

[١] يعنى هل للمشروط له إمضاء البيع الأول وعدم فسخه، ومع ذلك أن يطلب من المشروط عليه يعنى المشتري أن يفسخ نقله العين من ثالث؟ فيه احتمال.

أقول: لو كان التصرف المنافى غير لازم فله ذلك فانه من الإيجاب على الشرط وإلا فلا مورد للطلب كما لا يخفى.

[٢] يعنى (١) كما لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقلة إليه كذلك

ص: ١٧٣

السادسه: للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط [١] لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابه، لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار وغيره من الحقوق. وقد يستثنى من ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له كالعق، فإنّ المصرّح به في كلام جماعه كالعلّامه وولده والشهيد وغيرهم : عدم سقوطه بإسقاط المشروط له. قال في التذكره: الأقوى عندى أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوقٌ: الشّرح:

لا- يسقط خياره بتصرفه في تلك العين بنقل أو غيره فيما إذا لم يكن تصرفه ظاهراً في إغماضه عن خيار تعذر الشرط، وإلّا فيسقط كما في تصرّف ذى الخيار في خيار المجلس أو الشرط أو نحوهما على ما تقدم في خيار الحيوان.

[١] ذكروا أنّ للمشروط له إسقاط شرطه فيما كان المشروط قابلاً للإسقاط دون ما لا يقبل، كاشتراط ملكيه مال العبد أو حمل الدابه للمشترى.

وقد يقال في ضابط ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله: أنّ المشروط إذا كان أمراً وضعياً يكفي في حصوله نفس الاشتراط في العقد فلا- يقبل الإسقاط بخلاف ما إذا كان فعلاً سواء كان لذلك الفعل مالیه أم لا، فإنّ هذا قابل للإسقاط حتى بناءً على أنّ الفعل فيما كان له مالیه مملوك للمشروط له، فان ملكيه الفعل على العهده نظر الدين يقبل الإسقاط.

ولكن لا يخفى أنّ مجرد كون المشروط أمراً وضعياً يحصل بنفس الاشتراط لا يقتضى عدم جواز إسقاطه، فإنّ الخيار المشروط أمر وضعى يحصل بنفس الاشتراط فيما لم يعين له زمان منفصل مع أنّه يقبل الإسقاط منفصلاً أو متّصلاً.

ولا- يبعد أن يقال: إنّ المشروط فيما كان من قبيل الشىء على عهده المشروط عليه أو كان أمراً يكفي في زواله مجرد الإلغاء كالخيار ومنه اشتراط الوصف في أحد العوضين يقبل الإسقاط، بخلاف ما إذا كان زواله يحتاج إلى سبب خاصّ، فإنّه لا يزول إلّا بذلك السبب كملكيه العين فإنّه لا يزول إلّا بالمعامله والإرث لا بمجرد الإسقاط الإنشائي.

للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط

حقّ لله، وحقّ للبائع، وحقّ آخر للعبد. ثم استقرب بناءً على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الإيضاح: الأقوى أنّه حقّ للبائع ولله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط، انتهى. وفي الدروس: لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق، لتعلّق حقّ العبد وحقّ الله تعالى به، انتهى. وفي جامع المقاصد: أنّ التحقيق أنّ العتق فيه معنى القربه والعباده وهو حقّ الله تعالى، وزوال الحجر وهو حقّ للعبد، وفوات المالیه على الوجه المخصوص للقربه وهو حقّ البائع، انتهى.

الشرح:

لا- يقال: نفس الاشتراط في نفسه أمر اعتباري يقبل الاسقاط والإلغاء، ولا يفرق في ذلك بين المشروط قابلاً للإسقاط أم لا، فبالغاء نفس الاشتراط يسقط اعتبار المشروط وضعياً كان أو فعلاً خارجياً أو غيرهما.

فانه يقال: نعم، ولكن كما أنّ الاشتراط في تحقّقه يتبع العقد ويعتبر الالتزام المزبور شرطاً كذلك في زواله يحتاج إلى زوال ذلك العقد، ولذا ينحل تمام الشروط من غير فرق بين مشروط ومشروط آخر بانحلال العقد.

وعلى ذلك فلو شك في كون المشروط ممّا يقبل الإسقاط والإلغاء فمقتضى الاستصحاب بقاء ذلك المشروط وعدم زواله بناءً على اعتباره في الشبهات الحكمية.

وأما بناءً على عدم اعتباره فالأصل عدم اعتبار المشروط بقاءً، ولكن هذا مجرد فرض فان الخطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) و«المؤمنون عند شروطهم»^(٢) مقتضاهما بقاء المشروط وعدم انحلاله كما لا يخفى.

ثم إنّه يستثنى عن جواز إسقاط شرط الفعل اشتراط العتق، فانه لا يقبل الإسقاط لعدم انحصار الحق فيه لمشرطه بل فيه حقّ الله تعالى وحقّ العبد.

ص: ١٧٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

أقول: أمّا كونه حقاً للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح. وأمّا كونه حقاً للعبد، فإن أُريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنه له على المشتري، بل هو متفرّع على حقّ البائع دائر معه وجوداً وعدمًا. وإن أُريد به ثبوت حقّ على المشتري يوجب السلطنه على المطالبه فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب إلاّ ثبوت الحقّ للبائع.

وبالجملة، فاشتراط عتق العبد ليس إلاّ كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدّق به عليه، ولم يذكر أحد أنّ لزيد المطالبه. وممّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حقّ الله تعالى، فإنّه إن أُريد به مجرد وجوبه عليه لأنّه وفاء بما الشرح:

وناقش المصنف رحمه الله في الاستثناء بأنّه إن أُريد من حقّ العبد انتفاع العبد بعنقه فهذا لا يوجب استحقاقه المطالبه به وإجبار المشروط عليه به، فيكون نظير ما إذا باع متاعه واشترط على المشتري بيعه من آخر بأقلّ من قيمه السوقية، فإنّه لا يجوز لذلك الآخر المطالبه بالبيع والإجبار عليه.

وممّا ذكر يظهر الكلام في حقّ الله فإنّه إن أُريد بحقّ الله سبحانه إيجاب الوفاء بالشرط فيجوز في جميع شروط الأفعال، ولو كان المراد بأنّ العتق في نفسه مستحب يعتبر فيه القربه فهذا يجري في سائر الأفعال المستحبه كشرط التصدّق للفقير بمال كذا.

وعلى الجملة: لو لم يكن المشروط في نفسه عملاً واجبا كإتيان الفرائض اليوميّه فلا يكون فيه حقّ الله بحيث يجبره الحاكم على الإتيان من باب المنع عن المنكر أى ترك الواجب .

أقول: لو كان المشروط في نفسه عملاً واجبا كما ذكرنا يصح إسقاطه أيضا، فلا يترتب على تركه خيار الامتناع أو تعذر الشرط كما لا يخفى.

عدم تقسيط الثمن على الشرط

شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط. وإن أُريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله كما ذكره جامع المقاصد ففيه: أنّ مجرد المطلوبه إذا لم يبلغ حدّ الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم، ولا- وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم. وقد عرفت أنّ المطلوب غير هذا، فافهم.

السابعة: قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو شرط لا يقسّط عليه الثمن [١] عند انكشاف التخلف على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكر قدس سره في المقام: أنّ الشرط في المعاملات وأن لا يقسط عليه العوض بل الثمن في البيع يقع بازاء نفس المبيع، فلا يكون الشرط جزءاً من المبيع ولا من الثمن، إلا أنّ عدم التقسيط لجريان ابناء المعاملات في اعتبارهم وقرارهم على كون الشرط التزاماً زائداً على الالتزام بأصل المعاملة، وأن الشارع قرّر المعاملات والشروط فيها على ما هي عليه عندهم.

ومن الظاهر أنّ عدم تقسيط الثمن منهم غير شرط المقدار للمبيع أو الثمن.

وأما إذا كان المشروط هو الكم في المبيع الشخصي أو الثمن الشخصي وظهر عدم كونه بذلك المقدار فان جماعه من القدمات والمتأخرين وان ذهبوا إلى أنّ شرط الكم كسائر الشروط في عدم التقسيط إلا- أنّ الأظهر هو التقسيط كما عليه اعتبار ابناء المعاملات، فانه إذا باع صبره على أنّها منه منّ وظهرت تسعين، فانه لا ينبغي الريب في أنّ الفرض عندهم من ظهور عدم بعض المبيع، فيستحق المشتري من الثمن ما يقع بازاء عشره أمتان، فان الثمن ثمن لثمنه منّ خارجي.

وبتعبير آخر: يكون البيع المزبور بالاضافه إلى عشر الثمن غير متحقق، ويجوز للمشتري فسخه في الباقي لتبعص الصفقه عليه، كما أنّ له الإمضاء باسترداد الثمن

ص: ١٧٧

مقابله أحد العوضين إلا بالآخر، والشرع لم يزد على أن أمر بالوفاء بذلك المدلول العرفي، فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين. هذا، ولكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة، بأن يشتري مركباً ويشترط كونه كذا وكذا جزءاً، كأن يقول: «بعتك هذه الأرض أو الثوب أو الصبره على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً»، فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينه. فهل يلاحظ حينئذ جانب القيديه ويقال: إن المبيع هو العين الشخصيه المتصفه بوصف كونه كذا الشرح:

الزائد وفاقا لجماعه كالشيخ في المبسوط (١) والمحقق في الشرايع (٢) والعلامه في جمله من كتبه (٣) والشهيدين (٤) وغيرهما (٥).

ودعوى أن الثمن المزبور يقع في انشاء المعامله بازاء الموجود خارجا، وانما يعتبر وصف في المبيع وهو كونه بمقدار كذا، فيكون من تخلف الوصف المشروط ويثبت فيه ما يثبت في فقد سائر الأوصاف المشروطه، ولذا يقال بتقديم الاشاره على الوصف لا- يمكن المساعده عليها، فان شرط الكم من ذكر عنوان للمبيع، وذلك العنوان موجود بعضه حقيقه وبعضه وهما كما عليه اعتبارهم.

وهذا كله فيما كان المبيع متساوي الأجزاء بان كان مثليا، وأما إذا كان أجزاءه مختلفه فالأمر فيه وان كان كذلك أيضا، كما يدل عليه خبر ابن حنظله (٤) ولا يضر بدلاله اشتمال ذيله على حكم لم يعمل به الأصحاب ولا يمكن إرجاعه إلى القاعده،

ص: ١٧٨

١- (١) المبسوط ٢ : ١٥٥.

٢- (٢) الشرائع ٢ : ٣٥ .

٣- (٣) التحرير ١ : ١٧٧ ، والتبصره : ١٠٠ ، الفصل الثامن في التسليم، والمختلف ٥ : ٢٦٧ ٢٦٨.

٤- (٤) الدروس ٣ : ١٩٨ ، الروضه ٣ : ٢٦٧.

٥- (٥) السرائر ٢ : ٣٧٧ ، والتنقيح الرائع ٢ : ٧٦ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٧٤٤.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٧ ٢٨ ، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

جزءاً، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابه ونحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خياراً بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن؟ أو يلاحظ جانب الجزئيه، فإنّ المذكور وإن كان بصورة القيد إلا أنّ منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه، فالمبيع فى الحقيقه هو كذا وكذا جزءاً، إلا أنّه عبّر عنه بهذه العبارة، كما لو أخبره بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره، فإنّ وقوع البيع على العين الشخصيه لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفأئ. وبالجملة، فالفأئ عرفاً وفى الحقيقه هو الجزء وإن كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مرّ: من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين؟

الشرح:

وهو إعطاء غير المبيع عوضاً عن الجزء المعدوم، إلا أنّه قد يقال: إنّ شرط المقدار فى مختلف الأجزاء لا يوجب إلاّ ثبوت الخيار، فإنّ شرط الكم فيه كبيع الحيوان بثمن واشتراط حملة فيه، أو بيع العبد بثمن واشتراط ماله فيه فى أنّ ظهور عدم الحمل أو المال لا يوجب إلاّ الخيار.

وزاد بعض هؤلاء (1) على هذا الاستدلال ما ذكر الشيخ قدس سره فى الفرق بين الصورتين: من أنّ الثمن فى صورته اختلاف الأجزاء لا- يمكن تقسيطه على المقدار الموجود والمقدار المفقود، فإنّه إذا باع أرضاً بثمن على أنها عشره أجره وظهرت بعد المسح كونها خمسه فالخمس المفقوده لا يمكن فيها تعيين الوصف بأنّها سهله مثلاً أو غير سهله ليتمكن تقسيط الثمن على ذلك المفقود والموجود، بخلاف فرض متساويه الأجزاء لأنّ المفقود فيه يفرض على وصف الموجود.

وأجاب المصنف رحمه الله عن الفرق المزبور: بأنّ عدم إحراز ما يقع من الثمن بازاء المفقود لا يوجب عدم استحقاق المشتري القسط الذى لو فرض العلم بذلك القسط

ص: ١٧٩

١- (١) كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٤٢٨، والشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٨.

ولأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنها جُربانٌ معيّنه، أو صبره على أنها أصوع معيّنه. وتفصيل ذلك: العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله: لو باعه شيئاً وشرط فيه قدرًا معيّنًا فتبيّن الاختلاف من حيث الكمّ، فأقسامه أربعة: لأنّه إمّا أن يكون مختلف الأجزاء أو متّفقها، وعلى التقديرين: فإمّا أن يزيد وإمّا أن ينقص.

فالأول: تبين النقص فى متساوى الأجزاء. ولا إشكال فى الخيار، وإمّا الإشكال والخلاف فى أنّ له الإمضاء بحصته من الثمن، أو ليس له الإمضاء إلاّ بتمام الثمن. فالمشهور كما عن غايه المرام هو الأول، وقد حكى عن المبسوط الشرح:

كان له الأخذ بذلك القسط، وإذا لم يعلم ذلك القسط يلزم المتبايعين بالمصالحة عليه، إلاّ أن يقال: إنّ الحكم بصحة البيع فى البعض والانحلال فى البعض الآخر ينحصر بما إذا كان التقسيط عند الحاجة إليه ممكنا وان لم يعلم ذلك القسط ابتداءً.

واما إذا لم يكن كما فيما نحن فيه فلا بد من الحكم ببطلان أصل البيع بظهور المبيع على غير المقدار المشروط، أو الحكم بالصحة بلا تقسيط الثمن بأن يثبت للمشروط له خيار الفسخ خاصّه.

ولكن يمكن الجواب عن هذه الدعوى بإمكان التقسيط عند الحاجة فى الفرض أيضا، فانه لو كانت القطعه المزبوره مع اختلاف أجزائها متّفقه فى قيمه فالأمر واضح، لأنّه يكون الفرض كفرض متساويه الأجزاء فيفرض كون خمسة أجره عشره، أو كون ثلاثه من الخمسه الموجوده ثمانيه فالثمانيه مع الاثنين الباقيين من الخمسه عشره، أو يفرض أربعة من الخمسه الموجوده تسعه فتكون التسعه مع الواحد الباقي من الخمسه عشره أو يفرض الواحد من الخمسه والسته مع الأربعة الباقيه تكون عشره.

وأما إذا كانت الأجزاء مختلفه فى قيمه وقد رأى المشتري الخمسه الموجوده،

والشرائع وجمله من كتب العلّامه والدروس والتنقيح والروضه وظاهر السرائر وإيضاح النافع حيث اختاراً ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوى الأجزاء بطريق أولى. ويظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوى الأجزاء مفروغاً عنه. وعن مجمع البرهان: أنه ظاهر القوانين الشرعيّه.

ووجهه مضافاً إلى فحوى الروايه الآتيه في القسم الثانى ما أشرنا إليه: من أنّ كون المبيع الشخصى بذلك المقدار وإن كان بصورة الشرط، إلاّ أنّ مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا- طعاماً فاشتره فتبين الغلط في الكيل، ولا يرتاب أهل العرف في مقابله الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا. خلافاً لصريح القواعد ومحكى الإيضاح. وقوّاه في محكى حواشى الشهيد والميسيه والكفايه. الشرح:

أو وصفها له البائع وتخيّل أنّها عشره بأن كانت الأرض جريان منها سهله وثلاثه أجربتها غير سهله واشتراها بزعم أنّها عشره أجربه، فيفرض السهل أربعة أجربه وغير السهله ستة فتكون الثمن موزعه على العشره كذلك، فيأخذ المشتري من الثمن المسمى نصفها، لأنّ الموجود خارجاً نصف المبيع.

وهذا الفرض كفرض متساوى القيمه وإن لم يمكن تحقّقه خارجاً ضروره أن الخمسه لا تكون عشره وثلاثه لا تكون ثمانيه، إلاّ أنّ فرضه طريق صحيح إلى تقسيط الثمن المبذول بازاء العشره.

فقد تحضّل أن التقسيط في الصوره الثانيه أيضاً هو الأظهر وأنّه كالصوره الأولى ممكن.

وذكر السيد اليزدى (1) في المقام ما حاصله: أن ذكر المقدار للمبيع الشخصى

ص: ١٨١

واستوجهه فى المسالك. ويظهر من جامع المقاصد أيضاً، لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائناً ما كان، غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين، وهو وصف غير موجود فى المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابه المفقوده فى العبد. وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، لأنه غير موجود فى الخارج، مع أن مقتضى تعارض الإشاره والوصف غالباً ترجيح الإشاره عرفاً، فإرجاع قوله: «بعتك هذه الصبره على أنها عشره أصوع» إلى قوله: «بعتك عشره أصوع موجوده فى هذا المكان» تكلف.

الشرح:

على نحوين: فتاره يؤخذ شرط المقدار على حقيقه الشرط بأن يكون المبيع هو الموجود الخارجى كيف ما اتفق، ويكون الثمن بازاء نفس الموجود الخارجى، ويكون اشتراط المقدار كاشتراط الوصف فيه، ومنه اشتراط حمل الحيوان المبيع للمشتري فى كون تخلفه موجبا للخيار.

ولا- يضر فى ذلك أنه على تقدير تحقق المقدار المزبور يكون الثمن بازاء تمام المقدار لأن المقدار، على تقدير تحققه من الموجود الخارجى الذى بيع بالثمن المزبور، بخلاف صوره عدم تحققه.

وأخرى يكون ذكر المقدار لا بعنوان الاشتراط حقيقه، بل باعتبار أنه عنوان المبيع الذى يكون بذل الثمن للموجود خارجا بذلك العنوان، ويجرى ذلك فى حمل الدابه أيضا يبذل الثمن بازاء الدابه وحملها.

وفى هذا الفرض يقسّط الثمن، ويتم البيع بالاضافه إلى المقدار الموجود فقط.

وما ورد فى روايه عمر بن حنظله (١) يحمل على البيع بالنحو الثانى بأن يراى بذكر عشره أجره أن العشره يعطى لها الثمن، نظير صورته أخبار البائع بوزن المبيع أو كيله،

ص: ١٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٧ ٢٨ ، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

والجواب: أن كونه من قبيل الشرط مسلّم، إلا أن الكبرى وهي: «أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن» ممنوعه، فإنّ المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثانى: تبين النقص في مختلف الأجزاء. والأقوى فيه ما ذكر من التقييد مع الإمضاء، وفاقاً للأكثر، لما ذكر سابقاً: من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزءاً من المبيع، مضافاً إلى خبر ابن حنظله: «رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجره، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقه البيع وافترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسه أجره؟ قال: فإن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ المبيع وأخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفيه، ويكون البيع لازماً، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذى باع، الشرح:

أو تحمل الروايه على ثبوت الأرش في الوصف المشروط المفقود على ما تقدم.

وعلى الجملة: فالمتبع صورته العقد وإنشائه مع عدم القرينه على خلافه من كون شرط المقدار كاشتراط سائر الأوصاف.

أقول: إنما يتبع ظاهر الإنشاء فيما إذا أمكن جعل شيء جزءاً من المبيع، وجعله شرطاً في بيع ذلك المبيع.

وأما إذا لم يمكن إلاّ جعله شرطاً كشرط الوصف الغير المقوم فلا- معنى لجعله جزءاً وإن أتى بذلك بنحو لو أمكن مقابلهته بالمال لكان جزءاً كما إذا قال: بعث هذا العبد مع وصفه الكتابه بكذا، حيث إنّ الثمن يقع بازاء العبد ولا يترتب على تخلف الوصف إلاّ خيار الفسخ، فانه لا معنى لاشتراط وصف الكتابه إلاّ جعل الخيار كما أنه إذا لم يكن جعل شيء شرطاً والتزاماً بأمر آخر غير الالتزام البيعى فلا- يحمل على الاشتراط ولو كان في صورته العقد بصوره الاشتراط، كما في الوصف المقوم بأن قال: بعث هذا

فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كلّهُ... الخبر». ولا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد، لأنّ غايه الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها ومخالفه ظاهره للإجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج. خلافاً للمحكّي عن المبسوط وجميع من قال في الصورة الأولى بعدم التقسيط، لما ذكر هناك: من كون المبيع عيناً خارجياً لا يزيد ولا ينقص لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبيّن عدمهما. وزاد بعض هؤلاء على ما فرّق به في المبسوط بين صورتين: بأنّ الفأنت هنا لا يعلم قسطه من الثمن،

الشرح:

الموجود بكذا على أنّه ذهب فظهر كونه نحاسا.

وعلى ذلك فنقول لا- ينبغى الربى فى أنّ اشتراط المقدار فيما كان البيع من المثلى عنوان مقوم، لما تقدم من انحلال البيع فيه بالاضافه إلى أجزائه الخارجيه، كانه لاله بالاضافه إلى أجزائه المشاعه.

ولو قال: «بعت هذه الصبره من الحنطه على أنّها مئه كر بألف دينار» فالتفاهم منها أنّ كلّ كر منها قد بيع بعشره دنانير وهذا ظاهر عند ابناء الأسواق، وأنّه لو ظهر أنّ الصبره المزبوره تسعون فلا يستحق البائع إلاّ ما يقع الثمن بازاء التسعين حتى ما لو كان الاشتراط بصوره إخبار البائع بالوزن.

وإنّما الكلام فيما إذا كان المقدار لا ينحل البيع فيه إلى أبعاضه الخارجيه ولم يكن البيع فيه وتعيين الثمن فيه بحسب المقدار والكم، مثلاً لو قال: «بعت هذه الأرض التى عشره أجره كل جريب منه بكذا» فانه لا إشكال فى بطلان البيع بالاضافه إلى خمسّه أجره لو ظهرت أنّها تكون خمسّه أجره.

والحاصل: ينبغى الكلام فيما إذا قال: «بعت هذه الأرض التى عشره أجره بألف»

لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجُربان. وفيه مضافاً إلى أن عدم معلوميه قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخصيص بصلح أو نحوه، إلا أن يدعى استلزام ذلك جهاله ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط، وفيه نظر: منع عدم المعلومية، لأن الفئات صفه كون هذه الأرض المعيّنه المشخصه عشره أجره، ويحصل فرضه وإن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنه معنى فرض نفس الخمسه عشره. وفرضه أيضاً بصيروره ثلاثه منها ثمانية أو أربعه تسعه أو واحد سته أو غير ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يقدح مع فرض تساوى قطاع الأرض، ومع اختلافها فظاهر التزام كونها عشره مع رؤيه قطاعها المختلفه أو وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرثيه أو الموصوفه. ثم إن المحكى عن الشيخ العمل بذييل الروايه المذكوره، ونفى عنه البعد فى التذكره معللاً: بأن القطعه المجاوره للمبيع أقرب إلى المثل من الأرش. وفيه مع منع كون نحو الأرض مثلياً: أن الفئات لم يقع المعاوضه عليه فى ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باق فى ملك المشتري، وليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته. وأما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الروايه.

الشرح:

فظهر كونه خمسه أجره مثلاً أو يقول: «بعت هذه الأرض بكذا على أنها عشره أجره».

فنقول: ففى مثل هذه الموارد لو كانت تعيين المبيع عرفاً بحسب المقدار بحيث يكون البيع مع عدم ذكر الكم من بيع الغرر فلا ينبغى الإشكال فى أن ذكر الكم عنوان مقوم أتى بصوره الشرط أم لا.

وان لم يكن تعيينه بالكم خاصه بل يكفى فى بيعه المشاهده أيضاً يكون ذكر الكم

ص: ١٨٥

الثالث: أن تتبين الزيادة عمّا شرط على البائع. فإن دلت القرينه على أنّ المراد اشتراط بلوغه هذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة[١]. فالظاهر أنّ الكلّ للمشتري ولا خيار. وإن أُريد ظاهره وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة وعليه من حيث عدم النقيصه ففي كون الزيادة للبائع وتخيّر المشتري للشركه، أو تخير البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشئء بالثمن، وجهان: من أنّ مقتضى ما تقدّم من أنّ اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزله تعلّق البيع به فهو شرط صورته وله حكم الجزء عرفاً: أنّ اشتراط عدم الزيادة على المقدار المعين هنا بمنزله الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع. ومن الفرق بينهما: بأنّ اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً، وليس بمنزله الاستثناء، فتخلّفه لا- يوجب إلا- الخيار. ولعل هذا هو أظهر[٢] مضافاً إلى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصه مع اشتراكهما لكون مقتضى القاعده فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته: بورود النصّ المتقدّم في النقيصه، ويبقى الزيادة على مقتضى الضابطه، ولذا اختار الاحتمال الثاني بعض من قال بالتقسيت في طرف النقيصه. وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا، لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد والمشتري لم يقصد شراء البعض. وفيه تأمل.

الرابع: أن تتبين الزيادة في مختلف الأجزاء، وحكمه يعلم مما ذكرنا.

الشرح:

شرطاً أتى بصوره الاشتراط أو بنحو الاخبار.

[١] بأن يكون في البين شرط آخر وهو أنّ الموجود على تقدير اشتماله للزيادة فتلك الزيادة للمشتري مجاناً.

[٢] لم يعلم وجه أظهرته بل شرط المقدار إذا كان عنواناً يتعلّق البيع بالموجود بذلك العنوان يكون الزيادة للبائع لا محاله.

مسألة: في حكم الشرط الفاسد، والكلام فيه يقع في أمور [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه إذا كان الشرط في المعاملة محكوماً بالفساد فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يجب الشرط فيما كان فعلاً، وإنما يجب مع صحه الشرط، فإن لزوم الإتيان بالفعل كان مستفاداً من قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم» (١) والمفروض عدم جريانه مع فساد الشرط.

كما لا ينبغي التأمل في أنه يستحب الإتيان بذلك المشروط فيما كان المشروط عملاً مباحاً وقلنا بأن فساد الشرط لا يسرى إلى أصل المعاملة، فإن الشرط مع فساده يدخل في عنوان الوعد فيستحب الوفاء به.

ثم إن فساد الشرط يسرى إلى أصل المعاملة فيما كان فساده لجهاله المشروط، لأن الشرط على ما تقدم قيد لأحد العوضين فيكون البيع مع جهالته غريباً.

وكذا يحكم بفساد أصل المعاملة فيما كان الشرط استيفاء المنفعة المحرمة من المبيع، كما إذا باعه الخشب على أن يعمله صنماً أو صليبا، فإن المنفعة المحللة للخشب وإن كانت كثيرة وباعتبارها يحسب مالا يصح المعاوضة عليه، إلا أنه مع اشتراط صنعه صنماً أو صليبا يقتصر منفعته بالمحرم، فيكون أخذ المال بازائه أكلاً له بالباطل، لأن من شرط البيع ماله المبيع.

ولو لم يتم هذا يكفي في المقام دلالة بعض الروايات (٢) الواردة في النهي عن بيع الخشب ممن يعمله صنماً أو صليبا.

وكذا لا يصح البيع فيما كان وقوعه مع الشرط المزبور دورياً كما إذا باع متاعاً

ص: ١٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٦ ١٧٧ ، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به .

الأول: [أنَّ الشرط الفاسد] لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل في الوعد، فإن كان العمل به مشروعاً استحبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد. ولا تأمل أيضاً في أنَّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد، لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً. وكذا لو كان الاشتراط موجباً لمحدور آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً، لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ.

الشرح:

واشترط على المشتري بيعه منه ثانياً، فانه قد ذكر العلامة (١) قدس سره بطلان البيع في الفرض لكون وقوعه دورياً، لأنَّ تحقّق البيع الموقوف على حصول الشرط توقف المشروط على شرطه، وتحقّق الشرط أى بيعه من بائعه ثانياً موقوف على تحقّق البيع، لأنَّ من شرط البيع كون بائعه مالكا للمبيع.

وبما أنَّ هذا التعليل عليل لأن الشرط في المعاملات لا يدخل في أجزاء العلة ليتوقّف البيع على حصول الشرط، وإلا لما صحّ اشتراط بيعه من غير بائعه أيضاً ذكر وجهها ثانياً لبطلان البيع، وهو عدم قصد البائع للبيع مع الشرط المزبور.

وبما أنَّ هذا الوجه أيضاً غير صحيح لأنَّ القصد إلى البيع خصوصاً مع اختلاف الثمن ظاهر ذكر وجهها ثالثاً وهي دلالة النصّ على بطلان البيع مع الشرط المزبور.

والحاصل: أنَّ الكلام في إفساد الشرط فساد أصل المعاملة يختص بما لم يكن فساد الشرط موجبا للخلل في المعاملة بأن يوجب فقد شرطها انتهى محصل كلامه.

أقول: يأتي أنَّ الملتزم بسرايه فساد الشرط إلى العقد يدعى أنَّ التراضي المعتبر في صحه المعاملة ينتفى مع فساد الشرط حيث إنَّ التراضي بالمعاملة منوط بحصول الشرط أى نفوذه.

ص: ١٨٨

وكاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً، لأنّ المعامله على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، ولبعض الأخبار. وإنّما الإشكال فيما كان فساد لا لأمر مخلّ بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة؟ قولان:

الشرح:

فالقول بأنّ مورد الكلام فيما لم يكن فساد الشرط للإخلال بما يعتبر في المعامله بلا وجه، بل الصحيح في المقام بعد التسالم على الكبرى وهي فساد أصل المعامله بفساد شرطه فيما كان فساد الشرط موجباً للإخلال بما يعتبر فيها هو البحث في الصغرى.

وهي أنّ فساد الشرط يوجب فقد ما يعتبر في المعامله مطلقاً، أو لا يوجب مطلقاً، أو يوجه في بعض الموارد دون البعض الآخر، اللهم إلا أن يكون مراد المصنف رحمه الله أنّ المعامله التي يختل فيها مع الشرط ما يعتبر مع قطع النظر عن فساد الشرط خارج عن مورد الكلام.

ثم إنّ البحث في الصغرى كما ذكرنا مع قطع النظر عن قيام النص في مورد خاص ببطلان المعامله بذلك الشرط، فانه يؤخذ بالنص في ذلك المورد.

ومن ذلك ما إذا باع متاعاً بشرط أن يبيعه منه ثانياً أو اشترى متاعاً بشرط أن يشتري بئنه ثانياً، ولكن مدلول النص كما يأتي ما إذا كان في البين اختلاف الثمنين في البيع الأول والبيع المشروط، فلا بأس باشتراط بيع المتاع منه ثانياً مع عدم الاختلاف المزبور.

وأما بيع الخشب على أن يعمل صنماً أو صليبا فقد ذكرنا في المكاسب المحرمة أنّه لا يجوز بيعه ممن يعمله صنماً أو صليبا للنص (1)، والنص لا يعم ما إذا اشترط البائع على مشتري الخشب صنعه صنماً أو صليبا مع عدم عمل المشتري بالشرط.

وكذا لا يمكن استفاده عدم الجواز فيما كان شرط المشتري على البائع أن يصنعه

ص: ١٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ١٧٦ ١٧٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به .

حكى أولهما عن الشيخ والإسكافي وابن البراج وابن سعيد، وثانيهما للعلامة والشهيدين والمحقق الثاني وجماعه ممن تبعهم.

الشرح:

البائع صليبا أو صنما مع عدم وفاء البائع بالشرط.

ودعوى أنّ الخشب مع اشتراط المنفعة المحرمة يخرج عن المالىة، فيكون أكل الثمن بازائه أكلاً له بالباطل لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ الشرط المنفعة المحرمة مع فساد الشرط لا يوجب خروج الخشب عن المالىة لا عقلاً ولا شرعاً، فكيف يكون أخذ الثمن بازائه من أكله بالباطل.

وأما جهالة الشرط فقد تقدم أنّ الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين لا قيذاً ولا جزءاً لا بمعناه المصدرى ولا بمعناه المشروط، وإنّ جهالته لا يوجب فساده فضلاً عن إيجابه فساد أصل المعاملة، إلاّ إذا كان المشروط خصوصية في أحد العوضين، كاشتراط النسبة في الثمن أو كون المبيع بيد بائعه إلى مده مجهوله يكون البيع فاسداً للغرر فيه.

وأما ما ذكر قدس سره من عدم التأمل في استحباب العمل بالشرط مع كونه عملاً مباحاً في نفسه بناءً على عدم فساد المعاملة بالشرط الفاسد فقد يقال كما عن النائيني (١) قدس سره: أنّ الشرط الفاسد لا يدخل في عنوان الوعد، فإنّ الوعد إخبار والاشتراط أمر إنشائي.

وقد يقال كما عن اليزدى (٢) قدس سره: بأنّ الاستحباب لا يختص بصورة عدم فساد العقد به، بل على القول بالإفساد أيضاً يستحب الإتيان بذلك الفعل للوفاء بالوعد.

ولكن شىء من الأمرين غير تام، أمّا الاول: فلما ذكرنا في بحث حرمة الكذب أنّ

ص: ١٩٠

١- (١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٢٧١.

٢- (٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤، الرقم ٥١٧.

التفصيل بين الشرط الغير المقدور والشرط الفاسد

وظاهر ابن زهره فى الغنيه: التفصيل بين الشرط الغير المقدور كصيوروه الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، وبين غيره من الشروط الفاسده، فادعى فى الأول عدم الخلاف فى الفساد والإفساد. ومقتضى التأمل فى كلامه: أنّ الوجه فى ذلك [١] صيوروه المبيع غير مقدور على تسليمه، ولو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه كالشرط المجهول إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين. لكن صريح العلامة فى التذكرة: وقوع الخلاف فى الشرط الغير المقدور، ومثله بالمثاليين المذكورين، ونسب القول بصحّ العقد إلى بعض علمائنا.

والحقّ: أنّ الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذّر

الشرح:

الوعد قسم منه إخبار وقسم منه إنشاء، فإنّ الالتزام بالفعل للغير مستقبلاً وإبراز ذلك الالتزام لا بمعنى الحكايه وعد، فيدخل فيه الشرط فى المقام.

وأما الثانى: فلان الالتزام بالفعل للغير إنشاءً لا يكون مطلقاً، بل على تقدير حصول المعامله، حيث إنّ الالتزام الشرطى قسم من الوعد الإنشائى منوط بالمعامله، وعلى تقدير عدم المعامله فلا التزام كما لا يخفى.

[١] بأن يكون المشروط تسليم المبيع أى الزرع سنبلًا فانه لا ينبغى فى الفرض بطلان البيع لعدم إحراز التمكن من هذا التسليم، فيكون نظير اشتراط كون المبيع بيد بائعه إلى مده مجهوله فى إيجابه الغرر فى البيع.

فانه يعتبر فى البيع التمكن على التسليم ولو بالتسبيب بنحو الوثوق والعاده.

واما إذا كان الشرط صيوروه الزرع سنبلًا ولو بعد تسليم المبيع إلى مشتريه فبطلان الشرط المزبور مسلم، ولكن فى كونه موجبا لبطلان البيع مورد الكلام فى المقام.

ثم لا يخفى أن المصنف قدس سره قد نسب إلى الشيخ رحمه الله ومن تبعه فيما سبق عدم كون

التسليم في أحد العوضين. نعم، لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر. وربما ينسب إلى ابن المتوَّج البحراني [١] التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك وبين غيره. وقد تقدم في اشتراط كون الشرط ممّا يتعلّق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها: أنّ هذا الشرط لغو لا يؤثّر الخيار، والخلاف في أنّ اشتراط الكفر صحيح أم لا، وعدم الخلاف ظاهراً في لغويته اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معيّن. وظاهر ذلك كلّه التسالم على صحة العقد ولو مع لغويه الشرط. ويؤيد الاتفاق على [عدم] الفساد استدلال القائلين بالإفساد: بأنّ للشرط قسماً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً. نعم، استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط، إلا أنّ الشهيدين ممن استدللّ بهذا الوجه وصرّح بلغويه اشتراط الكفر والجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحة العقد، فراجع.

الشرح:

فساد الشرط موجبا لفساد العقد (١)، ونسب إليه في المقام كون فساد موجبا له.

والظاهر أنّ النسبه في المقام سهو من قلمه الشريف.

[١] وربما يقال: إن الخلاف في كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد أم لا- فيما لم يكن فساد الشرط للغويته كما إذا باع المتاع واشترط على المشتري لبس ثوب مخصوص أو أكل طعام خاص فانه لا خلاف في الفرض في صحة العقد ولزومه مع بطلان الشرط.

وقد تقدّم عن التذكرة (٢) قوله: إنه يعتبر في الشرط كونه مقصودا للعقلاء، وما

ص: ١٩٢

١- (١) المبسوط ٢: ١٤٩، والمهذب ١: ٣٨٩، والجامع للشرائع: ٢٧٢، وحكى العلامة عن ابن البرّاج والإسكافي فيالمختلف ٥: ٢٩٨.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

وكيف كان، فالقول بالصححة في أصل المسألة لا يخلو عن قوه، وفاقاً لمن تقدّم، لعموم الأدلّة السالم عن معارضه ما يخصّيه،
عدا وجوه:

أحدها: ما ذكره الشيخ في المبسوط للمانعين [١]: من أنّ للشرط قسطاً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده صار العوض
مجهولاً.

الشرح:

لا يتعلق به غرضهم لغو يؤثّر في الخيار، ومنه اشتراط الكيل بمكيال معيّن في بيع السلم.

نعم قد وقع الكلام في بعض الموارد بأنّ الشرط فيه غرض عقلائيّ أم لا كاشتراط كفر العبد المبيع.

ويؤيد أنّ ما لا غرض فيه من الشرط خارج عن مورد الكلام في المقام استدلال القائل بفساد العقد بفساد شرطه بأنّ للشرط قسطاً
من الثمن، ومع فساده يكون القسط الواقع بازاء المبيع مجهولاً.

ووجه التأييد أنّ شرط اللغو لا يكون له قسط من الثمن.

نعم الاستدلال الآخر على الإفساد بأنّ التراضي منوط بحصول شرطه، ومع عدم حصوله لا تراضي يجري في الشرط اللغو أيضاً،
إلا أنّ الشهيدين (١) مع استدلالهما بهذا الوجه قد صرحا: بأنّ اشتراط كفر العبد وجهله بالعبادات لغو أي لا يترتب عليه أي أثر،
ومنه فساد العقد به كما لا يخفى.

[١] استدلال الشيخ (٢) قدس سره في مبسوطه على سرايه الفساد إلى أصل المعاملة بأنّ للشرط قسطاً مجهولاً من الثمن بمعنى أن
الشرط على البائع ينضم إلى المبيع، ويقع الثمن بازاء المبيع والشرط.

وإذا فرض فساد الشرط وجهاله القسط الواقع بازائه يكون القسط الواقع بازاء

ص: ١٩٣

١- (١) الدروس ٣ : ٢١٥ .

٢- (٢) المبسوط ٢ : ١٤٩ .

وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزله جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع إلى مهر المثل : أولاً: منع مقابله شىء من العوضين عرفاً ولا شرعاً، لأنّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضه بين الثمن والمثمن، غايه الأمر كون الشرط قييداً لأحدهما يكون له دخل فى زياده العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد إلاّ بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن فى فقده إلاّ الخيار بين الفسخ والإمضاء مجاناً، كما عرفت. وثانياً: منع جهاله ما يازاء الشرط من العوض،

الشرح:

المبيع مجهولاً، فيبطل البيع بالاضافه إليه أيضاً.

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال المزبور بعد النقض عليه ببطلان الشرط فى النكاح بأمور.

ووجه النقض أنّ فساد الشرط فى النكاح وأن لا يوجب بطلان النكاح لدلاله الروايات (١) على بقاء النكاح ببطلان الشرط فيه، إلاّ أنّه يلزم على القائل (ببطلان العقد ببطلان شرطه لأنّ للشرط قسطاً من الثمن) الحكم ببطلان المهر المسمى ببطلان الشرط على الزوج.

وذلك فإنّ المهر المسمى فى النكاح لو كان مالاً متعدداً كما إذا جعلَ شاتان مهراً وظهر أنّ إحدى الشاتين ملك لغير الزوج يبطل المهر المسمى، ويتعيّن مهر المثل.

والشرط على الزوج جزء المهر بناءً على القول بأنّ للشرط قسطاً من الثمن، فيلزم من بطلان الشرط المزبور بطلان المهر المسمى.

والأمور التى ذكرها فى الإيراد كما تلى:

الأول: أنّ مدلول عقد البيع مثلاً وقوع الثمن بازاء نفس المبيع فلا يكون الشرط

ص: ١٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٨٩ ، الباب ٢٩ من أبواب المهور.

إذ ليس العوض المنضمّ إلى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصّحّه والمجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدّم بوجود الأرش لو لم يتحقّق العتق المشروط في صحه بيع المملوك، وبلزوم قيمه الصّنع المشروط في بيع الثوب. وثالثاً: منع كون الجهاله الطارئه على العوض قادحه، إنّما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الشرح:

أى المشروط جزءاً من الثمن ولا من المثلث، غايه الأمر يكون الشرط قيذا لأحدهما بحيث يكون بالقيده المزبور زياده ماليه أحد العوضين ونقصها.

والشاهد بعدم كون المشروط جزءاً أنّه لا يثبت للمشروط له عند تخلف الشرط إلاّ الخيار، لا المطالبه ببدل الشرط.

الثاني: أنّه على تقدير أن الشرط على البائع قسطاً من الثمن فلا نسلم جهاله ذلك القسط.

وكما أن القسط الواقع بازاء المبيع الموصوف بوصف وفاقده مضبوط عرفاً كذلك المبيع المشروط معه فعل على البائع والخالى عن الشرط مضبوط عندهم.

وبتعبير آخر: يكون المقام من بيع شيئين بثمن ثم ظهر فساد بالاضافه إلى أحدهما.

والثالث: أنّه لا يعتبر في المعامله إلاّ كون الثمن الواقع في الإنشاء معلوماً، وأمّا الجهاله الطارئه بعد إنشائها فلا يضر لصحتها.

أقول: الصحيح في الجواب هو أن الشرط لا يقسّط الثمن عليه في المعامله ولا يكون قيذا لأحد العوضين أيضاً لا بمعناه المصدري ولا بمعناه المشروط.

والوجه في صحته التزام القائل بعدم السرايه بانتقال كل الثمن إلى البائع، وانتقال تمام المبيع إلى المشتري مع فساد الشرط، بلا فرق بين الشرط على البائع أو المشتري كما لا يخفى.

ص: ١٩٥

الثانى: أنّ التراضى [١] إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضى، لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاضه بين الثمن والمثمن بدون الشرط معاوضه أخرى محتاجه إلى تراض جديد وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراض. وفيه: منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاملة جديده عن تراض جديد. ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك، كما إذا تعذر بعض أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذه فى البيع، كالكتابه والصحه،

الشرح:

[١] وقد يستدل على بطلان العقد ببطلان شرطه. بانتفاء التراضى المعتبر فى المعامله بفساد الشرط.

وبيانه: أن التراضى قد تعلق بالعقد بنحو خاص، ومع عدم حصول الخصوصيه ينتفى التراضى، كما هو مقتضى انتفاء المقيّد بانتفاء القيد وعدم بقاء الجنس بانتفاء الفصل.

والمعاضه بين نفس المثلن والثمن بلا- شرط معاوضه أخرى تحتاج إلى إنشاء آخر وتراض جديد، وحيث إنه لم تنشأ تلك المعاضه، ولم يحصل التراضى الجديد يكون أكل الثمن بازاء نفس المبيع من أكله بالباطل وبغير تراض.

وأجاب قدس سره: بأن ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يحتاج مع عدم صحه الشرط إلى إنشاء عقد آخر بتراض جديد، ولا يكون مطلق الارتباط مقتضيا لذلك، فإنه قد ثبت صحه العقد مع عدم حصول جزء المبيع كما فى مورد تبعض الصفقه.

وكذا مع انتفاء وصفه المشروط كما إذا باع بوصف كونه كاتباً فظهر غير كاتب وكما فى النكاح فانه يبطل النكاح ببطلان الشرط فيه كما هو مورد النص والفتوى.

وقد تقدّم أنّ ظاهرهم التسالم فى الشرط اللغو على صحه العقد مع أنّ اناطه

ص: ١٩٦

وكالشروط الفاسده فى عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصاً وفتوى فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. وقد تقدم: أن ظاهرهم فى الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم وغيره عدم فساد العقد به، وتقدم أيضاً: أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له، صحيحاً كان أو فاسداً.

الشرح:

التراضى بالعقد بالشرط يجرى فيه أيضاً.

وأيضاً ذكروا أنه لا أثر للتواطى على الشرط مع عدم ذكره فى العقد مع جريان الاناطه فيه أيضاً.

والغرض من ذكر هذه الموارد إثبات إمكان التفكيك بين العقد والشرط فيه فى الحكم بالصحة فى العقد والفساد فى شرطه، لا أن الحكم فى هذه الموارد دليل على أن فساد الشرط لا يوجب بطلان العقد، بل المراد إثبات أن ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يوجب بطلانه انتفاء التراضى بالعقد، حيث لا يمكن الالتزام فى الموارد المزبوره بأن الأكل فيها باطل عرفاً، ولكن قد جوزّه الشارع تعبداً وقهراً على المتعاقدين.

والحاصل: أن التوجيه فى هذه الموارد بعدم انتفاء التراضى بالعقد فيها يجرى فى جميع موارد الشروط الفاسده، ولذا ذكر فى جامع المقاصد^(١): بأن التفصيل بين الجزء والشرط بالالتزام بصحة المعامله بالاضافه إلى بعض المبيع بعد بطلانه بالاضافه إلى بعضه الآخر، وعدم الالتزام بعدم صحة المعامله بعد بطلان شرطها مشكل.

والحاصل: يمكن دعوى أن فساد الشرط لا يوجب انتفاء التراضى بأصل العقد أخذاً بالموارد المزبوره.

ص: ١٩٧

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٤٣١ ٤٣٢ .

ودعوى: أن الأصل فى الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما يرتبط به، ومجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى.

مدفوعه: بأن المقصود من بيان الأمثلة: أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد، وأنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فى الموارد

الشرح:

وتوضيح الدعوى: أن القيود المأخوذة فى المطلوبات الشرعية والعرفية على نحوين:

الأول: ما يكون ركناً فى المطلوب بحيث لا يكون مطلوباً بدون، كما إذا باع الموجود على أنه عبد فظهر كونه حماراً، أو تعلق طلب المولى بالإتيان بتتن الشطب، فإنه لا يكفى الإتيان بالأصفر أى التتن الذى يستعمل فى النارجيل المعروف فى لغة الفرس ب(قليان)، أو تعلق بالغسل للزيادة تنظيفاً فإنه لا يكفى التيمم ولا- يقوم مقامه، حيث لا- تنظيف فى التيمم، بخلاف ما إذا باع الموجود بشرط أنه عبد صحيح فظهر معيباً، أو أمره بالإتيان بالتتن الجيد فأتى بالردىء، وبالغسل بماء الفرات فاغتسل بغيره، فإن العرف فى هذه الموارد يحكم بأن الموجود نفس المطلوب، غاية الأمر أنه فاقد لجهه أخرى مطلوبه أيضاً ويعبر عن ذلك بموارد تعدد المطلوب.

والظاهر أن الشرط فى المعاملات من القبيل الثانى: ويكون قيداً لأحد العوضين بنحو لا يكون ركناً فى المعاوضة.

وعليه فلو كان المشروط له جاهلاً بفساد الشرط يمكن أن يقال بثبوت الخيار له لكون لزوم العقد بدون الشرط ضرورياً عليه، بخلاف ما إذا كان عالماً بفساده ومع ذلك قد أقدم على المعاملة مع الشرط، فإنه بإقدامه على الضرر يكون العقد لازماً عليه، وهذا الخيار غير مصرح به فى كلماتهم انتهى ما أفاده رحمه الله فى المقام.

أقول: قد تقدم أن المعاملة تكون معلقة على الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام

المذكوره تصرّفًا لا عن تراض جوّزه الشارع تعيّدًا وقهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثله هو التوجيه فيما نحن فيه، ولذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسراً.

الشرح:

سواء كان المشروط فعلاً أو أمراً وضعياً، وأنّ التراضي المعاملى المعترف فى المعاملات نفس إنشاء المعامله لا بالإكراه عليها، ولا يعتبر فيها طيب النفس الباطنى.

وعليه فالالتزام المعلق عليه حاصل فتكون المعامله وإنشاءها حاصلًا، غايه الامر لا يكون الشرط المزبور نافذا بمعنى أنّ المشروط على تقدير كونه فعلاً لا يجب الاتيان به، وعلى تقدير كونه أمراً وضعياً لا يكون ممضى شرعاً.

ومن الظاهر لا تعليق للعقد على المشروط أصلاً، بل عدم حصول المشروط فى مورد اشتراط الفعل بل وغيره يكون من شرط الخيار المشروط، ويثبت هذا الخيار للمشروط سواء علم فساد الشرط أم لا، فإنّ شرط الخيار شرط آخر غير الشرط الباطل، وليس لقاعده «نفى الضرر»^(١) لينحصر ثبوته بصوره جهل المشروط له بالفساد.

ومما ذكرنا أنّ قضيه تعدّد المطلوب لا ترتبط بالمقام، حيث إنّه قد بينا فيما سبق أنّ الاشتراط لا يكون قيذا ليقال أنّه غير ركن.

أضف إلى ذلك أنّ ما ذكره قدس سره من تعدّد المطلوب ضعيف جدا فى موارد الطلب الإلزامى، ولا يساعد عليه الظهور العرفى.

نعم ذكروا ذلك فى باب المستحبات وهو أيضا لا يخلوا عن تأمل، إلاّ فى موارد قيام قرينه عامه، أو خاصه على ما ذكر تفصيله فى باب المطلق والمقيّد.

ص: ١٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

والحاصل: أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجاره لا عن تراض، مستنداً إلى النقض بهذه الموارد. وحل ذلك: أن القيود المأخوذ[ه] في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا- ناهقاً، وكون المطلوب المولى إتيان تثن الشطب لا- الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزياره، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتتن جيداً، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب. والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا- عن تراض. نعم، غايه الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول.

الثالث روايه عبد الملك بن عتيبه[١] عن الرضا عليه السلام: «عن الرجل ابتاع منه

الشرح:

[١] استدل على فساد العقد بفساد شرطه بروايات:

منها: روايه عبد الملك بن عتيبه رواها الشيخ(١) باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن حكم عنه قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، وسند الشيخ إلى أحمد بن محمد بن عيسى وإن كان فيه كلام لا- يسعه المجال إلا- أنه معتبر، ولكن عبد الملك بن عتيبه لم يوثق فإنه الهاشمي لا النخعي الثقة بقريته روايه علي بن الحكم.

ص: ٢٠٠

طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه على وضيعه، هل يستقيم ذلك؟ ما حد ذلك؟ قال: لا ينبغي» والظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف، إذ مع صحه العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. ورواه الحسين بن المنذر: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني فيطلب مني العينة، فأشترى المتاع من أجله، ثم أبيعته إياه، ثم أشتريه منه مكانى؟ فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إنه إن جاء به بعد أشهر صح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير لا بأس» فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً

الشرح:

ووجه الاستدلال بها رجوع الضمير في «لا ينبغي» إلى العقد وأن المراد به الحرمة الوضعيه يعنى العقد المشروط فيه ضمان الضرر على البائع فاسد.

ولا يمكن إرجاعه إلى الشرط والأخذ بظهور «لا ينبغي» في الكراهة، حيث لا معنى لصحة البيع وكراهة الوفاء بالشرط إذ لو كان البيع صحيحاً لوجب الوفاء بالشرط على تقدير صحه الشرط أو استحباب على تقدير فساده.

وأجاب قدس سره عن الاستدلال: برجوع «لا ينبغي» إلى العقد والمراد به الكراهة بمعنى أن العقد المشروط فيه الضرر على البائع مكروه، وإن كان يجب العمل بالشرط على تقديره.

أقول: لو كان اشتراط الضرر على البائع بنحو شرط الفعل تم ما ذكره، وأما لو كان بنحو شرط النتيجة فلا يمكن الالتزام بصحة الشرط، فإن كون الضرر على البائع شرط ينافى مقتضى العقد، فإن النفع أو الضرر يتبع الأصل كما لا يخفى.

وكيف كان: فلا يبعد أن يكون المراد ب «لا ينبغي» الفساد، وأن الفساد يرجع إلى الشرط لا إلى أصل البيع.

فى ترك المعامله الثانيه، وعدم الاختيار فى تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها فى ضمن العقد الأول، وإلا فلا يلزم له عليها، فيصير الحاصل: أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثانى، أو لم يصح الثانى لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره. وروايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه نقداً، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس» ودلالاتها أوضح من الأولى.

والجواب أمّا عن الأولى: فبظهور «لا ينبغي» فى الكراهه، ولا مانع من كراهه البيع على هذا النحو، لا أنّ البيع صحيح غير مكروه والوفاء بالشرط مكروه.

الشرح:

ومنها: روايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يعيئنى الرجل فيطلب العينه فأشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد شهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس» (١).

الروايه ضعيفه سندا بالحسين بن المنذر.

ومنها: صحيحه على بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس» (٢).

ووجه الاستدلال أنّ مقتضى نفى البأس عن بيع الشيء ثم شرائه بعدم اشتراط الشراء فى البيع الأول عدم جواز البيع المزبور مع اشتراط الشراء فيه، والبأس فى البيع ظاهر فى الفساد.

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) المصدر : ٤٢ ، الحديث ٦ .

بل التحقيق: أنّ مسأله اشتراط بيع المبيع خارجه عمّا نحن فيه، لأنّ الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنّه فى نفسه ليس مخالفاً للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد فى أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك فى أوّل المسأله، ولعلّه لما ذكرنا لم يستند إليهما أحد فى مسألتنا هذه.

الشرح:

وما فى الروايتين من قبيل الثانى، حيث إنّ فساد البيع بالاشتراط المزبور لكون صحته مع الشرط المزبور دورى كما ذكره العلامة (١)، لأنّ البائع لا يقصد البيع مع الشرط المزبور كما عن الشهيد (٢) رحمه الله، أو لغير ذلك.

وكيف ما كان فاشترط شراء المال ثانيا لا يكون فى نفسه باطلاً، لأنّه غير مخالف للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد ففساد العقد مع الاشتراط المزبور يكون للخلل فى العقد لا للفساد فى شرطه.

أقول: ظاهر الروايتين أنّ بيع العينه مع الاشتراط لا يصحّ، وإنّ بيع المتاع بشرط شرائه ثانيا محكوم بالبطلان ولا بأس بالالتزام به.

وهذا كما ذكر رحمه الله أخيراً لا بأس بالالتزام به تعبداً، لا للدور وعدم قصد البيع كما تقدّم.

وأما إرجاع البأس إلى الشراء الثانى، وإنّ بطلانه لعدم التراضى به ففیه ما لا يخفى، فإنّ لازم ذلك بطلان البيع بشرط بيع المتاع ولو من ثالث، ولا- أظنّ أن يلتزم به أحد فإنّ التراضى المعتبر فى المعامله هو عدم الإكراه عليها بلا حقّ على ما تقدّم فى بيع المكروه، وإنّ طيب النفس بمعنى ابتهاجها غير معتبر فى المعاملات أصلاً.

ص: ٢٠٤

١- (١) التذکره ١ : ٤٩٠ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢١٦ .

والحاصل: أتى لم أجد لتخصيص العمومات فى هذه المسأله ما يطمئن به النفس.

ويدلّ على الصحة جملة من الأخبار: [١]

الشرح:

[١] استدلّ قدس سره على صحة المعامله مع فساد الشرط فيها بروايات:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عبيدالله بن على الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام «أنه ذكر أنّ بريره كانت عند زوج لها وهى مملوكة فاشتريتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا ولاءها على عائشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن اعتق» (١).

فإنّ الحكايه ظاهره تمام الظهور فى أنّ شرط الولاء المحكوم بالفساد لا- يوجب بطلان البيع وإلاّ كان عتقها فى ملك الغير، وحملها على الاشترط خارج العقد مع كونه خلاف الظاهر ينافيه تعليل الحكم فى هذه الروايه إشاره وفى غيرها صراحه بأنّ شرط الولاء لغير المعتق مخالف للكتاب والسنة.

ومنها: مرسله جميل وصحيحه الحلبي:

وفى الأولى أى المرسله: عن أحدهما عليهما السلام «فى رجل اشترى جاريه وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب، قال: يفى بذلك إذا شرط لهم» (٢).

رواها الشيخ باسناده عن أحمد بن عيسى عن على بن حديد عن جميل بن دراج

ص: ٢٠٥

١- (١) الكافى ٥: ٤٨٦، الحديث ١، والفقيه ٣: ١٣٤، الحديث ٣٤٩٧، والتهذيب ٧: ٣٤١، الحديث ١٣٩٦، وراجع الوسائل ٢١: ١٦١ ١٦٢، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢، و ١٦: ٦٥، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ٢.
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٣.

منها: ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنه ذكر أن بريره كانت عند زوج لها وهي مملوكه، فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إن شاءت قعدت عند زوجها وإن شاءت فارقته، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها، فقال صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق». وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد في هذه الروايه إشاره وفي غيرها صراحه بكونه مخالفاً للكتاب والسنة. فالإنصاف: أن الروايه في غايه الظهور.

ومنها: مرسله جميل وصحيحه الحلبي: الأولى عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الجاربه ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلا الميراث». فإن الحكم بوجود الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه. ولو قلنا بمقاله المشهور: من فساد اشتراط عدم البيع والهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز:

الشرح:

عن بعض أصحابنا (١).

ورواها أيضا باسناده عن علي بن اسماعيل الميثمي وزاد في الثاني إلا الميراث، وسنده رحمه الله إلى علي بن إسماعيل غير المذكور (٢).

وكيف ما كان فالأمر بالشرط في عدم البيع والهبة دون الميراث شاهد بعدم سرايه فساد الشرط إلى العقد، فإن شرط عدم الميراث بأن لا يثبت في ملك المشتري عند موته باطل كما تقدم.

ولو كان العقد مع بطلان شرط فاسدا لما أمر عليه السلام بالوفاء بشرط عدم البيع والهبة،

ص: ٢٠٦

١- (١) التهذيب ٧: ٢٥، الحديث ١٠٦.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧٣، الحديث ١٥٠٩.

أنتى لم أجد عاملاً بهذه الروايه كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب ويتم المطلوب أيضاً، ويكون استثناء اشتراط الإرث، لأنّ الملك فيه قهرى للوارث، لا- معنى لاستحباب وفاء المشتري به. مع أنّ تحقّق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع والهبة ممنوع، كما لا- يخفى. والثانيه عن أبى عبد الله عليه السلام: «عن الشرط فى الإمام، لا- تباع ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو رد... الخبر» فإنّ قوله عليه السلام: «فإنها تورث» يدلّ على بقاء البيع الذى شرط فيه أن لا تورث على الصّحه، بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: «كلّ شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ» أى لا يعمل به: أنّ جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفه لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان أصل البيع. ويؤيّد ما ورد فى بطلان الشروط الفاسده فى ضمن عقد النكاح.

الشرح:

بل لو كان شرط عدم البيع والهبة فاسداً أيضاً كما نسب إلى المشهور لكان الأمر بالوفاء بهما استحباباً وفاءً للوعد دليلاً على عدم بطلان البيع.

والوجه فى استثناء الميراث عن استحباب الوفاء لكون الإرث لا يقبل الاستحباب أو الوجوب كما لا يخفى.

وفى الثانيه أى صحيحه الحلبي: عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال سألته عن الشرط فى الإمام لا تباع ولا توهب ولا تورث، فقال: يجوز غير الميراث، فإنها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ»^(١).

وظاهر قوله عليه السلام «فإنها تورث» شاهد لثبوت البيع وسقوط عدم الإرث، بل فى قوله عليه السلام «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ» ان الشرط لا يعمل به مع كونه مخالفاً

ص: ٢٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٦٧ ، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

وقد يستدل على الصحة: بأنَّ صحة الشرط [١] فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور. وفيه ما لا يخفى. والإنصاف: أنَّ المسألة في غاية الإشكال، ولذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقّق قدس سره. ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط [٢] وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإنَّ المانع الشرعي كالعقل، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. ولا فرق في الجهل

الشرح:

لكتاب الله، وأن العقد يبقى في جميع موارد عدم العمل بالشرط لمخالفته كتاب الله.

ويؤيد أيضاً صحة معامله مع بطلان الشرط ما ورد في الشرط الفاسد في النكاح.

[١] وقد يستدل على صحة العقد مع بطلان شرطه بأن صحة الشرط متوقّفه على صحة العقد، ولو كان صحة العقد متوقّفاً على صحة الشرط لدار.

وفيه ما لا يخفى، فإنَّ مدعى سرايه الفساد إلى العقد يدعى الملازمه بين الحكمين أي الحكم بصحة العقد وإمضائه، والحكم بصحة الشرط وإمضائه، نظير الملازمه بين وجوب القصر ولزوم الإفطار، والملازمه بين الحكمين لا يرتبط على كون كلّ من الحكمين علّه لحدوث الحكم الآخر كما هو واضح.

[٢] ذكر قدس سره أنّه بناءً على صحة معامله مع فساد الشرط فيها يثبت للمشروط له خيار الفسخ مع جهله ببطلان الشرط، لأن عدم حصول الشرط المزبور من تخلف الشرط، لأنَّ المانع الشرعي وتحريم الشارع الفعل المشروط في معامله كتعذر ذلك الفعل عقلاً في عدم حصول الشرط وتخلّفه، فيدل على ثبوت الخيار مع بطلان الشرط ما دل على ثبوته عند تخلف الشرط.

ثم لا فرق في ثبوت الخيار للمشروط له مع الجهل بفساد الشرط بين جهله

المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته. ولكن يشكل: بأن العمده في خيار تخلف الشرط هو الإجماع، وأدله نفى الضرر قد تقدّم غير مرّه أنّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعه، لأنّ المعلوم إجمالاً- أنّه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فوّت ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحه والفساد، فإنّ

الشرح:

بالحكم، كما إذا لا- يعلم بأن شرط كنس المسجد على الحائض باطل، أو جهله بالموضوع بأن لا يعلم بأن المشروط عليها الكنس حائض.

والشاهد لثبوت الخيار ولو مع الجهل بالحكم تقصيرا ذكرهم ثبوت خيار الغبن للجاهل به أو بفوريته.

ولكن يمكن القول بأنّ الجاهل بفساد الشرط كالعالم بفساده في عدم ثبوت الخيار له سواء كان بطلان الشرط مع جهله بالحكم أو الموضوع لأنّ الدليل على ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الإجماع وقاعده «نفى الضرر(١)»، وشيء منهما غير جار في المقام.

فإنّ الإجماع على الخيار مع بطلان الشرط غير محرز، بل تقدم عدم الإشاره إلى ذلك في كلماتهم فضلاً عن التصريح.

وأما قاعده «نفى الضرر(٢)» فقد ذكرنا في التكلّم في القاعده أنّه لا يعمل بها في غير مورد عمل المشهور بها للعلم بأنّه كان لها قيد لم يصل إلينا، وعمل المشهور بها في مورد كاشف عن عدم شمول القيد لذلك المورد.

ص: ٢٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٢- (٢) المصدر السابق.

ضروره الشرع قاضيه فى أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك، مع أن مقتضى تلك الأدله نفى الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم، وإن قام الدليل فى بعض المقامات على التسويه بين القاصر والمقصر. فالأقوى فى المقام عدم الخيار وإن كان يسبق خلافه فى بوادى الأنظار.

الشرح:

والوجه فى العلم الإجمالى المزبور استلزام إطلاقها تأسيس فقه جديد خصوصاً لو جعل الجهل بالحكم عذراً بحيث تنفى بالقاعده الحكم الضررى المتعلق بالمكلف ولو لجهله بالحكم الشرعى الآخر، كنفى لزوم معامله فى صوره الجهل بخيار الغبن أو جهله بفوريته.

والوجه فى استلزام العمل بعموم القاعده تأسيس فقه جديد أنه يثبت المعاملات من جهه الجهل بأحكامها خصوصاً الجهل بصحتها أو فسادها ضرر لا يتدارك، فيلزم أن لا يثبت صحتها أو فسادها لثلاً يقع الضرر، كما إذا اشترى مالا نسيه مع عدم تعيين المده فى ناحيه الثمن للجهل باشتراط التعيين وتسلم المبيع ثم علم بطلان البيع، فإن بطلانه يوجب تضرر البائع لو قيل بأن أجره حمل المتاع إليه ثانياً على البائع، وتضرر المشتري لو قلنا بأن أجرته عليه فيلزم أن ينفى فساد معامله بقاعده «نفى الضرر»⁽¹⁾ لثلاً يقع الضرر.

والحاصل: أن العمل بقاعده «نفى الضرر» فى لزوم البيع مع فساد الشرط فيه غير محرز، فلا يمكن نفيه ولو مع جهل المشروط له بفساد الشرط حكماً أو موضوعاً.

أقول: قد تقدم أن الخيار فى المعاملات لا يثبت بقاعده «نفى الضرر»، ولو جرت

ص: ٢١٠

١- (١) المصدر السابق .

الثاني: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده، لم يصح بذلك العقد، لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد. ويحتمل الصحة بناءً على أن التراضي إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. وفيه: أن التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكروه والفضولي، أما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لأن متعلق الرضا لم يُعقد عليه ومتعلق العقد لم يُرض به. ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد إسقاط الشرط، قال: يشترط في العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً، فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمرًا لم يصح الشرط والبيع على إشكال، ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط

الشرح:

القاعده فيها لكان مقتضاها فسادها لا ثبوت الخيار، وان المدرك للخيار في المقام ونظيره هو الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات.

وهذا الشرط مشمول لقوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»^(١)، بل لا يبعد أن يثبت الخيار فيما كان المشروط المحكوم بالفساد أمراً وضعياً، فإن عدم حصوله أيضاً موضوع للخيار المشروط في ارتكازهم.

ويشهد لذلك موت المشروط عليه بعد العقد مع شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة عليه.

وأما ما ذكر قدس سره: من أن الأخذ بعموم القاعده يوجب تأسيس فقه جديد فقد ذكرنا في محله أن الحكم الضروري منفي، لا الناشئ من عدم الحكم أو الناشئ من غير الحكم، وهذا لا يستلزم محذورا والتفصيل في محله.

ص: ٢١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

هل يصح البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحته؟

عن البائع والرضا به خالياً عنه وهو المانع من صحه البيع [١] ومن اقتران البيع بالمبطل.

وبالجملة، فهل يُثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله. بحيث لو رضى صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو إيقاف البيع بدونه بطل وإلا صح؟ نظر، انتهى. ولا يُعرف وجهٌ لما ذكره من احتمال الإيقاف.

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً ولم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك بناءً على أنّ الشرط الفاسد مفسد أم لا؟ وجهان، بل قولان مبيّان على تأثير الشرط قبل العقد.

فإن قلنا: بآئه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشروط لم يفسد، وإلا فسد. ويظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال في مسأله اشتراط بيع المبيع من البائع: المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك ولم يشترطاه لم يضر. ولو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأنّ الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا أتجه بطلان العقد كما لو ذكراه في متنه، لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط ولم يتم لهما، فيبطل العقد، انتهى.

الشرح:

[١] أى الشرط مانع عن صحه البيع ومع إسقاط الشرط يصح البيع.

ثم ذكر وبالجملة فهل يترتب على مثل شرط تخمير العنب فساد بيعه من أصله بحيث لو رضى المشتري بإسقاط شرطه لم يصح البيع أيضاً، أو أن البيع بدون إسقاط الشرط موقوف، فإن أسقط صح؟

ووجه الإيقاف: أنّ التراضى بأصل العقد كالتراضى في عقد المكروه والفضولى.

ولكن الجواب ما قيل في وجه بطلان العقد ببطلان شرطه ومقتضاه عدم كفايه إسقاط الشرط حيث إنّ العقد المطلق غير منشأ كما لا يخفى.

وفى باب المراهجه بعد ذكر المحقق [١] فى المسأله المذكوره: أنه «لو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطه لفظاً كره» قال فى المسالك: أى لم يشترطاً فى نفس العقد فلا عبره بشرطه قبله. نعم، لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد، انتهى. ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره وجواباً عنه بقوله: قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد. وأجيب: بأن القصد وإن كان معتبراً فى الصحه الشرح:

[١] ذكر المحقق (١) قدس سره فى مسأله «اشترط بيع المبيع من بئعه ثانياً» أنه لو لم يشترط البيع الثانى بذكره فى البيع الأول شرطاً، بل كان ذلك من قصدهما من غير أن يشترط لفظاً كان البيع مكروهاً.

ثم إنه ذكر فى المسالك (٢) فى المسأله «اشترط البيع من البائع ثانياً»: أن المراد من اشترط بيعه من بئعه ذكر هذا الشرط فى عقد البيع، ولو لم يذكر فى العقد بل كان بيعه من بئعه ثانياً فى قصد المتبايعين فقط لم يضر هذا القصد بصحة البيع ولا بصحة الشراء من مشتريه ثانياً.

واما لو ذكر هذا الشرط قبل العقد وتركا ذكره فى العقد فان كانا عالمين بأن الشرط المذكور قبل العقد لا أثر له فيحكم أيضا بصحة البيع والشراء ثانياً، وأمّا لو جهلا ذلك وتخيلاً أن المذكور قبل العقد كالمذكور فى العقد يحكم ببطلان البيع، نظير الحكم ببطلانه مع ذكر الشرط فى نفس العقد.

والوجه فى التفصيل أنه مع علمهما بعدم الأثر للشرط المذكور قبل العقد يكون إقدامها مطلقاً، بخلاف ما إذا جهلا وتخيلاً لزوم الشرط، فإن إقدامهما على ملكيه المبيع

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٤١، فى المراهجه (دار الأضواء بيروت).

٢- (٢) المسالك ٣: ٣٠٨ ٣٠٩.

فلا يعتبر في البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصّحّه، ولم يوجد في الفرض. ثم قال قدس سره: وفيه منع ظاهر، فإنّ اعتبارهما معاً في الصّحه يقتضى كون تخلف أحدهما كافياً في البطلان، ويرشد إليه عبارته الساهى والنائم والمكره، فإنّ المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصّه، وإلا فاللفظ موجود ثمّ قال: والذي ينبغي فهمه أنّه لا بدّ من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، وإنما يفترق قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنّه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروّته، انتهى كلامه.

الشرح:

يكون مقيداً.

وذكر أيضاً في المسالك (1) في ذيل كلام المحقق في باب المراهبه: أنه لو لم يشترط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن عقد البيع، بل اشترط ذلك قبل البيع فلا يوجب بطلان البيع، إلا إذا توهموا لزوم رعايه المذكور قبل العقد أيضاً، أو علما عدم لزومه ولكن كان عدم ذكره في متن العقد لنسيانها.

ثم تعرض (2) لما يورد على كلام المحقق من حكمه بصحه البيع من عدم ذكر الشرط في عقد البيع وكونه في قصدهما فقط، ولما يجاب عن الإيراد.

أمّا الإيراد فهو أنّ العقود في صحتها تتبع القصود وإذا لم يكن العقد بحسب القصد مطلقاً، كما هو فرض قصدهما بيع المتاع من بائعه ثانياً، فكيف يحكم بصحه البيع.

أما الجواب فلأنّ صحه الشرط وان يحتاج إلى قصده وذكره في العقد، ولكن فساد الشرط لا يتوقف على قصده، بل يكفي فيه عدم ذكره في العقد، كما أنّ بطلان

ص: ٢١٤

أقول: إذا أوقعا العقد المجزّد على النحو الذى يوقعانه مقترناً بالشرط وفُرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط والالتزام به إلاّ بالتلفّظ بالشرط وعدمه، فإن قلنا بعدم اعتبار التلفّظ فى تأثير الشرط الصحيح والفاقد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فإنّ العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق فى إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتّب أثر شرعى عليه، وغيره.

الشرح:

العقد بالشرط يتوقّف على قصد ذلك الشرط وذكره فى العقد، وكذلك صحه الشرط فإنّه يتوقّف على القصد وذكره فى العقد والمفروض عدم حصول الشرط كذلك.

ثمّ أورد (1) على هذا الجواب: بأن توقف صحه العقد على اللفظ والقصد لازمه الحكم ببطلان العقد مع عدم القصد كما هو مقتضى الإيراد، فإنّ اللفظ يحصل من الساهى والغالط والمكره، ولكن لا يصحّ عقدهم لعدم القصد.

وعلى ذلك فانما يحكم بصحة البيع مع عدم ذكرهما الشرط فى متن العقد فيما لو قصد بيع المتاع من المشتري بحيث يكون ملكاً له على وجه لا يكون للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً، بل يكون هذا البيع باختيار المشتري وإرادته، وإقدام البائع على بيع المتاع لوثوقه بالمشتري، وأنّه لا يمتنع عن تمليك المتاع منه ثانياً بمحض اختياره ووعدّه.

وأورد المصنف قدس سره على المسالك بأنّه لو فرض الحكم بفساد العقد فيما إذا شرط بيع المتاع من بائعه ثانياً قبل العقد مع جهلهما بفساد الشرط المذكور قبل العقد لزم

ص: ٢١٥

وبالجملة، فالإقدام على العقد مقيّداً أمر عرفي يصدر من المتعاقدين وإن علما بفساد الشرط. وأما حكم صورته نسيان ذكر الشرط: فإن كان مع نسيان أصل الشرط كما هو الغالب فالظاهر الصحة، لعدم الإقدام على العقد مقيّداً، غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه. نعم، لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق.

الشرح:

الحكم بفساد الحكم بفساد العقد مع علمهما بفساده أيضاً، فإن العلم بالفساد شرعاً لا ينافي قصدهما ملك المتاع للمشتري بنحو يتحقق للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً بأن لا يقصد ملك المتاع للمشتري بالملك المطلق كما أنّ العلم بفساد بيع لا ينافي قصد بيع المتاع من المشتري لا مجاناً، نظير ما إذا باع المكيل من المشتري بغير كيل.

وعلى الجملة: كون تملك المتاع من المشتري مقيّداً أو مطلقاً أمر عرفي يحصل بالعقد من المتعاقدين، وقصد المتعاقدين لا يتبع الفساد الشرعي.

أقول: لو كان الوجه في فساد البيع مع ذكر شرط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن العقد عدم قصد المتعاقدين ملك المتاع بنحو الإطلاق، فالظاهر عدم الفرق في بطلان البيع بين ذكره في متن العقد وبين ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنيًا عليه، لعدم الفرق بين عدم قصد الملك المطلق في الصورتين.

وكذا لو قلنا بفساد البيع المشروط فيه بيع المتاع من بائعه ثانياً للتعبّد، فإنه أيضاً يحكم ببطلان البيع في الصورتين، لأنّ العقلاء لا يفرّقون في معاملاتهم بين ذكر الشرط في متن العقد أو ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنيًا عليه، ففي الصورتين مع الشرط المزبور ليس المشتري بحسب بنائهم أن يبيع أو يترك البيع من بائعه ثانياً.

كما أنّه ليس للبائع أن يأخذ المبيع ثانياً أو أن يتركه، وقد ذكر في روايه الحسين بن

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلّق غرض معتدّ به عند العقلاء فظاهر كلام جماعه من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسد للعقد. قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالىه، فإنه لغو لا يوجب الخيار. وقد صرّح في مواضع أخر في باب الشروط بصحة العقد ولغو به الشرط. وقد صرّح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً. ومرجعه إلى لغو به الاشتراط.

وقد ذكروا في السلم لغويه بعض الشروط، كاشتراط الوزن بميزان معيّن.

ولعل وجه عدم قدح هذه الشروط: أنّ الوفاء بها لمّا لم يجب شرعاً ولم يكن فى تخلفها أو تعدّرها خيار خرجت عن قابليه تقييد العقد بها، لعدم عدّها كالجاء من أحد العوضين. ويشكل: بأنّ لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين، فاللازم إمّا بطلان العقد وإما وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالاً فى العرف.

فى أحكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه

الخيار موروث بأنواعه [١] بلا خلاف بين الأصحاب، كما فى الرياض وظاهر

الشرح:

منذر (١) وصحيحه على بن جعفر (٢) هذا الاختيار شرطاً فى صحه البيع، وليس المراد خصوص الاختيار شرعاً، وإلا فالاختيار شرعاً حاصل حتّى مع ذكره فى العقد أيضاً لبطلانه كما لا يخفى.

[١] الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف كما عن جماعه (٣)، وفى التذكرة: أنّ الخيار

ص: ٢١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) المصدر : ٤٢ ، الحديث ٦ .

٣- (٣) الرياض ٨ : ٢٠٢ ، والحدائق ١٩ : ٧٠ ، ومصباح الفقاهه ٥ : ٤٠٣ .

الحدائق. وفي التذكرة: إنَّ الخيار عندنا موروث، لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص في جميع أنواعه، وبه قال الشافعي إلا في خيار المجلس. وأدعى في الغنية: الإجماع على إرث خيارى المجلس والشرط. واستدلَّ عليه مع ذلك: بأنَّه حقٌّ للميت، فيورث لظاهر القرآن. وتبعه بعض من تأخَّر عنه، وزيد عليه الاستدلال بالنبوى: «ما ترك الميت من حقِّ فلوارثه».

الشرح:

عندنا موروث بجميع أنواعه لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص ووافقنا في الحكم الشافعي إلا في خيار المجلس (١).

وعن الغنية (٢): الإجماع على إرث خيار المجلس والشرط.

ويستدل على إرث الخيار مضافاً إلى الإجماع: بأنَّ الخيار حقٌّ للميت فيعمه قوله سبحانه «لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ» (٣) وبالنبوى المعروف «ما ترك الميت من حقِّ لوارثه» (٤).

وذكر المصنف رحمه الله: أنَّ الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب العزيز والأخبار الواردة في إرث تركه الميت يتوقَّف على ثبوت أمرين:

الأول: كون الخيار حقّاً لا- حكماً نظير حق المالك أن يجيز البيع الجارى على ماله فضلاً، وجواز أن يرجع الواهب في هبته، وجواز الفسخ في العقود الجائزه، فان الجواز فى هذه الموارد حكم شرعى والحكم الشرعى يتبع موضوعه ولا يدخل فى الإرث.

وكذا لا يحكم بالإرث فيما إذا تردّد كون شىء حقاً أو حكماً فإنَّ الأصل عدم

ص: ٢١٨

١- (١) التذكرة ١ : ٥٣٦ .

٢- (٢) الغنية : ٢٢١ .

٣- (٣) سورة النساء : الآية ٧ .

٤- (٤) نقله صاحب المسالك ١٢ : ٣٤١ ، والرياض ٢ : ٢٠٢ .

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين:

الشرح:

ثبوته للوارث، أو عدم انتقاله إلى غيره.

وليس في البين ما يدل على كون الخيار حقا أى قابلاً للإسقاط فى مقابل الحكم غير ما دل على انتهاء الخيار بالتصرف فى المبيع الحيوان معللاً بأن التصرف ورضى بقرار البيع.

واستفاده كون الخيار فى جميع موارد حقا قابلاً للإسقاط لا يخلو عن إشكال، والتمسك على كونه مطلقاً قابلاً للإسقاط بالإجماع فىكون حقا مستغنى منه بقيام الإجماع على نفس إرث الخيار كما تقدم.

الثانى: بعد كون الخيار حقا قابلاً للإسقاط ثبوت كونه من الحقوق التى تقبل النقل ليثبت للوارث، ويصدق أنه مما تركه بأن لا يكون من له الحق مقوماً للحق، كما فى حق الجلوس للمسجد أو السوق، فانه يثبت للجالس ولا ينتقل إلى غيره.

وكذا حق التولية أو النظارة، فإنه يثبت لمن يجعله الواقف أو الحاكم متولياً أو ناظراً ولا يثبت لوارثه إلا أن يجعل الواقف أو الحاكم وارثه أيضاً متولياً أو ناظراً.

وإثبات هذا الأمر فى الخيار بغير الإجماع مشكل، والتمسك باستصحاب بقاء الحق بعد موت من له الحق غير ممكن لعدم إحراز بقاء الموضوع، واحتمال أن لا يكون عدم ثبوت الحق للوارث من عدم بقاء الحق بل من عدم ثبوته من الاول كما لا يخفى.

أقول: قد تقدم فى البحث فى حقيقه الخيار أنه سلطنه على المعامله المنشأه، ويكون لمن له الخيار سلطنه قرار العقد وإلغائه.

وهذه السلطنه تأسيسه كخيارى المجلس والحيوان، وإمضائه كخيارى الشرط

أحدهما: كون الخيار حقاً لا حكماً شرعياً، كالإجازه لعقد الفضولي، وجواز الرجوع في الهبه وسائر العقود الجائزه، فإن الحكم الشرعي ممّا لا يورث، وكذا ما تردّد بينهما، للأصل. وليس في الأخبار ما يدلّ على ذلك، عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرّف معللاً بأنّه رضاً، كما تقدّم في خيار الحيوان. والتمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقاً لا حكماً، مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الشرح:

والغبن وغيرهما، وبما أنّ الخيار المشترط في اعتبار المتعاقدين حقي ووقع الإمضاء الشرعي بما هو عند المتبائعين بحسب اعتبارهم، فلا ينبغي التأويل في كون الخيارات الإمضائية من الحقوق وكذا الخيار التأسيسي، فإنّ قوله عليه السلام «الخيار في الحيوان ثلاثه أيام وفي غيره إلى ان يفترقا»^(١) ظاهر في عدم اختلاف الخيار في المجلس والثابت إلى ثلاثه أيام وأنّه سنخ واحد.

ومع ملاحظه ما دلّ على كون الخيار في الحيوان إلى ثلاثه أيام بنحو الحق كالحكم بسقوطه بالرضا ببقاء العقد والإغماض عن فسخه يكون خيار المجلس أيضا كذلك.

أضف إلى ذلك أنّ المتبادر من الخيار في قوله: «البيعان بالخيار»^(٢) انه من سنخ ما يشترطه المتبائع لأحدهما أو كليهما، ولذا عبر عن خيار الحيوان بالشرط في الحيوان.

وكيف ما كان فالعمده في المقام ما ذكر من اعتباره في بناء أبواب المعاملات بنحو الحق وإمضاء الشارع ظاهره كجعله أنه على ما هو عليه عند ابناء المعاملات، وإلاّ

ص: ٢٢٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٥ و ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ .

الثانى: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه ممياً تركه الميت، بأن لا يكون وجود الشخص وحياته مقوماً له، وإلا فمثل حق الجلوس فى السوق والمسجد وحق الخيار المَجْعول للأجبنى وحق التوليه والنظاره غير قابل للانتقال، فلا يورث.

الشرح:

فالإجماع فى المقام مدركى لا يصلح للاعتماد عليه.

وفى صحيحه الحلبي: «فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشترى، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»^(١)، وفيها دلالة واضحه على أن خيار الحيوان لا يختلف عن الخيار المشروط إلى ثلاثه أيام فى سنخه.

وأما بالإضافه إلى الأمر الثانى وان الالتزام بالإرث فى الخيار يحتاج إلى إثبات كونه قابلاً للنقل، فان أريد بالنقل، النقل الاختيارى فلا- حاجه إلى إثباته، فإن بعض الحقوق لا يقبل النقل الاختيارى كحق القصاص، بل الشفعه مع أنهما يورثان، وإن أريد النقل القهرى فالنقل القهرى أى الإرث بنفسه مورد الكلام فى المقام.

فالصحيح أن الالتزام بالإرث يتوقف على اعتبار النبوى المعروف من قوله صلى الله عليه و آله «ما ترك الميت من حق فلوارثه»^(٢)، أو إثبات كون الخيار مما ترك ليعمه بعض آيات الإرث وإن لم يثبت اعتبار النبوى كما لا يخفى.

والحاصل: أن ثبوت الحق لشخص، تاره يكون بعنوان مقوم للحق عرفاً كثبوت حق الحضانه للامّ وحق القسم للزوجه وحق السبق إلى المسجد والمشهد للجالس، ومثل هذه الحقوق لا يدخل فى الإرث لانتهاء العنوان المقوم بانتهاه حياه الشخص، وقد يكون العنوان غير مقوم له، ويقال: من هذه الحقوق ما يكون الغرض منه جلب المال كثبوت حق التحجير وحق الصيد بنصب الشبكه، والخيار من هذا القبيل.

ص: ٢٢١

١- (١) وسائل الشيعه ٨ : ١٠ ، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) نقله صاحب المسالك ١٢ : ٣٤١ ، والرياض ٢ : ٢٠٢ .

وإثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضاً مشكل، والتمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذى الحق أشكل، لعدم إحراز الموضوع، لأنّ الحق لا يتقوم إلاّ بالمستحق. وكيف كان، ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفايه إن شاء الله تعالى.

بقي الكلام: في أنّ إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال [١] فعلاً، فلو فرض

الشرح:

ولكن إثبات هذه الضابطه لا يخلو من صعوبه، فانه لا فرق في اعتبار ابناء المعاملات بين الخيار المشترط لأحد المتعاقدين أو لأجنبي، مع أنّ الثاني لا يورث بلا كلام.

فلا يبعد أن يكون العمده في مسأله إرث الخيار هو الإجماع، أو يدعى أنّ الخيار المجعول للأجنبي من قبيل ثبوت الحق لشخص بعنوان مقوم، بخلاف الثابت لأحد المتعاقدين تأسيساً أو إمضاءً، بمعنى أنه يثبت الخيار لأحد المتعاقدين بعنوان يكون ذلك العنوان دخلياً في حدوث الخيار، ولكن لا يكون حياه الشخص بقاءً دخلياً في بقاء ذلك الحق، فينتقل إلى الوارث بأدله الإرث.

ويكشف عن عدم كون الحياه لمن له الخيار مقوماً له مثل قوله عليه السلام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (١)، فإنّ المراد من صاحب الحيوان مالكة المشترى، ومن الظاهر أنّ الحياه لا تكون مقوماً للملكيه في المال والروايه داله على أنّ الخيار يثبت للمالك فيكون كأمواله فيرثه من يرثه ماله.

[١] إرث الخيار لا يتبع إرث المال وإذا كان دين الميت مستغرقاً لجميع تركته فلا إرث بالإضافة إلى المال.

ولكن لو كان العقد على بعض تركته متعلقاً للخيار للميت فينتقل ذلك الخيار إلى

ص: ٢٢٢

استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث. ولو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه كالرقيبه أو القتل للمورث أو الكفر فلا- إشكال في عدم الإرث، لأنّ الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق. ولو كان حرمانه من المال لتعييد شرعي كالزوجه غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبه إلى العقار، وغير الأكبر من الأولاد بالنسبه إلى الحبه ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقاً، أو عدم حرمانه كذلك، وجوه، بل أقوال:

الشرح:

ورثته، لأنّ إرث المال من بعد الدين فلو لم يكن المال من تركته زائداً على الدين فلا إرث، بخلاف الحقوق للميت مما لا تقبل المعاوضه عليها لعدم كونها مالاً فيدخل تلك الحقوق في الإرث.

وبهذا يظهر أنّ الخيار للوارث من قبيل إرثه استقلالاً لا تبعاً لإرث المال حتّى لا يكون الخيار موروثاً في فرض استغراق الدين للتركة.

نعم الموانع عن إرث المال مانعه عن إرث الحق أيضاً ولو لم يكن الحق مالاً يبذل بازائه المال كقتل الوارث مورثه أو كفره أو كونه رقاً، فإن ما ورد في أنّه لا يرث القاتل أو الكافر أو الرق يعم ما إذا كان الموروث مالاً أو حقاً.

وفي صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا ميراث للقاتل» (١)، وصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يرث اليهودى والنصراني المسلمين، ويرث المسلمون اليهود والنصارى» (٢)، وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا يتوارث الحر والمملوك» (٣) إلى

ص: ٢٢٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ : ٣٠ ، الباب ٧ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ١٣ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٧ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ : ٤٣ ، الباب ١٦ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١ .

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميِّت [١] أو عنه، فيرث في الأول، صرَّح به فخر الدين في الإيضاح، وفسَّر به عبارته والده، كالسيِّد العميد وشيخنا الشهيد في الحواشي.

ورابعها: عدم الجواز في تلك الصورة والإشكال في غيرها، صرَّح به في جامع المقاصد.

الشَّرْح:

غير ذلك.

وأما إذا كان الوارث محروماً عن إرث بعض المال فالأظهر عدم حرمانه من إرث الخيار المتعلق بالعقد على ذلك المال.

والوجه في ذلك: أنَّ حرمان غير الولد الأكبر عن الحبوه أو حرمان الزوجه غير ذات الوالد أو مطلقاً من العقار تخصيص في أدلِّه الإرث، وقد تقدّم أنَّ التوارث في الحق المتعلق بالعقد على المال لا يتبع ذلك المال بل الحق بنفسه داخل في خطابات الإرث، بل لوقلنا بأنَّ الخيار حقّ متعلق بنفس المال لا بالعقد على ذلك المال يكون الأمر أيضاً كذلك، فإنَّ الحقّ المتعلِّق بالمال غير ذلك المال.

وما دل على اختصاص الولد الأكبر بالحبوه أو حرمان الزوجه عن العقار مقتضاه أنَّ نفس الحبوه لا يكون ميراثاً لغير الولد الأكبر وكذا الزوجه محرومة عن نفس العقار لا عن الحق المتعلق بها كما لا يخفى.

[١] ثم إنَّ المصنّف رحمه الله قد ذكر في المسأله أقالاً أربعة:

الأول: الإرث مطلقاً، الثاني: عدم الإرث مطلقاً، وثالثها: التفصيل بأن يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل إلى الميِّت المال الذي يحرم الوارث عنه ولا يثبت ما إذا كان منتقلاً عنه، وبهذا صرَّح فخر الدين في الإيضاح (١) وفسَّر به عبارته والده، والرابع عكس

ص: ٢٢٤

ولم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً، وإن أمكن توجيهه: بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنّه لا- ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شىء من المثلث. وبعبارة أخرى: الخيار علاقه لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه، ولا علاقه هنا ولا سلطنته. وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنته لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلّطه على ما وصل بإزائه. ولكن يرد ذلك بما فى الإيضاح: من أنّ الخيار لا يقتضى الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجه وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال.

الشرح:

ذلك: بأن يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل المال المزبور عن الميت والإشكال فيما إذا انتقل إليه.

وقال [أى المصنّف]: لم أجد من جزم بالقول بعدم الإرث مطلقاً، ولكن يمكن توجيهه بأن ما يحرم عنه الوارث لو كان منتقلاً عن الميت كالحبوه فلا- معنى لثبوت لخيار لسائر الورثة لعدم إمكان الفسخ منهم، فإنّ الفسخ عبارة عن إخراج ذى الخيار ما يملكه فعلاً إلى ملك الآخر بإرجاع ملك الآخر إلى نفسه.

ومن الظاهر أن ما يملكه سائر الورثة من ثمن بعض الحبوه لا- يمكن لهم إخراجهم عن ملكهم وإرجاع ما بازائه من المثلث أى بعض الحبوه إلى ملكهم.

وكذا لا يمكن أن يثبت الخيار لهم فيما إذا انتقل الحبوه إلى ملك الميت، فان سائر الورثة لا يملكون شيئاً من الحبوه ليخرجوها إلى ملك الآخر ويملكون ما بازائها من المثلث.

والحاصل: أنّ الخيار حق لا- استرداد ما انتقل من ماله بعد تسلّطه على ما وصل إليه، والمفروض عدم تحقق ذلك بالإضافة إلى المحروم عن الحبوه.

ص: ٢٢٥

والحاصل: أنّ حقّ الخيار ليس تابعاً للملكية، ولذا قوّى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في صورتين.

الشرح:

ولكن قد يورد على ذلك كما في الإيضاح (١) أنّ ثبوت الخيار لا يقتضى ما ذكر، ولذا يصحّ جعل الخيار للأجنبي مع أنّه لا يتمكن على إرجاع المال إلى نفسه، أو إخراجة عن ملكه.

وبتعبير آخر: حق الخيار ليس تابعا لملكه المال في الإرث، ومقتضى ما دل على اختصاص الجوه بالولد الأكبر أو حرمان الزوجه عن العقار تخصيص الإرث بالإضافه إلى نفس المال لا بالاضافه إلى الخيار.

وأجاب رحمه الله عن النقص باشتراط الخيار للأجنبي بأنّ الأجنبي منصوب من قبل أحد المتعاقدين ويكون فسخه كالفسخ من أحدهما، والخيار عبارته عن سلطنه ذى الخيار إلى إرجاع المال إلى نفسه أو إلى من نصبه بعد تسلّطه على إخراج ما هو ملكه أو ملك من نصبه فعلاً.

وهذا لا يجرى في حقّ المحروم عن بعض المال في الميراث، فلا ينتقل الخيار إلّا إلى وارث يكون له السلطنه على ما ذكر.

ودعوى: أنّه لو انتقل إلى الميت ما يحرم عنه كان الثمن المدفوع إلى الطرف الآخر متزلزلاً، فيكون في معرض العود إلى جميع الورثه ومنهم المحروم، فيكون لجميع الورثه حقاً في ذلك الثمن، فيثبت لهم الخيار في هذه الصورة يمكن دفعها بأنّ الخيار عبارته عن السلطنه على الثمن المزبور بعد السلطنه على ما وصل بازائه فعلاً إليه إلى من نصبه، والالتزام بثبوت الخيار للمحروم يستلزم سلطنه جميع الورثه على

ص: ٢٢٦

ويضعفه: أنّ حقّ الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلّط على استرداده إلى نفسه أو من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي. وبعبارة أخرى: ملكك لتملك المعوّض لنفسه أو لمن نصب عنه. وهذه العلقه لا تنتقل من الميّت إلاّ إلى وارث يكون كالميّت في كونه مالكاً لأن يملك، فإذا فرض أنّ الميّت باع أرضاً بثمن، فالعلقه المذكوره إنّما هي لسائر الورثه دون الزوجه، لأنّها بالخيار لا تردّ شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجعول له الخيار. نعم، لو كان الميّت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلاً في ملكه، فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثه ومنهم الزوجه، فهي أيضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن. لكن فيه: ما ذكرنا سابقاً: من أنّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلّط على ما وصل بإزائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلّط الزوجه على مال الغير.

وحاصله: أنّ الميّت إنّما كان له الخيار [١] والعلقه فيما انتقل عنه من حيث

الشرح:

الحبوه، وهذا من تسلّط الشخص على مال الغير كما ذكر في جامع المقاصد (١).

[١] يعني حاصل ما ذكر في وجه عدم إرثها من الخيار هو أنّه يكون الخيار للميّت حيث كان له علقه فيما انتقل عنه لتسلّطه على رد ما بيده من الأرض إلى صاحبه ليملك بازاء تلك الأرض الثمن الذي بيد صاحبه، ولا ينتقل الخيار عن الميّت إلاّ إلى ورثه تكون كالميّت في هذا التسلّط.

ومن الظاهر أنّه لا تكون الزوجه كذلك لعدم تسلّطه على ردّ الأرض وأن يكون لها حصه من الثمن على تقدير فسخ سائر الورثه المعامله الجاربه على الأرض.

وقد تقدّم نظير ذلك في عكس هذه الصوره أي فيما انتقل الأرض عن الميّت،

ص: ٢٢٧

تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته كما مر نظيره في عكس هذه الصورة وليست الزوجه كذلك. وقد تقدم في مسأله ثبوت خيار المجلس للوكيل: أن أدله الخيار مسوقه لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه، من جهه تسلطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، وما نحن فيه كذلك. ويمكن دفعه: بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثه، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجه وإن لم الشرح:

فإن الزوجه وإن تملك حصتها من الثمن إلا أنه لا يمكن لها تملك ما بازائها من الأرض برد تلك الحصه.

وقد تقدم في خيار المجلس عدم ثبوته للوكيل لأن الوكيل لا يكون مسلطاً على رد ما وصل إلى موكله ليتمكن له تملك ما بازائه مما انتقل عن موكله، وهذا الكلام يجرى في حق الزوجه أيضاً فيما انتقل الأرض إلى الميت.

اللهم إلا أن يقال بالفرق بين الوكيل في خيار المجلس وبين الزوجه فيما انتقلت الأرض إلى الميت.

ووجه الفرق أن تزلزل ملك صاحب الوكيل في المعامله كان متوقفاً على تسلط الوكيل على رد ما وصل إلى موكله وهذا السلطه لم تكن ثابتة، بخلاف ما نحن فيه فإن ملك المشتري ثمن الأرض التي باعه من الميت متزلزل على كل تقدير سواء كان للزوجه خيار أم لا لثبوت الخيار لسائر الورثه، فيكون للزوجه علقه في ذلك الثمن بإرجاعه إلى ملك الميت لترث منه.

نعم فيما إذا انتقل الأرض إلى الميت فلا يكون لها علقه في الأرض المنتقله إلى الميت ولو لم تكن للزوجه خيار الفسخ فيما إذا انتقلت الأرض إلى الميت بدعوى أنها لا تتمكن على رد الأرض إلى بائعها لتملك حصتها من الثمن لا يكون لسائر الورثه

يكن لها تسلط على نفس الأرض. والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدّم في الوكيل: أنّ الخيار هناك وتزلزل ملك الطرف الآخر وكونه في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفاً على تسلط الوكيل على ما في يده، وتزلزل ملك الطرف الآخر هنا وكونه في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال ولو لم نقل بثبوت الخيار للزوجه، فإنّ باقى الورثة لو ردوا الأرض واستردوا الثمن شاركتهم الزوجه فيه، فحقّ الزوجه في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ. ثم إنّ ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعه بثمن معيّن تشترك فيه الزوجه، إلّا أنّ يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلّا في مقدار حصتهم من الثمن، فيلزم تبعض الصفقه، فما اختاره في الإيضاح: من التفصيل مفسراً به عبارته والده في القواعد لا يخلو عن قوه. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال في أى أنواعه الشرح:

أيضاً خيار الفسخ، فإنّهم لا يملكون تمام الثمن بازاء الأرض التي يردونها على بائع الأرض اللهم إلّا أن يقال لهم خيار الفسخ بالاضافه إلى حصصهم من الثمن.

ولازم ذلك تبعض المعامله الجاريه على الأرض في الفسخ ولكن يأتي أنّ تبعض في الفسخ مشكل.

وعلى ذلك فيقوى ثبوت الخيار في شراء الميت الأرض للزوجه أيضاً على ما ذكر في الإيضاح (١) وفسر به عبارته والده.

قال في القواعد (٢): الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواع الخيار إلّا في الزوجه غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن، يعنى الأقرب كون الخيار موروثاً للزوجه، ونتيجته هذا الخيار أن ترث من ثمنها.

ص: ٢٢٩

١- (١) إيضاح الفوائد ١ : ٤٨٧ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٦٨ .

كان، إلاّ الزوجه غير ذات الولد فى الأرض على إشكال، أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن، انتهى. وقال فى الإيضاح: ينشأ الإشكال: من عدم إرثها منها فلا يتعلّق بها فلا ترث من خيارها، ومن أنّ الخيار لا يتوقّف على الملك كالأجنبيّ، ثمّ فرع المصنّف: أنّه لو اشترى المورث بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأنّ لها حقّاً فى الثمن. ويحتمل عدمه، لأنّها لا ترث من الثمن إلاّ بعد الفسخ، فلو علّل بإرثها دار. والأصحّ اختيار المصنّف، لأنّ الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزله جزء من التركة، وهو الثمن، فقد تعلّق الخيار بما ترث منه، انتهى. وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيّد العميد الشارح للكتاب. واستظهر خلاف ذلك من العبارة جامع المقاصد، فإنّه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال: والأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضاً بخيار، فأرادت الفسخ لترث من الثمن. وأمّا إذا باع أرضاً بخيار فالإشكال حينئذٍ بحاله، لأنّها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئاً، وحمل الشارحان العبارة على أنّ الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنّها حينئذٍ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف

الشرح:

وقال فى الإيضاح (1) فى توضيح الاشكال: إنّ الزوجه لا ترث من الأرض فلا ترث من خيار المتعلّق بالأرض، ووجه ثبوته لها أنّ الخيار لا يتوقّف على ملك المال كثبوت الخيار للأجنبيّ. ولكن عن المصنّف الوالد أنّه لو كان المورث أى الميت قد اشترى حال حياته الأرض بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأنّ للزوجه حقّاً فى الثمن. ويحتمل أن لا يثبت لها الخيار لأنّها لا ترث من الثمن إلاّ بعد فسخ المعامله، فملكها للثمن يتوقّف على الفسخ ولو علل الفسخ بملكها للثمن لدار. ومع ذلك الأصحّ اختيار المصنّف لأنّ شراء الأرض يستلزم منعها عن جزء الثمن الذى انتقل إلى بائع الأرض،

ص: ٢٣٠

ما إذا باع بخيار. وهو خلاف الظاهر، فإنَّ المتبادر أنَّ المشار إليه بقوله: «ذلك» هو عدم الإرث الذي سبقت لأجله العبارة، مع أنَّه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً، فإنَّ الأرض حقَّ لباقي الوراث استحقَّوها بالموت، فكيف تملك الزوجه إبطال استحقاقهم لها وإخراجها عن ملكهم؟ نعم، لو قلنا: إنَّ ذلك يحصل بانقضاء مده الخيار استقام ذلك. وأيضاً فإنَّها إذا ورثت في هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميِّت أرضاً بخيار بطريق أولى، لأنَّها ترث حينئذٍ من الثمن. وأقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقَّها من الثمن، وهو أولى من إرثها حقَّ غيرها من الأرض التي اختصَّوا بملكها. ثمَّ قال: والحقَّ أنَّ إرثها من الخيار في الأرض المشتراه مستبعد جدًّا، وإبطال حقَّ قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله:

الشرح:

والثمن المزبور منزل منزله تركه الميِّت باعتبار الخيار.

ولكن ذكر في جامع المقاصد (1) في قوله «الأقرب ذلك» أي الأقرب من ثبوت الإشكال عدم إرثها فيما إذا اشترى الميِّت الأرض وأراد الزوجه من خيارها أن ترث من الثمن، وأما إذا باع الميِّت الأرض فالاشكال في ثبوت الخيار لها بحاله، لأنها لو فسخت المعاملة لم ترث شيئاً من الأرض التي ترجع إلى ملك الميِّت.

أقول: قد تقدّم أنَّ الخيار حقَّ يتعلّق بالعقد لا بالعوض في المعاملة ولذا يجوز لمن انتقل إليه العوض في المعاملة التصرف فيه إلَّا مع اشتراط إبقائه في تلك المعاملة أو غيرها.

وعود المالين إلى ما كانا عليه من حين الفسخ لا يكون بالفسخ، فان شأن الفسخ انتفاء العقد الناقل لا العود، بل عودهما يكون بالسبب الذي كان قبل العقد الملغى، فلا يكون حرمان الورثة عن المال العائد إلى ملك الميِّت موجبا لعدم ثبوت الخيار لهم

ص: ٢٣١

«لءرء من الءمن» على هءا الءءءءر فءءءء إلى ءكلّف زفاءه ءءءءر[١] بءءلاف ما ءملا علىه، انءهى. وقء ءءءم ما فمكن أن فءال على هءا الكءام. ءم إن الكءام فى ءبوء الءبار لءفر مسءءق ءبوءه من الورءه إذا اشءرى المئء أو باع بعض أعمان ءبوءه بءبار، هو الكءام فى ءبوءه للزوءه فى الأرض المسءراه أو المبفعه.

مسأله: فى كىفئفه اسءءءاق كل من الورءه للءبار مع أنه شىء واءء ففر قابل للءءزئه والءءسفم وءوه:

الأول: ما اءءاره بعضهم: [٢] من اسءءءاق كل منهم ءباراً مسءءلاً كمورءه،

الشرء:

فضلاً عن ءرمان بعضهم.

وءشرفع الءبار فى المعامءات للءرؤى فى صءلاح عوء المال على ءءءءره ءكمه لا عله لءءور مدار عوء المال فءلاءظ ءبوءه مع ءلف المال كما لا فءفى.

[١] فعنى إذا كان ءلك فى كءام العءامه «أقربه ءلك» إءاره إلى عءم الإءرء فءءءء قولة لءرء من الءمن إلى ءءءءر.

أقول: فمكن أن فكون لءرء ءابه للمنفى، فلا فءءءء إلى الءءءءر سواء كان ءلك إءاره إلى الإءرء أو عءمه.

[٢] قفل فى كىفئفه إءرء الورءه الءبار وءوه أربعه:

الأول: أن فءب الءبار لكل من أفراء الورءه مسءءلاً بالاضافه إلى العءءءءارى على ءمام المال بءفء لو فسء ءءهم ولو بعء إءازه الآءرفن فنفسء العءء فى ءمام المال، نظفر ما فى ءق القءف الءابء للءءءءء كالأءوفن ففما إذا عفا أءءهما القاءف لأءها فءبء للآءر منهما ءق القءف.

ومءل ءلك ما علىه المشهور فى ءق الشفعه من أنه إذا كان للمورء ءق الشفعه فلكل من ورءه الأءءءء بءلك ءق فى ءمام ءءصه المبفعه بعءوى أن مقءضى النبوى

بحيث يكون له الفسخ في الكل وإن أجاز الباقون، نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، وكذلك حقّ الشفّعه على المشهور. واستند في ذلك إلى أنّ ظاهر النبوّ المتقدم وغيره ثبوت الحقّ لكلّ وارث، لتعقّل تعدّد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بدّ من تنزيل مثل ذلك على إرادته الاشتراك، لعدم تعدّد الملاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محلّ البحث.

الثاني: استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً في نصيبه، فله الفسخ فيه، دون باقى الحصص، غايه الأمر مع اختلاف الورثه في الفسخ والإمضاء تُبعض الصفقه على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. ووجه ذلك: أنّ الخيار لمّا لم يكن قابلاً للتجزئه، وكان مقتضى أدلّه الإرث كما سيجىء اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم، تعيّن تبعضه بحسب متعلقه، فيكون نظير المشتريين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما.

الشرح:

المتقدم: «من أنّ ما ترك الميت من حقّ فلوارثه»^(١) ثبوت الخيار لكلّ من الورثه، فإنّ الخيار يقبل التعدّد بخلاف المال، فإنّ المال الواحد لا يعقل كونه مملوكاً لكل واحد واحد من الورثه مستقلاً فلا بدّ من الالتزام فيه بالاشاعه.

وأورد المصنّف على هذا الوجه بأنّه لا دلالة للنبوّ على إرث الخيار لكلّ واحد من الورثه استقلالاً، لأنّ المراد بالوارث الجنس الصادق على الواحد والكثير، وقيام الخيار بجنس الوارث يتصوّر بوجوه أربعة.

وما ورد فيه لفظ الورثه بصيغه الجمع فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإنّ المراد إمّا جنس الجمع أو جنس الفرد المفرد أو الاستغراق الافرادى أو الاستغراق المجموعى.

ولكن الظاهر هو الثانى أى جنس الفرد، فيكون مساويا لما تقدم من صيغه

ص: ٢٣٣

١- (١) نقله صاحب المسالك ١٢ : ٣٤١ ، والرياض ٢ : ٢٠٢ .

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة إلى جميع المال، ولا بالنسبة إلى حصه كلّ منهم، لأنّ مقتضى أدلّة الإرث في الحقوق الغير القابله للتجزئه والأموال القابله لها أمر واحد، وهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، إلّا أنّ التقسيم في الأموال لمّا كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كلّ منهم بحصه مشاعه، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته، فافهم. وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو: أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبعه في ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجز الآخر، لتحقّق الطبعه في الواحد، وليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنّه لو أجاز الشرح:

المفرد، مع أنّ الاستغراق الأفرادى لا يمكن في ارث الخيار للقرينه العقلية واللفظية، فالقرينه العقلية هو عدم امكان الخيار الواحد الذى كان للميت لكل من الورثة على سبيل الاستغراق.

مع أنّ المراد من العموم بالاضافه إلى المال المجموعى، ولو كان بالاضافه إلى الحق الافرادى لزم الاستعمال فى المعنيين، وهذه هى القرينه اللفظية.

ولو ثبت الخيار فى المقام لكل من الورثة فتكون الورثة كالكلاء المتعدّدين فى أنّ أيّهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ تصرف السابق، ولا يتقدّم الفسخ ولو مع تأخره عن إجازة الآخرين كما ذكر القائل المزبور.

أقول: اراده الاستغراق المجموعى أو الافرادى من كیفیه تعلّق الحكم أو الحق، فان كان الحق المتعلّق للمتعدّد انحلالياً يكون الاستغراق أفرادياً، وان كان غير انحلالى بل واحداً يكون بنحو الاستغراق المجموعى.

الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث، واحداً كان أو متعدداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبره بما يقع متأخراً عن الآخر، لأنّ الأوّل قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء والفسخ من ذى الخيار بتصريف واحد، لا- أنّ الفاسخ متقدّم، كما سيجيء فى أحكام التصريف. ثمّ إنّه لا ريب فى فساد مستند الوجه الأوّل المذكور له، لمنع ظهور النبوى وغيره فى ثبوت ما ترك لكلّ واحد من الورثه، لأنّ المراد بالوارث فى النبوى وغيره ممّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق فى ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمه، كما لا يخفى على المتأمل. وأمّا ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغته الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى والأفرادى. والأظهر هو الثانى، كما فى نظائره. هذا كلّه، مع قيام القرينه العقليّه واللفظيّه على عدم إرادته ثبوته لكلّ واحد مستقلاً فى الكلّ.

الشرح:

وإذا كان الحق الذى تركه الميّت واحداً فتعلّقه بالمتعدّد يكون بنحو العام المجموعى لا محاله.

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام فى المقام بثبوت خيار واحد لمجموع الورثه، فلا ينفذ الفسخ من بعضهم بدون اتّفاق الآخرين ورضاهم والأمر فى إرث حقّ الشفعه أيضاً ذلك.

وأمّا حقّ القذف فليس لدليل الإبرث، بل ثبوت حقّ القذف لمثل أحد الأخوين مع عفو الآخر، أو عدم مطالبته مورد النصّ، كثبوت حقّ القصاص لكلّ من أولياء المقتول.

ويظهر ممّا ذكرنا أنّه لا وجه لثبوت الخيار لكلّ واحد من الورثه بالاضافه إلى

ص: ٢٣٥

أمّا الأولى: فلأنّ المفروض أنّ ما كان للميت وتركه للوارث حقّ واحد شخصي، وقيامه بالأشخاص المتعدّدين أوضح استحاله وأظهر بطلاناً من تجزيه وانقسامه على الورثه، فكيف يدعى ظهور أدلّه الإرث فيه؟

وأمّا الثانيه: فلأنّ مفاد تلك الأدلّه بالنسبه إلى المال المتروك والحقّ المتروك شيء واحد، ولا يستفاد منها بالنسبه إلى المال الاشتراك وبالنسبه إلى الحقّ التعدّد، إلّا مع استعمال الكلام في معنيين. هذا، مع أنّ مقتضى ثبوت ما كان للميت لكلّ من الورثه أن يكونوا كالوكلاء المستقلين، فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، ولا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدّم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

وأمّا الوجه الثاني: فهو وإن لم يكن منافياً لظاهر أدلّه الإرث: من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، إلّا أنّ تجزئه الخيار بحسب متعلّقه كما تقدّم ممّا لم تدلّ عليه أدلّه الإرث. أمّا ما كان منها كالنبويّ غير متعرّض للقسمه فواضح، وأمّا ما تعرّض فيه للقسمه كآيات قسمه الإرث بين الورثه فغايه ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحقّ أو إسقاطه، فيقسم بينهم العين المسترده بالفسخ، الشرح:

حصّه من المال.

ووجه الظهور أنّ الخيار حقّ متعلّق بالعقد على المال لا بنفس المال، وأنّ الخيار المنتقل إلى الورثه ميراث من ميتهم.

ومن الظاهر أن الخيار الثابت للميت لم يكن انحلالياً بالاضافه إلى الأجزاء المشاعه للمال، وهذا بخلاف إرث المال كما لا يخفى.

كما ظهر أنّه لا وجه لثبوت الخيار لطبيعي الوارث بمعنى أنّ أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ التصرف من السابق.

ص: ٢٣٦

أو ثمنها الباقي في ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث. وأما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً في حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع، فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع، وإلا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه.

ومن ذلك يظهر: أنّ المعنى الثانى للوجه الثالث وهو قيام الخيار بالطبيعه المتحققه في ضمن المجموع أيضاً لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر، مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالف لأدلة الإرث، لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبه إلى المال والحق واحد، ومن المعلوم: أنّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع. ثم إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ حقّ ثبت لمتعدّد لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم، لو علم ذلك من دليل خارج اتّبع، كما في حدّ القذف، فإنّ النصّ قد دلّ على أنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، وكحقّ القصاص، فإنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الديه إلى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقين. لكن يبقى الإشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم وإن احتمله في

الشرح:

ووجه الظهور أنّه مع تعدّد الوارث كما هو الفرض لا- يفترق إرث المال عن إرث الحق، وكما أنّ المال يكون ملكاً لمجموعهم كذلك الحق.

فانصراف الحق إلى كونه ملكاً لطبيعي الوارث لا لأفراده تفكيك مخالف ظاهر طبقات الإرث، فإنّ ظاهر ما دلّ على الطبقات أنّ كل أفراد طبقه يشترك في الميراث مالاً- كان أو حقاً، لا أنّ الحق يكون ملكاً لطبيعي الوارث نظير ملكيه الزكاه ونحوها لعنوان الفقراء أو عنوان الحكومه، فيصير كلّ من الأفراد المنطبق عليهم عنوان الحكومه ولياً في التصرف من ذلك المال.

ص: ٢٣٧

الدروس : من أنّ أحد الورثة إذا عفا عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع، فإنّ الظاهر أنّ قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكل [١] ويمكن أن يفرّق بالضرر، فإنّه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركه. بل لعل هذا هو السرف في عدم سقوط حدّي القذف والقصاص بعفو البعض، لأنّ الحكمه فيهما التشفّي، فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى، وهذا غير موجود فيما نحن فيه، فتأمّل.

ثم إنّ ما اخترناه من الوجه الأول هو مختار العلّامه في القواعد بعد أن احتمل الوجه الثاني وولده في الإيضاح والشهيد في الدروس والشهيد الثاني في المسالك، وحكى عن غيرهم.

الشرح:

[١] قد تقدّم عدم الفرق بين إرث الخيار وإرث حقّ الشفعه، وكما أنّه لا ينفذ الفسخ من أحد الورثة من غير اتّفاق الآخرين كذلك الأمر في الأخذ بالشفعه.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله من أنّ ثبوت حقّ الشفعه للوارث الواحد مع عدم أخذ باقي الورثة بها لكون الشركه الحاصله بين مشتري الحصه المبيعه والورثه ضرريه لكل واحد من الورثه ففيه ما لا يخفى، فإنّ الضرر قد حصلت ببيع الحصه ولو جرت قاعده «نفي الضرر» (١) كان مقتضاها بطلان ذلك البيع، مع أنّ بطلانه أيضا ضرريّ على شريك الميّت البائع.

والحاصل: أنّ ثبوت حقّ الشفعه لكلّ من الورثه مع امتناع الآخرين عن الأخذ بالشفعه الموروثه حقّ آخر غير موروث وهي حقّ بالسيره العقلانيه ويتدارك به الضرر، وقد ذكرنا مرارا «أنّ قاعده نفي الضرر» لا يثبت حكما أو حقا يتدارك به الضرر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

قال في القواعد: وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر، أقربه المنع، وإن جوّزناه مع تعدّد المشتري. وزاد في الإيضاح بعد توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورّثهم إلا خيار واحد: أنّه لا وجه لاحتمال التفريق. وقال في الدروس في باب خيار العيب: لو جوّزنا لأحد المشتريين الردّ لم نجوّزه لأحد الوارثين عن واحد، لأنّ التعدّد طار على العقد سواء كان الموروث خيار العيب أو غيره، انتهى. وقال في المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين في الخيار: هذا كلّه فيما لو تعدّد المشتري، أمّا لو تعدّد مستحقو المبيع مع اتّحاد المشتري ابتداءً كما لو تعدّد وارث المشتري الواحد فإنّه ليس لهم التفرّق لاتّحاد الصفقة، والتعدّد طار، مع احتمالها، انتهى. وظاهر التذكرة في خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدّمة، قال: لو فسخ بعضهم وأجاز الآخر فالأقوى أنّه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض، انتهى. ويحتمل أن لا يريد بذلك أنّ لكلّ منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض ويسرى في الكل، نظير فسخ المورث في البعض.

وكيف كان، فقد ذكر في خيار العيب: أنّه لو اشترى عبداً فمات وخلف وارثين فوجدا به عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّه للتشقيص، انتهى. وقال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضى أحدهما، سقط حقّ الآخر من الردّ دون الأرش. والظاهر أنّ خيار العيب وخيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعلّه رجوع عما ذكره في خيار المجلس.

ثم إنّه ربما يحمل ما في القواعد [١] وغيرها: من عدم جواز التفريق، على أنّه الشرح:

[١] ظاهر القواعد (١): عدم نفوذ فسخ بعض الورثة مع عدم اتّفاق الآخرين،

ص: ٢٣٩

لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والإجازة، بل لا بد من الفسخ في الكل أو الإجازة، فلا دلاله فيها على عدم استقلال كلّ منهم على الفسخ في الكل، وحينئذ فإن فسخ أحدهم وأجاز الآخر قدّم الفسخ على الإجازة.

ويُنسب تقديم الفسخ إلى كلّ من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز. ولازم ذلك الاتفاق على أنّه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكل. وما أبعد بين هذه الدعوى وبين ما في الرياض، من قوله: ولو اختلفوا يعنى الورثة قيل: قدّم الفسخ، وفيه نظر. لكن الأظهر في معنى عبارته القواعد ما ذكرنا، وأنّ المراد بعدم جواز التفريق: أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً مع عدم موافقه الباقين، كما يدلّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب:

الشرح:

ولكن قد يقال: إنّ المراد عدم نفوذ فسخ الورثة في سهمه من المال لا عدم نفوذ فسخه في الجميع.

وعلى ذلك فلو فسخ بعضهم العقد في جميع المال وأجاز الآخرون قدم الفسخ. وينسب ذلك إلى كلّ من منع عن تفريق الورثة، وفي الحدائق (١): أنّ تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ في الكل على إجازة المجيز، ولكن نسب في الرياض (٢) هذا التقديم إلى قيل، وناقش فيه بقوله: «وفي تقديم الفسخ على الإجازة إشكال».

ثم إنّ ظاهر المصنف وغيره أنّ إجازة بعض الورثة يوجب عدم نفوذ الفسخ من الآخرين حتّى فيما توافق الكل على ذلك الفسخ فيما بعد بمعنى أنّ إجازة أحدهم يوجب سقوط الخيار وانتفائه، حيث ذكر في ذيل حكاية كلام القواعد في خيار العيب «من أنه فلا إشكال في وجوب توافقهما» والمراد بوجوب التوافق الوجوب الشرطي

ص: ٢٤٠

١- (١) الحدائق ١٩ : ٧١ .

٢- (٢) الرياض ٨ : ٢٠٣ .

اجتماع الورثة على الفسخ على العين المنتقلة عن ملك الميت

إنه «إذا ورثا خيار عيب، فلا إشكال في وجوب توافقهما» فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطي، ومعناه: عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته، وهو المطلوب. وأصرح منه ما تقدّم من عبارته التحرير ثم التذكرة. نعم، ما تقدّم من قوله في الزوجه غير ذات الولد: «أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن» قد يدلّ على أنّ فسخ الزوجه فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه، إذ استرداد مقدار حصّتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره.

وكيف كان، فمقتضى أدلّه الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذى اخترناه. وحاصله: أنه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغى الفسخ.

وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخص، لعدم أعمال الآخر حقّه.

ويندفع: بأنّ الحقّ إذا كان مشتركاً لم يجز أعماله إلا برضا الكلّ، كما لو جعل الخيار لأجنبيّين على سبيل التوافق.

فرع: إذا اجتمع الورثة كلّهم [١] على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فإن كان عين

الشرح:

ومعناه عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أنّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ إجازة أحدهما مع فسخ الآخر، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته الفسخ المزبور.

ولكن يمكن أن يقال: مقتضى كون الخيار حقاً للجميع أن يكون سقوطه أيضاً بإسقاط الجميع، لا بإسقاط واحد منهم ولو مع عدم رضا الآخرين كما هو الفرض.

[١] ذكر قدس سره في هذا الفرع أموراً:

الأول: أنه إذا اجتمع الورثة كلّهم على فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن

فسخ العقد إذا كان على الميِّت دين مستغرق لتركته

الثلث موجوداً في ملك الميِّت دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميِّت ولا. يمنعون من ذلك وإن كان على الميِّت دين مستغرق للتركة، لأنَّ المحجور له الفسخ بخياره. وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان. ولو كان مصلحةهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لأنه حقّ لهم، فلا يجبرون على إعماله. ولو لم يكن للميِّت مال ففي وجوب دفع الثلث من مالهم بقدر الحصص وجهان: من أنّه ليس لهم كالأجنبي المَجْعول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء إلاّ حقّ الفسخ وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك

الشَّرح:

ملك الميِّت فان كان الثلث بعينه باقياً فللمشتري استرداده، وان لم يكن باقياً يصير ذلك الثلث التالف دينا من ديون الميِّت فيخرج من تركته.

الثاني: أنّه لا يمنع عن فسخ العقد ولو كان على الميِّت دين مستغرق لتركته، لأنَّ الورثة وإن يكونوا محجورين بالاضافه إلى إرث المال إلاّ أنّ لهم حقّ الخيار الذي تركه ميِّتهم.

وعلى ذلك فيجوز في الفرض للورثة فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن ميِّتهم أو إلى ميِّتهم.

وهل يجوز لهم الفسخ وإن لم يكن صلاحاً للديان كما إذا كان الثلث بعينه باقياً على ملك الميِّت، وكان قسمته للغرماء أصلح من قسمه العين المفروضة مثمناً لذلك الثلث.

وعلى تقدير جواز الفسخ مطلقاً أو فيما كان صلاحاً للغرماء فلا يجبر الورثة على الفسخ، لأنَّ الفسخ حق لهم لا عليهم، ولا يجبر ذوالحق على الانتفاع بحقه.

الثالث: لو لم يكن للميِّت ترکه وفرض تلف الثلث الذى أخذ مورثهم من مشتري العين فقد تقدّم أنّ للورثة فسخ العقد، فهل مع فسخه يكون الثلث على الورثة

إذا كان لكل من الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد

الميت يوفى عنه ديونه وخروج الثمن عن ملكه في المعين واشتغال ذمته ببده في الثمن الكلي، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلا على وجه كونه وفاءً لدين الميت، وحينئذٍ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. وهذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع. ومن أنهم قائمون مقام الميت

الشرح:

على حسب سهامهم من العين، أو يصير الثمن ديناً على الميت، فيلزم وفاءه من العين المرجوعه إلى ملك الميت.

فان كان فسخ الورثة من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبي المشروط له الخيار فيرجع العين إلى ملك الميت، فيوفى بها دينه بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء في الثمن المزبور.

والحاصل: أن مقتضى خروج الثمن المعين عن ملك المورث وثبوت الثمن أى كليه بذمته أن لا يكون ما يدفعه الوارث عوضاً عن المبيع بل يكون وفاءً لدين الميت لتلف عين الثمن.

نعم إذا كان الفسخ تملكاً جديداً من الورثة بالإضافة إلى العين وبازاء ما يدفعون، نظير أخذهم بحق الشفعة الموروثة حيث يتملكون الحصه في الأخذ بالشفعه بازاء الثمن الذي يدفعون من مالهم يلزم عليهم في الفسخ أيضاً الثمن على حسب سهامهم.

الرابع: أنه لو قيل بأن لكل واحد من أفراد الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ففي فرض فسخ بعضهم وامتناع الآخرين يرجع العين إلى ملك جميعهم، أو إلى ملك الفاسخ فقط فيكون الثمن عليه، فهذا أيضاً مبني على أن فسخه من قبيل فسخ الوكيل، أو الأجنبي المشروط له الخيار، أو أنه كالميت يتملك العين بازاء ما يدفعه إلى المشتري.

فى الفسخ برء الثمن أو بءله وءملءك المبع، فإذا كان المبع مردوءاً على الورءه من ءىء إنهم ءائمون مقام المءء، اسءءلء ءمهم بءمنه من ءىء إنهم ءنفس المءء، ءما أن معنى إرءهم لءق الشفعه اسءءءاقهم لءملءك الءصه بءمن من مالهم لا من مال المءء. ثم لو ءلنا بءواز الفسخ لبعء الورءه وإن لم ءوافقه الباقى وفسء، ففى انءقال المبع إلى الءل أو إلى الفاسء، وءهان: ممآ ءءرنا من مءءضى الفسخ،

الشءء:

ثم ءال رءمه الله: إن الفسخ فى الفرضىن يعنى المفروض فى الأمر الءالء والمفروض فى الأمر الرابع ءوقوع الفسخ من المورء فى ءونه ءملءا للءىن باءاء ما ءءفعه الفاسء من مال نفسه على الأظهر.

واسءشءه لءءلك بالءىار الءابء للورءه فىما إذا باء مورءهم العىن ببعء الءىار، فإنه لا ىبغى التأمل فى ءرىان السىره على ءفع الورءه مثل الثمن من مالهم، وىسءرون العىن لأنفسهم من ءىر أن ىلزموا باءاء ءىن المءء من ءلك العىن فىما إذا اءرءوا ءىون العرماء بءسب ءرءه المءء ءبل الفسخ.

أءول: ىرء علىه ءءس سره أن ما اءءاره فى الفرضىن ىنافى ما ءءره فى الأمر الأول من أنه على ءءءىر عءم ءرءه للمءء ووقوع الفسخ بعء ءلف عىن الثمن ىءون ءىنا على المءء فىءرء من ءرءه، فإن مع ءون الفسخ من الورءه ءملءا لأنفسهم لا وءه لءون الثمن ءىنا على المءء هذا أولاً.

وءانىا: ءء ءءءم أن الفسخ ىءءلء بالءءء، ومعنى فسخ العءء إءائءه، وأما عوء ملكىءه المبع والءمن فىءون بالسبب الءى ءان ءبل العءء، ولا ىءون الفسخ إنشاء ءملء ءءىء أصلاً.

وعلىه فلا بء من عوء المبع إلى ملك المورء على ءمىع ءءاءىر، وعوء الثمن الءى آءءه مورءهم إلى ملك المءءرى ءانىا سواء ءان ءلك الثمن باءىا أو ءالفا، ءابه

ص: ٢٤٤

وما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيايه والقيام مقام الميِّت. والأظهر فى الفرعين هو كون ولايه الوارث لا كولايه الولي والوكيل فى كونها لاستيفاء حقّ للغير، بل هى ولايه استيفاء حقّ متعلّق بنفسه، فهو كنفس الميت لا- نائب عنه فى الفسخ، ومن هنا جرت السيره: بأنّ ورثه البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من أموالهم، ويسترّدون المبيع لأنفسهم من دون أن يُلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج. والمسأله تحتاج إلى تنقيح زائد.

الشرح:

الأمر لازم ملكيه التالف المضمون رد المثل أو قيمه.

والحاصل: أنّه يكون الثمن التالف ديناً على الميت، فيوفى من العين المرجوعه إلى ملك الميت، ويجوز للورثه ادائه من مال أنفسهم، فتدخل العين فى موضوع الإرث، كما هو الحال فيما إذا كان للميت تركه بمقدار ديونه، فان مع اداء الوارث الدين من مالهم تدخل التركه فى موضوع الإرث.

وأما قياس الخيار بأخذ الوارث بحقّ الشفعه فى دفع الورثه الثمن من أموالهم فى الأخذ بحقّ الشفعه غير صحيح، فإنّ الأخذ بحقّ الشفعه لا- يوجب انحلال العقد الجارى على الحصّه كى تعود الحصه إلى ملك الميت، بل الأخذ بحقّ الشفعه تملك للحصه بازاء دفع مثل الثمن إلى مشتريها كما لا يخفى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الفسخ ببيع الخيار، فإنّ دفع الوارث مثل الثمن إلى المشتري العين فسخ للبيع، ومبادلّه أخرى بين المدفوع وبين الثمن التالف، أو الباقي على ما ذكر فى محله.

والحاصل: أنّه يلزم على ما ذكره قدس سره أن لا- يكون تملك الوارث للعين المنتقله عن الميت من قبيل الميراث، فلا- وجه لتفسيط تلك العين بالحصص ولو مع اتّفاقهم على الفسخ فتدبر جيداً.

ص: ٢٤٥

مسأله: لو كان الخيار لأجنبي فمات [١] ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير، أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين وربما يظهر من القواعد، وجوه: من أنه حق تركه الميت فلوارثه. ومن أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه. ومن أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخله نفس الأجنبي، فلا يدخل فيما تركه. وهذا لا يخلو عن قوه لأجل الشك فى مدخله نفس الأجنبي.

وفى القواعد: لو جعل الخيار لعبد أحدهما، فالخيار لمولاه، ولعله لعدم نفوذ فسخه ولا إجازته بدون رضا مولاه، وإذا أمره بأحدهما أُجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخره له. لكن هذا يقتضى أن يكون عبد

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه لو شرط الخيار لأجنبي فمات الأجنبي، ففي انتقال الخيار لوارثه فانه مقتضى ما دل على أن ما ترك الميت من حق الورثه، أو أنه ينتقل للمشروط له فان ثبوت الخيار للأجنبي حق له، أو أنه ينتهى بموت الأجنبي فلا- يثبت للمشروط له ولا لورثته وجوه، أقواها انتهائه بموته لأن الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كون حياته مقوماً لحق الخيار.

أقول: كون حياه الأجنبي مقوماً لحق الخيار باشتراط المتعاقدين ولو ارتكازا مقتضاه انتهاء الخيار عند موته.

وهذا الشرط الارتكازى لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة الداليتين على الإرث، وذلك فان الموضوع للإرث ما ترك الميت، ومع شرط سقوط الخيار ونحوه لا يكون حق الخيار المزبور ممّا ترك لينتقل إلى ورثه، بل يمكن دعوى أن خيار المجلس ونحوه إذا ثبت للوكيل كما إذا لم يكن وكيلاً فى مجرد إجراء العقد لا ينتقل إلى ورثته، لأن الخيار كان من أثر الوكاله المنتهيه بموته.

الأجنبى كذلك، مع أنه قال: لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه ولا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً وحلاً، فافهم.

مسألة: ومن أحكام الخيار سقوطه بالتصرف [١] بعد العلم بالخيار. وقد مرّ

الشرح:

[١] ذكر قدس سره حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول، ولعل هذا متسالم عليه بينهم فى بابى الإجازة والفسخ.

وحيث ذكروا فى وجه حصول الإجازة بالفعل ظهوره فيها، فيكون الأمر فى الفسخ بالفعل كذلك.

وقد استظهر اعتبار الدلالة على الرضا والإغماض عن الخيار من صحيحه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» (١).

فان ظاهر تعليقه عليه السلام سقوط الخيار بالحدث دلالة على الرضا.

وكذلك النبوى الوارد فى خيار الحيوان أيضاً، وفيه: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان» (٢).

فان ظاهره أيضاً اعتبار الرضا فى سقوط الخيار، واستحلاف المشتري يحمل على سماع دعوى البائع عليه بأنه لعله اغمض عن خياره، فيكون الدعوى بنحو التهمة،

ص: ٢٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

بيان ذلك في مسقطات الخيار. والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط الخيار والتزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً. وقد صرح في التذكرة: بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل. وقد ذكر جماعه كالشيخ وابن زهره وابن إدريس وجماعه من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره قدس الله أسرارهم: أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة. وقد عرفت في مسأله الإسقاط: أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، وقد دل عليه الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان المعلله للسقوط: بأن التصرف رضاً بالعقد فلا خيار، وكذا النبوي المتقدم. ومقتضى ذلك منهم: أن التصرف فيما انتقل

الشرح:

أو يحمل على دعوى أن المشتري كان قد اغمض عن خياره قبل التلف.

ولو فرض من ظهور صحيحه على بن رثاب في سقوط الخيار بكل فعل لا يجوز ذلك الفعل لغير المالك وان لم يكن له ظهور في إغماض الفاعل عن حق خياره، وأن هذا السقوط تعيد يبقى اعتبار الظهور في ناحيه كون الفعل فسخا بحاله، إلا أن يدعى الإجماع على عدم الفصل بين الإجازة والفسخ.

وهذا الإجماع أى عدم الفصل وإن لم يكن بعيداً إلا أنه يستفاد من أكثرهم اعتبار الدلالة على الرضا في سقوط الخيار بالفعل، بل كلماتهم في المقام يعنى حصول الفسخ بالفعل أيضا كذلك.

قال العلامة في التذكرة (١) إن عرض ذى الخيار ما باعه للبيع ثانياً أو اذنه أو توكيله الآخر في بيعه أو جعل المبيع المزبور رهنا لم يتم لعدم القبض، وكذلك هبته مع عدم القبض، فسخ كما أنها من المشتري الذى له الخيار إجازة لدالاتها فيما إذا صدرت عن

ص: ٢٤٨

عنه إنّما يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ ليكون فسخاً فعلياً، وأمّا ما لا يدلّ على إرادته الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به وإن قلنا بحصول الإجازة به، بناءً على حمل الصحيحه المتقدّمه على سقوط الخيار بالتصرّف تعبداً شرعياً، من غير أن يكون فيه دلالة عرفيّة نوعيّة على الرضا بلزوم العقد، كما تقدّم نقله عن بعض. إلّا أن يدعى الإجماع على اتّحاد ما يحصل به الإجازة والفسخ، فكلّ ما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه. وهذا الاتّفاق وإن كان الظاهر تحقّقه، إلّا أنّ أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرّف تدلّ على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرّف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرّف الفاسخ، ويدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضاً. قال في التذكرة: أمّا العرض على البيع والإذن فيه والتوكيل والرهن غير المقبوض بناءً على اشتراطه فيه والهبة غير المقبوضه،

الشرح:

البائع الذي له الخيار على طلب المبيع والإغماض عن الثمن وفيما إذا صدرت عن المشتري الذي له الخيار على استيفاء المبيع والإغماض عن خياره.

أقول: قد تقدّم حصول الانشاء بالفعل كحصوله بالقول، ويعتبر في الإنشاء الدلالة سواء كان بالقول أو بالفعل.

وظاهر صحيحه على بن رثاب بل وغيرها اعتبار إسقاط الخيار في سقوطه، ولا ينافي كون النظر إلى الأمه المشتراه أو لمسها أو تقبيلها مسقطاً تعبدياً، كما لا يبعد كون مطلق إحداث الحدث في الحيوان كذلك، بأن يسقط الخيار به وإن كان مع الغفلة عن الخيار أو مع اعتقاد أنه يجوز لغير المالك أيضاً.

وكيف ما كان فلا يستفاد من الروايات الواردة في خيار الحيوان سقوطه بكل فعل لا يجوز لغير مالك الأمه مع عدم عدّه حدثاً، بل السقوط مع عدم عدّه حدثاً ينحصر بما

ص: ٢٤٩

فالأقرب أنها من البائع فسخ ومن المشتري إجازته، لدلالاتها على طلب المبيع واستيفائه، وهذا هو الأقوى، ونحوها في جامع المقاصد. ثم إنك قد عرفت الإشكال في كثير من أمثلتهم المتقدمه للتصرفات الملزمه، كركوب الدابّه في طريق الردّ ونحوه مما لم يدلّ على الالتزام أصلاً، لكن الأمر هنا أسهل، بناءً على أنّ ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفاً لا يجوز شرعاً إلا من المالك أو بإذنه، دلّ ذلك بضميمه حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً على إرادته انفساخ العقد قبل هذا التصرف. قال في التذكرة: لو قبل الجاربه بشهوه، أو باشر في ما دون الفرج، أو لمس بشهوه، فالوجه عندنا أنّه يكون فسخاً، لأنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، الشرح:

إذا كان بقصد الإغماض عن خياره، كما أنّ عدّه فسخاً فيما إذا كان بقصده.

ثم قال رحمه الله: إن بعض التصرف من ذى الخيار فيما انتقل إليه مما يحرم على غير المالك وان يستشكل في دلالتة على إرادته العقد والإغماض عن الخيار، إلا أنّ الأمر في تصرف ذى الخيار بتلك التصرفات فيما انتقل عنه خاليه عن الإشكال في دلالتها على الفسخ، لأنّ المتصرف فيما انتقل عنه يكون غير مالك قبل التصرف، فيكشف تصرفه عن إرادته الفسخ، كما هو مقتضى حمل المسلم على الصحيح أى الحلال وضعاً، أو تكليفاً كركوبه الدابه التي باعها من غيره بخيار.

وكذلك إذا كانت تصرفاته فيما انتقل عنه غير جائزه وضعاً مع عدم قصده الفسخ، كهبته المال الذي باعه من آخر قبل ذلك بخيار، أو يبعه من آخر بعد البيع المزبور، أو إجارته المبيع، أو تزويجه الأمه التي باعها قبل تزويجها بخيار، ففي جميع ذلك يكون مقتضى حمل تصرفه الثاني على النافذ إرادته فسخ المعامله التي كان له فيها الخيار.

لا- يقال: حمل فعل المسلم على الحلال في الفرض الأول لا يثبت إرادته فسخ المعامله الجاربه على الدابه قبل ذلك، كما أن الحمل على الصحه في التصرفات

فلو لم يختر الإمساك لكان مُقديماً على المعصية، انتهى. ثم نقل عن بعض الشافعيّين احتمال العدم، نظراً إلى حدوث هذه الأمور عمّن يتردّد في الفسخ والإجازة. وفي جامع المقاصد عند قول المصنف قدس سره: «ويحصل الفسخ بوطء البائع وبيعه وعتقه وهبته» قال: لوجوب صيانته فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل، وتنزيل فعله على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز، انتهى. ثم إنّ أصله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعاً، كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعيّة، فيدل على الفسخ، لا من الأصول التعيّديه حتى يقال: إنّها لا تثبت إرادته المتصرّف للفسخ، لما تقرر: من أنّ الأصول التعيّديه لا تثبت إلا اللوازم الشرعيّة لمجاريها، وهنا كلام مذكور في الأصول. ثم إنّ مثل التصرف الذي يحرم شرعاً إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعاً إلا من المالك

الشرح:

المعامليه فيما انتقل عنه.

وأصله عدم الفضوليّه فيها لا تثبت إرادته الفسخ على ما هو المقرّر في محلّه من عدم الاعتبار بمثبتات الأصول.

ولذا لو شك بعد صلاته في صحتها للشك في طهارته حال الصلاة يحكم بصحة صلاته ولكن عليه الوضوء للصلوات الآتيه، لأنّ أصله الصحة في الصلاة لا تثبت الوضوء.

ولو طلق زوجته بحضور شخصين، وشك الآخر في صحه طلاقه لعدالتهم يحكم بصحّته، ولكن أصله الصحة لا تثبت عدالتهم بأن يجوز للشاك الاقتداء بهما في الصلاة، أو طلاق زوجته عندهما إلى غير ذلك.

فإنّه يقال: كلّ من أصله الصحة بمعنى فعل المسلم على الصحة يعنى الحلال، وحمل تصرفه على النافذ من قبيل الأماره، فيثبت بها إرادته المتصرّف فسخ المعامله

ص: ٢٥١

أو مأذونه وإن لم يحرم، كالبيع والإجاره والنكاح، فإن هذه العقود وإن حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرّفاً في ملك الغير، إلا أنّها تدلّ على إرادته الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه، كما صرّح به جامع المقاصد عند قول المصنف: «والإجاره والتزويج في معنى البيع»، والمراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنّه لو أُريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ، لكن الإنصاف: أنّه لو أُريد به هذا لم يثبت به إرادته العاقد للفسخ.

الشرح:

التي كان له حق الخيار فيها.

فإنّ الأول من ظهور فعل المسلم في الحلال، والثاني من ظهور تصرف المتصرّف في كونه استقلاليا وعن نفسه، لا عن الغير وكاله أو فضولاً.

بل لو كان أصاله عدم القصد الفضوليه أصلاً عملياً تكون حاكمه على أصاله عدم الفسخ العقد، لأنّ احتمال عدم قصد الفسخ ناش عن احتمال قصد الفضوليه.

ولكن الإنصاف عدم ترتّب فسخ العقد على عدم قصد الفضوليه في التصرف، بل فسخه مترتب على قصده، فقصده مع قصد التصرف فضولاً من المتضادين، ونفى أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر، فيكون أصاله عدم قصد الفضوليه معارضه بأصاله عدم إرادته الفسخ وعدم الفسخ.

أقول: لا ينبغي التأمل في أمرين:

الأول: حيث إنّ الفسخ والإجاره من قبيل الإنشاءات، فيحتاج كل منهما زائداً على قصدهما إلى إبرازهما ببرز، وإذا كان الفعل كالقول في ظهوره ولو بقرينه المقام في إرادته الفسخ أو الإجاره كفي في تحقّقهما.

الثاني: أنّه إذا صدر الفعل الظاهر ولو بحسب المقام في إرادته الفسخ أو الإمضاء

ص: ٢٥٢

وكيف كان، فلا إشكال في إناطه الفسخ عندهم كالإجازة بدلاله التصرف عليه. ويؤيده استشكالهم في بعض أفراده من حيث دلالته بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه، ومن حيث إمكان صدوره عمّن يتردد في الفسخ، كما ذكره في الإيضاح وجامع المقاصد في وجه إشكال القواعد في كون العرض على البيع والإذن فيه فسحاً. ومما ذكرنا يعلم: أنه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحةً في التصرف في ملك الغير أو اعتماداً على شهادته الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

الشرح:

عن ذى الخيار يعتبر هذا الظهور، ويستكشف به إرادة الفاعل، كما يؤخذ بظهور القول، وحيث إن التصرف المعاملى من شخص ظاهر في كونه بالأصل لا عن الغير وكاله أو فضولاً يكون تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بإجارته العين التى باعها من آخر بخيار أو هبتها وبيعها من آخر ثانياً ظاهراً في كونه بالأصل، ويكشف عن إرادته الفسخ، وهذا الظهور لا يدخل في الأصل العملى ليستشكل في اعتباره بالاضافه إلى إرادته الفسخ كما لا يخفى.

وأما إذا لم يكن للفعل ظهور في إرادته الفسخ أو الإمضاء، وإنما يحرم ذلك الفعل لغير المالك تكليفاً كركوب الدابة التى باعها، فإن دلّ نصّ أو تم إجماع على أنّ الفعل المزبور إجازة أو فسخ حتى فيما إذا لم يكن الفاعل مريداً لهما فيؤخذ به، كما قام الدليل على ذلك في الحدث من المشتري أو تقبيل الجارية المشتراه أو لمسها أو النظر إلى مواضع التحريم لغير مالكةا، وكما فى المطلقه الرجعيه حيث دل النص على أنّ مثل تقبيل المطلقه رجوع فى الطلاق.

وإن لم يقم على ذلك نص ولم يتم إجماع فيقع الكلام في الفعل المزبور في جهتين:

ص: ٢٥٣

هل يحصل الفسخ بنفس التصرف؟

مسأله: وهل الفسخ يحصل بنفس التصرف [١] أو يحصل قبله متصلاً به؟ وبعبارة أخرى: التصرف سبب أو كاشف؟ فيه وجهان، بل قولان: من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحاً أو إجازةً وأنه فسح فعلى في مقابل القولى، الشرح:

الأولى: هل يكون ذلك الفعل مع إرادته الفاعل الفسخ أو الإمضاء فسحاً، أو إجازة مع عدم ظهور الفعل في إرادتهما كما هو الفرض.

الثانية: على تقدير تحقق الفسخ أو الإجازة به هل يكون صدوره عن ذى الخيار يعتبر في الفسخ والإجازة، وفي كشف إرادته الفسخ والإجازة.

أمياً الأولى: فلا- يبعد الالتزام بتحقيق الانشاء بالفعل المزبور في الايقاعات التى لا يعتبر فيها إلا الاتيان بالمبرز ولو بالاضافه إلى نفس الموقع كإبراء والإسقاط، بخلاف ما يعتبر فيه الإبراز للغير كما فى العقود حيث يعتبر فيها الإبراز بالاضافه إلى القابل ايضاً.

وأما الثانية: فلا يعتبر لعدم الظهور فى الفعل كما هو الفرض، إلا مع قيام دليل فى مورد كما ذكرنا، فإن أصاله الصحه بمعنى عدم صدور القبيح عن الفاعل لا تثبت شيئاً. وأصاله الصحه بمعنى وقوع الفعل التام فجرانها فى مورد يتوقف على احراز أن الفاعل قد قصد تحقيق الفعل، وشك فى الاتيان به تاماً أو ناقصاً بعد احراز اصل الإتيان به، كما لو شك فى أن المصلى على الميت اتى بالصلاه تاماً أو فاسداً.

وأما إذا شك فى اصل تحقق الصلاه من الغير فالأصل عدمها.

وعلى ذلك فلو شك فى ان بائع الدابه بخيار هل فسحه بر كوبها فالأصل عدم إرادته الفسخ كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام فى أن عند تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بتصرف موقوف على الملك هل يحصل الفسخ وعود الملك إلى المتصرف بنفس ذلك التصرف سواء

وظهور اتفاقهم على أنّ الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. ومما عرفت من التذكرة وغيرها: من تعليل تحقّق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح، ومن المعلوم: أنّه لا يُصان عنه إلاّ إذا وقع الفسخ قبله، وإلاّ لوقع الجزء الأوّل منه محرّماً. ويمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف الشرح:

كان اعتباريا كهبه ما باعه بخيار او تصرفا خارجيا كوطئ الأمه التي باعها بخيار أو يحصل الانفساخ سابقا على التصرف بحيث يكون زمان عود الملك إلى التصرف متصلاً بزمان تصرفه؟

وبتعبير آخر: هل يكون التصرف موجبا للفسخ أو يكون كاشفا عن سبق الانفساخ؟

وذكر قدس سره في وجه كون التصرف موجبا للفسخ أمرين:

الأوّل: أنّ الفسخ الفعلي قسيم للفسخ القولي، وكما أنّ الانفساخ يحصل بالفسخ القولي فلا بد من أن يكون التصرف الفعلي فسحا يحصل به الانفساخ.

الثاني: اتفاق كلماتهم على أنّ الفسخ كالأجزاء من قسم الإنشاء، ولا يحصل الإنشاء بالنية فقط، بل يعتبر فيه القول أو الفعل.

وذكر أيضا في كون التصرف كاشفا عن الانفساخ وسبق عود الملك إلى المتصرف أمرين:

الأوّل: ما تقدّم عن التذكرة (١) وغيره في وجه كون التصرف فسحا هو حمل فعل المسلم على الصحة، وإنّما يفيد الحمل على الصحة في كون الفعل حلالاً ان يكشف عن سبق الملك على التصرف، وإلاّ كان الفعل في أوّل وقوعه حراما.

ص: ٢٥٥

فسخاً على كونه دالاً عليه وإن لم يتحقق به، وهذا المقدار يكفي في جعله مقابلاً للقول. ويؤيده ما دلّ من الأخبار المتقدّمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار، وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرّف كما اعترف به في الدروس وصرّح به في التذكرة، حيث ذكر: أنّ قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرّف رضاً بالعقد. فمقتضى المقابلة هو كون كراهه العقد باطناً وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرّف. ويؤيده أنّهم ذكروا: أنّه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطء المشتري، معللاً: بأنّ السكوت لا يدل على الرضا، فإنّ هذا الكلام ظاهر في أنّ العبرة بالرضا. وصرّح في المبسوط: بأنّه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره، فاقصر في الإجازة على مجرد الرضا. الشرح:

الثانى: أنّه يستفاد من الروايات (١) خيار الحيوان أنّ رضا المشتري بشراء الحيوان بقاءً يوجب سقوط خياره، فمقتضى المقابلة بين الفسخ والإجازة أن يحصل الفسخ أيضاً بكراهه ذى الخيار فيما إذا كشف الفعل الرضا أو الكراهه.

ويؤيد كون الرضا موجبا لسقوط الخيار ما ذكروا (٢): من أنّه لا تحصل الإجازة فيما إذا اطلع بائع الأمه بخيار على وطئ المشتري وسكت، معلّين ذلك بأنّ السكوت لا يكشف عن الرضا، فإنّ مقتضى التعليل أن يكون مسقط الخيار هو الرضا، وصرّح الشيخ (٣) قدس سره: بأنّه لو علم رضا البائع بوطئ المشتري سقط خياره.

والحاصل: أنّه يستفاد من كلماتهم أن الموجب لسقوط الخيار وانفساخ العقد

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ١٤ ، الباب ٤ من أبواب الخيار .

٢- (٢) كما فى المبسوط ٢ : ٨٣ ، والغنيه : ٢٢١ ، والقواعد ٢ : ٦٩ ، والتذكرة ١ : ٥٣٥ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠١ .

٣- (٣) المبسوط ٢ : ٨٣ .

وأما ما اتفقوا عليه: من عدم حصول الفسخ بالتية، فمرادهم بها تية الانفساخ، أعنى الكراهه الباطية لبقاء العقد والبناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن له. وأما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيره فيما يكفى فيه الفعل، إذ كل ما يكفى فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل، لعدم دلالة عليه. نعم، يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً، لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة: [١] بأن اللازم بناءً على القول بتضمّن الوطء للفسخ عود الملك إلى الوطء مع الوطء أو قبيله، فيكون حلالاً. هذا، وكيف كان، فالمسألة

الشرح:

رضا ذى الخيار بالعقد أو كراهته، ولكن مع تقارنهما بما يدل عليهما.

وما تقدم من الاتفاق على عدم حصول الإجازة والفسخ بالرضا والكراهه فمقتضاه عدم حصولهما بمجرد الرضا أو الكراهه، وأما عدم حصولهما إذا تقارنا بالفعل الكاشف فلا- قائل بخلافه، بل لا يكون فى الفعل إنشاءً، فأنه ليس شأن الفعل غير الكشف والظهور.

ولكن أورد على هذا الوجه بأن لا يزمه أن لا- يحصل الفسخ بالقول أيضا بنحو الإنشاء، فإن القول أيضا كالفعل مسبوق الرضا بالعقد أو كراهته، فيحصل الإجازة أو الفسخ بهما لا بالقول.

[١] وحاصله (١): أن الالتزام بأن وطئ الأمه المبيعه بخيار تتضمّن الفسخ إما بالالتزام بحصول الفسخ مع الوطئ، أو قبله فيكون الوطئ على الثانى حلالاً.

ص: ٢٥٧

١- (١) حاصل كلام العلامة فى التذكرة ١: ٥٣٤.

ذات قولين: ففي التحرير قوى حرمة الوطء الذى يحصل به الفسخ، وأنَّ الفسخ يحصل بأوّل جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله. وهو لازم كل من قال بعدم صحه عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع، كما فى الشرائع وعن المبسوط والمهذب والجامع، والحكم فى باب الهبه والخيار واحد. وتوقّف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحه رهن ذى الخيار. وجزم الشهيد والمحقق الثانين بالحل، نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن. ثم إنّه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها، فيصح بيعه وسائر العقود الواقعة منه على العين، لمصادفتها للملك. ولو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغى عدم صحه التصرفات المذكوره كالبيع والعتق

الشرح:

ثم إنّ ظاهر التحرير(١): حصول الفسخ بنفس الفعل، وعليه فلا يكون فسخ قبل الوطء، فيكون الفعل فى أوّله حراما، وهذا ظاهر كل من(٢) حكم ببطلان عقد الواهب فيما إذا رجع عن هبته بذلك العقد، فإنّ العقد المزبور فى أوّله لا يقع فى ملك، ولا فرق فى هذا الحكم بين الرجوع فى الهبه والفسخ بالخيار، فلا يكون تصرّف ذى الخيار صحيحا مع فسخه البيع السابق بذلك التصرّف. ولكن الشهيد فى الدروس(٣) مع توقّفه عن الحكم فى الرجوع والخيار حكم بصحه رهن ذى الخيار.

وعلى كلّ حال يترتب على القولين الحكم بصحه التصرفات لحصول الانفساخ بالقصد المقارن للتصرّف، والحكم ببطلانها لحصول الانفساخ بالتصرّف ولو بأوّل جزء منه.

ص: ٢٥٨

١- (١) التحرير ١ : ١٦٨ .

٢- (٢) الشرائع ٢ : ١٣١ ، والمبسوط ٣ : ٣٠٤ ، والمهذب ٢ : ٩٥ ، والجامع : ٣٦٧ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٣٩١ .

من حيث عدم مصادفتها لمملك العاقد التي هي شرط لصحتها. وقد يقرر المانع بما في التذكرة عن بعض العامه: من أن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، كما أن التكبيره الثانيه فى الصلاه بتيه الشروع فى الصلاه يخرج بها عن الصلاه، ولا يشرع بها فى الصلاه. وبأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع. وأجاب فى التذكرة عن الأول بمنع عدم صحه حصول الفسخ والعقد بشيء واحد بالنسبه إلى شيئين. وأجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى، وأن الدور معي. وقال فى الإيضاح: إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد. وزاد فى باب الهبه قوله: فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد، انتهى. وقد يستدل للصحه: بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كان كمن باع مال غيره ثم ملكه.

الشرح:

وقد يذكر للمنع عن صحه ذلك التصرف كما عن بعض العامه (١)(٢) نقله صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠١ ص ١٦. (٢) بأن الشيء الواحد لا- يحصل به شيان، نظير التكبيره ثانيه بقصد الإحرام حيث يخرج بها عن الصلاه، فلا يمكن الدخول بها فى الصلاه.

وأيضاً أن صحه التصرف مع حصول الفسخ به دورى، حيث إن بيع المتاع من آخر ثانيا يتوقف على كون بائعه مالكا، فيكون البيع الثانى موقوفا على ملك المتاع الموقوف على الفسخ، والمفروض أن الفسخ أيضا موقوف على البيع المزبور.

وأجاب فى التذكرة عن الأول بأنه لا يمتنع حصول شيئين بشيء واحد (٢).

وأجاب الشهيد رحمه الله عن الثانى: بأن الدور معي (٣)، ولعله لحصول الفسخ والبيع بانشاء العاقد، فيكون اتصاف التصرف بكونه فسحا وبكونه بيعا فى زمان واحد

ص: ٢٥٩

١- (١) و

٢- نقله العلامة مع جوابه عن الأول فى التذكرة ١ : ٥٣٨ وانظر ١ : ٤٩٠ .

أقول: إن قلنا: بأنّ المستفاد من أدلّه توقف البيع [١] والعتق على الملك نحو قوله: «لا- بيع إلا في ملك»، و «لا عتق إلا في ملك» هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأنّ صحه العقد حينئذٍ تتوقف على تقدّم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحاً كان سبباً لتملك العاقد مقدّماً عليه، لأنّ المسبب إنّما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلمّا فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سبباً للتملك، كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، وإلا- لزم تقدم وجود المسبب على السبب. والجزء الذى لا- يتجزأ غير موجود، فلا يكون سبباً، مع أنّ غايه الأمر حينئذٍ المقارنه بينه وبين التملك.

الشرح:

وبانشاء العاقد.

وأجاب فى الإيضاح (١) عن الدور: بأنّ الفسخ يحصل بأول جزء من التصرف، وقال فى باب الهبه بعد هذا، فىبقى المحل قابلاً لمجموع العقد أى يقع العقد مع تمامه فى الملك.

وأجيب عن الدور أيضاً: بأنّ بيع مال الغير مع تملك البائع ذلك المال عند تمام البيع كاف فى صحته.

[١] وحاصله: أنّه على تقدير حصول الفسخ بالفعل سواء كان خارجياً أو اعتبارياً فان كان الشرط فى صحه التصرف العقدى أو الإيقاعى وقوعهما بتمامها فى ملك المتصرف فاللازم الحكم بحصول الفسخ بذلك التصرف مع الحكم ببطلان نفس التصرف، لأنّ المعتبر فى وقوعه صحيحاً وقوعه بتمام أجزائه فى ملك الفاعل

ص: ٢٤٠

١- (١) راجع الإيضاح ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

لكنك عرفت أنّ الشرط بمقتضى الأدلّه سبق التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه. وأمّا دخول المسأله في «من باع شيئاً ثم ملكه» فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا في مسأله الفضولي: من توقّف لزوم العقد المذكور على الإجازة. إلا أن يقال: إنّ المتوقّف على الإجازة عقد الفضولي ويبيعه للمالك، وأمّا بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد. لكن هذا على تقدير القول به والإغماض عمّا تقدّم في عقد الفضولي لا يجرى في مثل العتق.

وإن قلنا: إنّ الاستفادة من تلك الأدلّه هو عدم وقوع البيع في ملك الغير الشرح:

والمفروض عدم حصول هذا الشرط، لأنّ بعض العقد ممّا يتحقّق به الفسخ يكون سابقاً على عود الملك لا محاله، فكل جزء من العقد يفرض أنّه الجزء الأخير من الفسخ فلا يكون عود الملك إلى المتصرّف قبل ذلك، وإلا لزم تقدّم المسبب على سببه.

لا يقال: نفرض عود الملك مع جزء لا يقبل ذلك الجزء التجزى، بحيث لا يكون قبله جزء ليقال إنّ يحصل في غير الملك.

فإنّه يقال: الجزء الذي لا يتجزأ غير موجود، فكلّ جزء يفرض من العقد يكون قبله جزء أيضاً وقع في غير الملك، بل لو فرض انتهاء العقد بجزء لا يتجزأ، فغايه الأمر عود الملك مع الجزء زماناً وأن يتقدم الجزء على عوده رتبه.

ولكن هذا المقدار لا يكفي في صحه العقد أو الإيقاع، فإنّ المعتبر في صحتها سبق ملك المتصرّف على تصرّفه عقداً كان أو إيقاعاً.

وأما إدخال التصرف في المقام في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» فغير صحيح، لأنّ تلك المسأله «ما إذا باع المال من الغير ثم ملك»، فيحتاج الحكم بالصحه إلى إجازة

ليؤثر في نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتمامه في ملك نفسه لئقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه. وهذا لا يخلو عن قوه، إذ لا دلالة في أدله اعتبار الملكيه في المبيع إلا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، والحصر في قوله: «لا بيع إلا في ملك» إضافي بالنسبه إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصلية، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع. هذا، مع أنه الشرح:

المتصرف ثانياً، بل على تقدير عدم الحاجه إليها إذا باع عن نفسه كالغاصب فلازم ذلك الحكم ببطان التصرف فيما كان إيقاعاً كالعقود لعدم جريان الفضولي في الإيقاعات.

نعم بناءً على أن المعتبر في صحه التصرف وقوعه قبل تمامه في الملك بحيث لا ينافى وقوع بعض العقد أو الإيقاع في ملك الغير، فيحكم بحصول الفسخ وصحة التصرف، فإنّ الممنوع وقوع التصرف إلى تمامه في ملك الغير، فانه الظاهر في مثل قوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، بل لا يبعد أن يقال: إنّ المراد بالبيع كما هو ظاهره معناه الاسم المصدرى، وأنّ البيع بهذا المعنى لا يقع في ملك الغير، فالنهي المزبور لا يعمّ ما يصير فيه المال قبل تمام البيع مالكا لبائعه.

وكذلك الأمر في العتق وغيره مما تعلق النهى عنه به قبل الملك.

ويبقى الكلام في التصرف الذي من قبيل الفعل الخارجي كوطء الأمة المبيعه بخيار، فان الفعل في أوله يقع محرماً.

لا يقال: إذا أقام الدليل على جواز كل فسخ كما هو ظاهر مثل قوله عليه السلام «البيعان

ص: ٢٤٢

١- (١) سنن البيهقي ١: ٢٤٧ و ٢: ٣١٧ و ٣: ٣٣٩، والمعجم الصغير للطبراني ٢: ٤.

يقرب أن يقال: إنَّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد، لأنَّ العرف لا يفهمون من لفظ «البيع» إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم: «بعت»، وحينئذٍ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل والتملك يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك. وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القويَّة، عقداً كان أو إيقاعاً. ولعلَّ هذا معنى ما في الإيضاح: من أنَّ الفسخ يحصل الشرح:

بالخيار ما لم يفترقا»(١)، و«المسلمون عند شروطهم»(٢) فيعم جواز الفسخ فعل الذي لا يجوز لغير المالك. والنتيجة عدم البأس بوطء البائع الأمه التي باعها بشرط الخيار فيما كان الوطاء بقصد الفسخ.

فانه يقال: مقتضى جواز كل فسخ كون جوازه وضعياً يعنى يحصل به الفسخ، فلا تنافى حرمة الفعل الفسخى تكليفاً بمقتضى مثل قوله سبحانه «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»(٣).

ولو فرض قيام دليل على جواز الفسخ تكليفاً نظير الرجوع فى المطلقه الرجعيه بوطيها فلا بد من الالتزام بعود الملك كالزوجه إلى الواطى ليقع الفعل فى ملكه، نظير الجمع بين ما دل على حليه البيع وما دل على أنَّ الشخص لا يملك أحد عموديه بالالتزام بحصول الملك بالبيع آنأ ما بحيث ترتب عليه انعقاد الولد أو الوالد.

وكيف كان: فالأظهر فى المقام ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان(٤) من حصول الفسخ بالقصد المقارن للفعل، وعليه فلا إشكال فى الفسخ بالفعل، وجوازه تكليفاً

ص: ٢٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٣- (٣) سوره المؤمنون: الآيه ٦ .

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤ : ٣١٠ ، والمسالك ٣ : ٢١٦ .

بأول جزء، وبتمامه يحصل العتق. نعم، التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطء والأكل ونحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» اعتبار وقوع الوطء فيما أتصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حلالاً. وتوهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً، فاسد، فإنّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعني الصحة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، الشرح:

ووضعا من غير فرق بين الاعتباري والخارجي.

ويظهر ذلك من الشيخ قدس سره في مبسوطه حيث ذكر في بيع الصرف أنّ المتصارفين يجوز لهما تباع النقدين ثانيا في مجلس العقد، وقال: إنّ شروعهما في البيع الثاني قطع لخيار المجلس (١).

ووجه الظهور أنّ حصول الملك عنده مشروط بانتهاء الخيار، فلا بد من الترامه بسقوط الخيار في البيع الأول وصيروره المبيع ملكا للمشتري عند الشروع في البيع الثاني ليحوز للمشتري له من يبعه ثانيا من بائعه.

نعم في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع في الهبة معللاً بعدم وقوعه في ملك البائع (٢) انتهى.

أقول: يرد عليه أنّ اقتران إرادته الفسخ بالفعل، لا يكون إلا بالفعل فتحقق الاقتران وعود الملك إلى المتصرف عنده يوجب أن لا يكون الفعل عند شروعه مصادفاً لملك الفاعل.

ودعوى: أنّ زمان الاقتران بعينه زمان عود الملك وإنما يتقدّم الإرادة المقترنه

ص: ٢٦٤

١- (١) المبسوط ٢: ٩٦.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٠٤.

كما لا يخفى. مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحه ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف، جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك.

الشرح:

بالفعل على عود الملك في الرتبة لا في الزمان لا يمكن المساعدة عليها، فإنه يجري مثلها على القول بحصول الفسخ بأول جزء من الفعل، فإن حصول الجزء من الفعل أى جزء فرض منه يتقدم على عود الملك بالرتبة لا في الزمان.

وما ذكر قدس سره من اعتبار سبق الملك على التصرف بالزمان قضاءً لحق الظرفيه ففیه ما لا يخفى، فانه لا يستفاد من أدله اعتبار الملك في البيع أو العتق أو الوطء إلا تحقق الملك عند كل من هذه الأفعال، لا تقدمه عليها زماناً.

ولكن يلزم على القول بتحقيق الفسخ بالجزء الاول من الفعل أو بالقصد المقارن أن يلتزم بحصول الفسخ بمجرد تحقق الجزء الاول. ولو ندم المتصرف عن فسخه وترك سائر أجزاء الفعل، فإنه من قبيل الندم عن الشيء بعد حصوله، فيبقى في البين الالتزام بأن ملك المتصرف معتبر في البيع مثلاً بمعناه المصدرى، أو أنه يكفي حصوله ولو عند تمام العقد.

أما الاول: فقد تقدم في بحث البيع أنه لا اختلاف بين المعنى المصدرى والمعنى الاسم المصدرى إلا بالاعتبار، لا أن البيع بمعناه المصدرى فعل والاسم المصدرى أثر يترتب عليه، نظير ترتب الاعتاق على العتق، مع أن قوله عليه السلام «لا عتق في ملك» غير كونه لا اعتاق إلا في ملك.

وأما الثانى: ففيه: أنه خلاف ظاهر الظرفيه في مثل قوله «لا عتق إلا في ملك»^(١)، حيث إن ظاهرها وقوع التصرف من أوله في الملك، كما في قوله لا علم إلا في الجوع

ص: ٢٦٥

١- (١) راجع الوسائل ٢٣ : ١٦١٥ ، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الحديث ٢ و ٦ .

وبالجملة، فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوّه، وبه يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً ووضعاً. وهذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جوّز للمتصرفين تباع النقيدين ثانياً في مجلس الصرف، الشرح:

ولا عيش إلا في الحضر ولا صلاح إلا في السائر وغير ذلك.

فيبقى الكلام في أن مع الفسخ بالفعل يقترن التصرف من أوله بالملك أم لا؟

ودعوى: أن المراد بالملك هي السلطنة والتمكن لا ملك الرقبه، والمعتبر في جواز الوطء سلطنة الواطئ، ولذا يجوز مع التحليل والتزويج. يدفعها: أن ما ذكر خلاف الظاهر في أدله اعتبار الملك في العتق ونحوه، بل الوطء بملك اليمين ظاهره حصول السلطنة بملك الرقبه زمان التصرف والوطء.

وعلى ذلك فنقول: أمّا الفسخ بالتصرفات الاعتبارية فلا إشكال في كونها فسحاً، ومحكومته بالصحة مع تمام سائر شرائطها.

والوجه في ذلك: أن الفسخ كالأجاره وأن يكون من الأمور الإنشائية في اعتبار العقلاء، ولذا يحصل سقوط الخيار بالإسقاط ولو لم يكن إسقاطه بطيب النفس، بل استحياءً أو خجلاً.

وبتعبير آخر: إسقاط الخيار من قبيل إبراز الرضا المعاملي ببقاء العقد وعدم حله، إلا أن الإنشاء والمنشأ ليس من قبيل الأسباب والمسببات بأن يكون المنشأ أثراً والإنشاء مؤثراً ليقال: إن الأثر وإن يقارن المؤثر زماناً وانما يتقدم المؤثر على الأثر بالرتبه، ولكن هذا بالبرهان العقلي وأهل العرف يرون للأثر تأخراً زمانياً في الجملة.

والعبره في الأحكام الشرعية بنظر العرف لا بالتدقيق العقلي الناشئ من البرهان، بل المنشأ أمر يعتبره صاحب الإنشاء قبل إنشائه، والإنشاء عباره عن إبرازه بقصد أن يتم العنوان الإنشائي.

وقال: إنّ شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس. مع أنّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقّق هنا بالبيع المتوقّف على الملك. لكنه في باب الهبة لم يصحّح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك.

الشرح:

فالمعتبر إبرازه بقصد تحقّق ذلك العنوان عين وجود ذلك العنوان الذي يرد عليه الإمضاء والحكم من العقلاء والشرع.

وعلى ذلك فكما أنّ الإجازة في بيع الفضولي اعتباره بنحو الكشف الحكمي، حيث إنّ العاقد الفضولي يعتبر ملكيه المبيع المشتري من حين العقد، فالمالك المجيز يجيز هذه الملكيه ولو بعد مدّة والشارع يمضي الإجازة المزبوره، فيحكم حين الإجازة بأنّ المبيع ملك للمشتري من حين ذلك العقد، كذلك فيما نحن فيه، فإنّ المتصرّف يعتبر انحلال العقد قبل اعتباره ملكيه المبيع لثالث.

وإذا أبرز المعتبرين بمرز واحد يتحقّق الفسخ من حين تحقّق المبرز ب«الكسر»، ولكن معنى تحقّقه انحلال العقد قبل اعتبار ملكيه المال لثالث، لأنّه المعتبر في نفس المتصرّف، فيثبت بإمضاء الفسخ موضوع إمضاء التصرف حيث يحكم بوقوعه في الملك.

والعمده شمول دليل الإمضاء لذلك الفسخ حيث يستفاد ذلك قبل الإجماع من إطلاق دليل الخيارات الشرعيه والمشروطه أي «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

والحاصل: أنّ هذا يدخل في الكشف الحكمي، ويفيد في صحه التصرفات الاعتباريه، لا- في حليه الفعل الخارجي، حيث لا يستفاد من دليل إمضاء كل فسخ حليه ذلك الفسخ تكليفا كما هو ظاهر، بل حليه الفعل الخارجي مبنيه على انصراف أدلّه

ص: ٢٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

الشرح:

التحريم عن ذلك الفعل، أو قيام دليل على جهة أخرى تحل بها الفعل كالوطء في عدّه المطلقة الرجعيه، حيث إنّ ظاهر الأدلّه عدم زوال الزوجيه إلّا بإنقضاء العدّه في مورد الطلاق الرجعي.

والحاصل: أنّ الكشف الحكمي بالاضافه إلى الأحكام التكليفية غير معقول كما أوضحنا في بيع الفضولي.

ودعوى: أنّ الفعل الخارجي كالتصرّف الاعتباري بنفسه مصداق للفسخ، فيجوز بجواز الفسخ تكليفاً ووضعاً لا يمكن المساعده عليها.

فإنّه إن أريد أنّ الفعل الخارجي بلا قصد إلغاء العقد مصداق للفسخ. فيدفعه: أنّ الفسخ كالإمضاء من الأمور الإنشائية، والقصد فيها مقوم. ولا يقاس بالوطء في عدّه المطلقة الرجعيه، فإن جواز الوطء وغيره من الاستمتاعات تكليفاً لكون المطلقة الرجعيه زوجه تنقضى تلك الزوجيه بإنقضاء العدّه وتام الطلاق. وأمّا كونه كسائر الاستمتاعات رجوعاً وإن لم يقصد بها الرجوع فلما أشرنا إلى ذلك سابقاً من استفاده ذلك من النص.

وإن أريد أنّ الفعل الخارجي مع قصد إلغاء العقد في نفسه فسخ، لا أنّ الفسخ مسبّب منه فهو صحيح كما ذكرنا، إلّا أنّ كونه فسخاً مقتضاه جوازه وضعاً لا تكليفاً فانه لا يستفاد من أدلّه الخيار وأدلّه جواز الشرط، إلّا نفوذ الفسخ لا جواز كل فسخ تكليفاً.

ولو بنى على دلالتهما على جواز كل فسخ تكليفاً يكون مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على وجوب حفظ الفرج إلّا عن الزوجه أو ملك اليمين عدم جواز الفسخ تكليفاً فيما إذا كان بمثل الوطء في غير ملك اليمين في ابتدائه خصوصاً إذا كان الفسخ بخيار الشرط، حيث إن الشرط لا يكون مشرّعاً لما لا يجوز تكليفاً أو وضعاً، اللهم إلّا

فرع: لو اشترى عبداً بجاريه [١] مع الخيار فقال: اعتقهما، فربما يقال بانعتاق الجاربه دون العبد، لأنّ الفسخ مقدّم على الإجازة.

وفيه: أنّه لا دليل على التقديم فى مثل المقام ممّا وقع الإجازة والفسخ من طرف واحد دفعه، سواء اتّحد المجيز والفاسخ كما فى المقام، أو تعدّد كما لو وقع من وكيل ذى الخيار دفعه واحده، إنّما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأنّ لزوم العقد من أحد الطرفين

الشرح:

أن يقال بانصراف دليل التحريم عن مثل هذا الفرض.

فتخلّص عما ذكرنا: أنّ التصرف الخارجى أو الاعتبارى يكون فسخاً وبيعاً ثانياً أو هبه أو رهناً ونحو ذلك، ويحكم بحصول الفسخ والتصرف ولو كان من شرط التصرف ملك المال من حين وقوع التصرف.

ودعوى: أنّ الشئ لا يحصل بشىء واحد نظير التكبيره الثانيه حيث لا تكون خروجاً عن الصلاه ودخولاً فى الأخرى قد عرفت جوابها من كلام العلامة (١) رحمه الله: من أنّه لا مانع عن حصول شىء بشىء منضمّاً إلى قصده أو بدونه وان يكون ذلك الشىء منضمّاً إلى قصد آخر شيئاً آخر.

وعدم كون التكبيره الثانيه دخولاً فى الصلاه وإن قصدها المصلّى لعدم جوازها تكليفاً لكونها قطعاً للصلاه التى شرع فيها، والمحرم لا يصلح لكونها عباده، لأنّ القطع عين الإتيان بالقاطع والمبطل خارجاً، كما أنّ الإفطار عين الإتيان بالمفطر، لا أنّ الإتيان بالقاطع أمر والقطع أمر آخر، والمحرم هو الثانى دون الأول.

[١] وليعلم أنّ الحكم لا يختص بشراء العبد بالجاريه وعتقهما، بل يجرى فيما إذا وقعت المعاضه بين المالىن بخيار وتصرف المشتري فى كلا المالىن بتصرفين متنافيين

ص: ٢٦٩

بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما ففسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد. ونحوه في الضعف القول بعق العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد، والأصل فيه الاستمرار.

الشرح:

في زمان واحد بالمباشره أو بالتوكيل، كما إذا اشترى كتابا بفراش ووهبهما من ثالث.

وكيف كان، ففي الفرع صور:

الأولى: ما إذا كان الخيار للمشتري خاصه، ويقال فيها بانعتاق الجاربه دون العبد لأن عتق الجاربه فسخ للشراء وعتق العبد اجازته له، وكلما دار الامر في المعامله بين فسخها وامضائها يقدّم فسخها.

وفيه: أن تقديم الفسخ على الاجازته يختصّ بما إذا كان الخيار المستقل لمتعدّد، حيث إنّ اجازته المجيز معناها اسقاط خياره فيكفي في انفساخ المعامله فسخ الآخر.

وأما إذا كان الفسخ والإمضاء بالخيار للواحد سواء كان المباشر بهما نفس ذى الخيار أو وكيله فان وقعا في زمان واحد فلا موجب لتقديم الفسخ على الإجازته، بل الموجب لتقديم أحدهما سبقه على الآخر زمانا.

وقد يقال: بتقديم عتق العبد، فإنّ العبد ملك للمعتق ب«الكسر» في زمان عتقه فيعتق بخلاف الجاربه، فإنّ صيرورتها ملكا للمعتق ب«الكسر» موقوف على انفساخ المعامله بعتهها، والمفروض عدم حصوله لعدم كون عتقها إنشاء الفسخ مع اقترانه بعته العبد، ولا أقل من الشكّ فيكون مقتضى الأصل بقاء العقد واستمراره.

أقول: لا ينبغي الريب في الفرض في بطلان كلا العتقين لعدم المعين في البين، نظير تزويج الأم والبنت دفعه واحده بلا فرق بين صدور نكاحهما عن شخص واحد أو صدورهما عنه وعن وكيله في زمان واحد.

وعلى الجملة، فيما إن أعتق كل من العبد والجاربه أمر جائز للمشتري، ولكن

وفيه: أنّ عتق العبد موقوف على عدم عتق الجاربه كالعكس. نعم، الأصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق أصلاً. وهو الأقوى، كما اختاره جماعة، منهم: العلامه فى التذكرة والقواعد والمحقق الثاني فى جامع المقاصد، لأنّ عتقهما معاً لا ينفذ، لأنّ العتق لا يكون فضوليّاً، والمعنى لا يكون مالكاً لهما بالفعل، لأنّ ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. ولو كان الخيار فى الفرض المذكور لباع العبد بئى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدّه الخيار، وعتق الجاربه على جواز عتق الفضولى. والثانى غير صحيح اتّفاقاً، وسيأتى الكلام فى الأوّل وإن كان الخيار لهما.

الشرح:

لا يمكن الجمع بينهما يكون كتزويج الأم والبنت دفعه واحده.

نعم الظاهر الحكم بالصحّه بالإضافه إلى العبد فيما إذا لم يقصد فى عتقهما انحلال الشراء السابق، كما إذا نسي شراء العبد بالجاريه وتخيّل أنّهما ملكه فعلاً فأعتقهما ولكن هذا الفرض خارج عن مفروض كلامهم، وفى مفروض كلامهم يحكم ببطلان العتقين وبقاء الخيار لعدم ثبوت المسقط.

لا يقال: مع قصده انحلال الشراء بعتق الجاربه يحكم بانحلال الشراء مع فساد العتقين، لأنّ عدم إمضاء عتق الجاربه والعبد لعدم إمكان كونها معاً ملكه فى زمان واحد، وصحّه العتقين تتوقّف على كونهما معاً فى ملكه فى زمان واحد، وترجيح أحدهما بلا معيّن.

فأنّه يقال: إنشاء عتق العبد يمنع عن كون إنشاء عتق الجاربه إبرازاً للانحلال، فإنّ عتق العبد إحداث حدث فى المشتري بانفساخ زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط فيكون إجازة للشراء، وإذا لم يحرز الفسخ يحكم ببقاء الشراء بل ببقاء الخيار.

الصورة الثانية: ما إذا كان عتق العبد والجاريه مع الخيار للبائع فقط، ففي الفرض

ص: ٢٧١

ففى القواعد والإيضاح وجامع المقاصد: صحّ عتق الجارية ويكون فسخاً، لأنّ عتق العبد من حيث إنّهُ إبطال لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع، ومعها يكون إجازة منه لبيعه، والفسخ مقدّم على الإجازة. والفرق بين هذا وصورة اختصاص المشتري بالخيار: أنّ عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه. نعم، لو قلنا هنا بصحّ عتق المشتري فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصورة.

مسأله: من أحكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار [١] تصرّفًا يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ والمحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع وظاهر جماعه من الأصحاب، منهم: العلامة فى القواعد والمحقّق والشهيد الشرح:

يحكم بانعتاق العبد بناءً على جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه، كما يحكم ببطلان عتق الجارية لوقوعه فى غير ملكه، ولا يفیده إجازة البائع لعدم جريان الفضوليه فى العتق.

الصورة الثالثه: ما إذا كان الخيار لهما، وعلى ذلك فعتق المشتري بالإضافه إلى العبد غير صحيح بناءً على تعلّق حق البائع به، فىكون عتقه تصرّفًا فى حقّ الغير فيبطل، وأما عتق الجارية فىصح فىكون عتقهما فسخاً.

ولو أجاز البائع عتق العبد بعد ذلك فىكون إجازته إسقاطاً لخياره، فىكون من تقديم الفسخ على الاجازة.

نعم لو قلنا بجواز تصرّف المشتري فى العبد بالعتق، فىكون الفرض كالفرض الأوّل فى بطلان العتقين وبقاء العقد والخيار.

[١] يقع الكلام فى المقام فى جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بتصرّف يمنع عن رد العين على من له الخيار على تقدير فسخه.

الثانيان قدس الله أسرارهم في ظاهر كلماتهم، بل في مفتاح الكرامه في مسأله عدم انتقال حق الرجوع في الهبه إلى الورثه : أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقله عند الأ-كث، وعن جماعه في مسأله وجوب الزكاه على المشتري للنصاب بخيار للبائع: أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافيه لخيار البائع، بل ظاهر المحكى عن الجامع كعباره الدروس عدم الخلاف في ذلك، حيث قال في الجامع: وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع. وستجىء عباره الدروس. ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار،

الشرح:

ولو قيل بعدم حصول النقل والانتقال إلا بانقضاء الخيار، كما عن الشيخ (١) وابن سعيد في جامع الشرايع (٢) يكون عدم جواز تصرف كل من المتعاقدين فيما وصل إليه من صاحبه على القاعده سواء كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو لم يمنع عن رد العين كركوب الدابه.

وإنما الكلام في عدم جواز على القول بحصول النقل والانتقال من حين تمام العقد كما عليه المشهور، وقد ينسب عدم الجواز إلى العلامه في القواعد (٣) والمحقق والشهيد الثانيين (٤)، بل في مفتاح الكرامه (٥) في مسأله عدم انتقال حق الرجوع عن الواهب إلى ورثته: أن خيار البائع يمنع المشتري عن تصرفه في المبيع مع كون

ص: ٢٧٣

١- (١) راجع المبسوط ٢: ٢١١ و ٩٦.

٢- (٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٣- (٣) القواعد ٢: ٧٠.

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣١٢ و ٣١٥، و ٩: ١٦٩، والمسالك ١: ٣٦٠.

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٩: ١٩٥.

فلا يُعدّ مثلهما مخالفاً في المسألة. والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع: جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد، وكذا ظاهره في باب الزكاه حيث حكم بوجوب الزكاه في النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار. نعم، استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه: أنّ المصنّف معترف بمنشأ الإشكال. وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن وإن اعترض عليه جامع المقاصد بما مرّ من المسالك. لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف

الشرح:

التصرّف متلفاً أو ناقلاً عند الأكثر.

وعن جماعه(1): عدم وجوب الزكاه على مشتري النصاب فيما كان لبائعه خيار الفسخ وإن انقضى من حين الشراء حولاً كاملاً، لأنّ من شرط الزكاه كون مالك النصاب متمكناً على التصرّف في تمام الحول، والمشتري في الفرض لا يجوز له التصرّف في النصاب المزبور ما دام للبائع خيار الفسخ.

ولكن عن الشرايع(2): أنّه يجوز لمشتري العين رهنها عند آخر زمان الخيار سواء كان الخيار للبائع أو له أو لكليهما.

وكذا ذكر(3) في مسأله شراء النصاب مع الخيار لبائعه: وجوب الزكاه على المشتري بانقضاء حول الشراء. وان استشكل عليه في المسالك(4) في كلّ من المسألتين، بحيث يظهر منه أنّ المحقق أيضاً ملتزم بمنشأ الإشكال، وأنّ التصرّف ينافي

ص: ٢٧٤

١- (١) راجع مفتاح الكرامه ٣: ١٩، ومستند الشيعة ٩: ٣٠، والجواهر ١٥: ٣٩.

٢- (٢) الشرائع ٢: ٧٧.

٣- (٣) الشرائع ١: ١٤١.

٤- (٤) راجع المسالك ١: ٣٦ و ٤: ٢٥.

جواز التصرف. وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس حيث قال في باب الصرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفريق، فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل، ومنعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر خياره. ورُدَّ بأننا نقول: يبقى الخيار، انتهى. وصرح في المختلف في باب الصرف: بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع. وهو ظاهر للمعه بل صريحها في مسأله رهن ما فيه الخيار، وإن شرحها في الروضه بما لا يخلو عن تكلف.

الشرح:

حق استرداد العين للبائع.

وكذا يظهر جواز التصرف عن رهن القواعد(١)، بل عن صريح العلامة في التذكرة(٢) في باب الصرف.

وايضا يظهر الجواز عن الشهيد رحمه الله في الدروس(٣) حيث ذكر في باب الصرف: أنه يجوز لأحد المتصارفين في مجلس العقد بيع ما قبضه من شخص ثالث، ولا يمنع خيار المجلس الثابت لصاحبه عن جواز البيع الثاني، لأنَّ حقَّ الخيار لصاحبه يبقى، ويكون له على تقدير الفسخ استرداد مثل المقبوض.

وأيضا ذكر الشهيد رحمه الله في للمعه(٤): أنه يجوز لمشتري العين رهنها ولو مع الخيار للبائع، وظاهره جواز الرهن وجعلها وثيقه للدين عليه لثالث.

ولكن حمله الشهيد الثاني في الشرح(٥) على ما كان الثمن دينا على المشتري

ص: ٢٧٥

١- (١) القواعد ٢ : ١١٠ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥١٤ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٣٠٢ .

٤- (٤) للمعه الدمشقيّه : ١٣٨ .

٥- (٥) الروضه البهيه ٤ : ٧٠ .

هذا، ويمكن أن يقال: إن قول الشيخ ومن تبعه [١] بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع ومتفرعاً عليه، وإلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار. بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس، قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أن الناقل العقد، الشرح:

وجعل العين المبيعه رهنا على ذلك الثمن.

وهذا الحمل تكلف، فإنه لم يفرض الشهيد قدس سره كون الثمن ديناً عليه.

[١] وحاصله: أن منع الشيخ وابن سعيد عن تصرف من عليه الخيار فيما وصل إليه ليس لأجل عدم حصول الملك إلى انقضاء الخيار، بحيث لو قالوا بحصول الملك من حين العقد لالتزما بجواز التصرف الناقل أو المتلف.

والوجه في ذلك أنه قد علم الشيخ قدس سره عدم جواز بيع أحد المتصارفين ما قبضه من ثالث في مجلس العقد بأن البيع المزبور مانع عن خيار صاحبه، ولو كان عدم الجواز متفرعاً على عدم الملك لكان المتعين أن يعلل عدم الجواز بعدم صيروره ما قبضه ملكاً لبائعه.

ويظهر عدم كون منعها متفرعاً على عدم حصول الملك بالعقد عن الشهيد (١) قدس سره في مسأله حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وإن انقضاء الخيار يعتبر بنحو الكشف أو بنحو النقل. وذلك فإنه ذكر في وجه حصول الملك بالعقد أنه الناقل وثبوت الخيار للاستدراك، والاستدراك لا ينافي حصول الملك بالعقد. وذكر في وجه حصول الملك بانقضاء الخيار أن الغرض من الملك هو التصرف، والتصرف

ص: ٢٧٤

والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه، وأن غاية الملك التصرف الممتنع في مده الخيار، انتهى. وظاهر هذا الكلام كالمتمم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، إلا أن يراد نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ، والتصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محاله. وهذا الاحتمال وإن بعد عن ظاهر عبارته الدروس، إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر: إن في جواز تصرف كل منهما في الخيار وجهين.

الشرح:

ممتنع في زمان الخيار.

وظاهر هذا الكلام أن عدم جواز التصرف زمان الخيار متسالم عليه عند القائلين بحصول الملك بالعقد، والقائلين بحصوله بانقضاء الخيار.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد من التصرف الذي تسالم عليه القائل بحصول الملك بالعقد والقائل بحصوله بانقضاء الخيار على عدم جوازه هو التصرف الذي يكون نافذاً، بحيث لا يكون في معرض الانحلال ولا في معرض الضمان بأن لا يبطل ذلك التصرف بفسخ ذي الخيار، ولا يكون لذي الخيار الرجوع إلى بدل المال الذي أتلفه من عليه الخيار أو نقله إلى ثالث، فلا ينافي التسالم على ذلك الالتزام بجواز تصرف من عليه الخيار بحيث يبطل مع فسخ من له الخيار أو يرجع من له الخيار إلى بدله.

وكون المراد من التصرف الممنوع عند القائلين بالقولين ما ذكر خلاف ظاهر كلام الدروس في بيان مدرك القول بحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، حيث إن ظاهره: أن التصرف ممتنع أي غير جائز، لا أنه غير نافذ على حد الملك اللازم، إلا أنه يقرب احتمال كون المراد التصرف النافذ قوله بعد أسطر من بيان مدرك حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار: إن في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار

ص: ٢٧٧

والحاصل: أنّ كلمات العلامه والشهيد بل وغيرهما قدّس الله أسرارهم في هذا المقام لا تخلو بحسب الظاهر عن اضطراب. ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره [١] من التصرفات، وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب. وكذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف والتصرفات الناقله. واختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع عن الإتلاف وتجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار، وقيل بانفساخه حينئذٍ من حينه. حجّه القول بالمنع: أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما

الشرح:

وجهين (١).

ووجه التقريب: أنّ حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار يجرى في الخيار المشترك والمختص كما يأتي، والاستدلال على الحصول بانقضاء الخيار بامتناع التصرف لابد من كونه المتسالم عليه في الخيار المختص والمشارك، فذكر الوجهين في جواز التصرف في الخيار المشترك يلزمه أن يكون المراد بالجواز غير امتناع التصرف المذكور في مبنى حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار بأن يكون الامتناع بمعنى النفوذ المتسالم عليه، وبمعنى عدم الصحه المختلف فيه.

[١] قد يقال: بأنّ من عليه الخيار يجوز له عتق العبد بمعنى أنّ عتق العبد الذى اشتراه بخيار بائعه صحيح دون سائر التصرفات لبناء العتق على التغليب (٢).

وفيه: أنّ معنى التغليب: تقديم العتق على غيره مع جواز كل منهما.

وقد يقال: بأنّ إتلاف من عليه الخيار العين المنتقله إليه غير جائز، وأمّا التصرفات الاعتباريه الناقله فلا باس بها.

ص: ٢٧٨

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧١ .

٢- (٢) راجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠٢ .

بحل العقد إلى مالهما السابق، فالحق بالأخره متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر. ومنه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البديل لا يوجب جواز الإتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فإتلافها إتلاف لهذا الحق وإن انتقل إلى بده لو تلف بنفسه، كما أن تعلق حق الرهن ببديل العين المرهونه بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق.

الشرح:

ولكن التزم هذا القائل بأنه مع فسخ ذى الخيار تنحل تلك التصرفات الصادره عن عليه الخيار من حين الفسخ (١) أو من أصلها (٢).

ولعل مبنى ذلك أن التصرفات الاعتباريه لانحلالها بفسخ البيع لا تمنع عن استرداد ذى الخيار عين المال، بخلاف الإتلاف فلا يكون تفصيلاً فى التصرفات المانعه عن رد العين كما لا يخفى.

وكيف ما كان فيستدل على عدم جواز التصرف المتلف أو الناقل بأن الخيار وإن تعلق بالعقد حيث إن السلطنه على فسخ العقد إلا أن تعلق العقد بالعوضين مقتضاه تعلق الحق بالأخره بالعين المنتقله عن ذى الخيار بأن يكون له حق استرجاعها إلى ملكه ثانياً فلا يجوز للأخر التصرف فى تلك العين بما يمنع عن الاسترجاع سواء كان باتلافها أو نقلها إلى ثالث.

لا يقال: لو كان الحق متعلقاً بالعين لانهى بتلف العين بنفسها مع أن لذى الخيار الفسخ بعد التلف والرجوع ببدها.

فإنه يقال: لا تلازم بين عدم جواز الاتلاف أو النقل لتعلق الحق بالعين ابتداءً،

ص: ٢٧٩

١- (١) لم نعثر عليه .

٢- (٢) وهو المحقق التستري فى المقابس : ٢٠٠ .

وإلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح: من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حقّ البائع فى العين المعيّنه عن الإبطال. ويؤيد ما ذكرنا: أنّهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقّاً متعلّقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار، لعدم منافاه التصرف لعدم الالتزام بالعقد وإراداه الفسخ بأخذ قيمه. هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإنّ الثابت من خيار الفسخ [١] بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكّن فى حالتى وجود العين وفقداه، فلا دلالة فى مجرّد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً، الشرح:

وبين التعلق ببدلها على تقدير تلفها نظير ما ارتهن العين، فانه لو تلف العين لتعلق حق الرهن ببدلها، مع أنّه لا يجوز فى الفرض للراهن إتلاف العين المرهونه، وإلى ذلك يرجع ما فى الإيضاح (١): من عدم جواز عتق العبد المُشترى بخيار البائع، لانه يجب صيانته حقّ ذى الخيار فى العين المعيّنه.

ويؤيد تعلق حقّ ذى الخيار بالعين ما تسالموا عليه من أنّه لو تصرف من عليه الخيار فى العين المنتقله إليه، وأجازه من له الخيار سقط خياره.

والوجه فى التأييد: أنّه لو لم يتعلّق حقّه بالعين لما كانت إجازته التصرف إسقاطاً للخيار، حيث لا منافاه بين صحه التصرف المزبور وفسخ العقد كما لا يخفى.

[١] الثابت من أدلّه الخيار جواز الفسخ العقد بنحو الحق سواء كانت العين المنتقله عن ذى الخيار تالفه أو باقيه، فإنّ قوله عليه السلام «ومشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثه

ص: ٢٨٠

فالمرجع فيه أدلّه سلطنه الناس على أموالهم، ألا- ترى أنّ حقّ الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ ومجرد الفرق بينهما: بأنّ الشفعه سلطنه على نقل جديد فالملك مستقرّ قبل الأخذ بها غايه الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنّها سلطنه على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله السابقه، لا يؤثر في الحكم المذكور مع أنّ الملك في الشفعه أولى بالترزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتّفاقاً.

الشرح:

أيام» (١) مع ملاحظه أنّ الحدث في الحيوان مسقط لخيار المشتري مقتضاه جواز الفسخ للمشتري في ثلاثه أيام سواء كان الثمن بيد بائعه باقيا أو تالفا.

وكذلك قوله عليه السلام «من اشترى ما به عيب وعوار الخ» (٢) مقتضاه جواز فسخ شراء المعيب مع بقاءه سواء كان ثمنه باقيا بيد بائعه أو تالفا، بل يثبت هذا الاطلاق في روايات (٣) خيار المجلس أيضا، فإنّ مقتضاها أن يجوز لبائع الشيء قبل الافتراق فسخ ذلك البيع ولو باع مشتريه ذلك المتاع في مجلس العقد من آخر.

وعلى ذلك فلا- دلالة في أدلّه الخيارات الشرعيه التأسيسيه على أنّ من عليه الخيار يجب عليه إبقاء ما انتقل إليه ما دام لصاحبه خيار، بل مقتضى ما دل على سلطنه المالك على ماله جواز التصرف له كان التصرف خارجيا أو اعتباريا.

والحاصل: أنّ ثبوت الحقّ لمن له فسخ العقد لا- يمنع من عليه الخيار عن التصرف في العين المنتقله إليه، كما أنّ ثبوت حقّ الشفعه للشفيع لا يلازم منع مشتري الحصة عن التصرف في الحصة المزبوره.

لا يقال: الأخذ بالشفعه لا يوجب انحلال بيع تلك الحصة، حيث إنّ الأخذ

ص: ٢٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار .

وأما حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقه يدلّ على وجوب إبقائه وعدم السلطنة على إتلافه، مضافاً إلى النصّ والإجماع على حرمة التصرّف في الرهن مطلقاً ولو لم يكن متلفاً ولا ناقلاً. وأما سقوط الخيار بالتصرّف الذي أذن فيه ذو الخيار، فلدلاله العرف، لا للمنافاه.

الشرح:

بالشفعة مبادله أخرى بين مشتري الحصه وبين الشفيع، وأنّ الشفيع بالأخذ بالشفعة يمتلك تلك الحصه بازاء مثل الثمن في الشراء، بخلاف خيار الفسخ فان بالفسخ ينحل الشراء.

فإنّه يقال: الكلام في تصرّف من عليه الخيار وتصرّف من عليه الشفعه، ونقول كما أنّ حق الشفعه لا يمنع عن جواز تصرّف من عليه الشفعه، ولا- يكون حق الشفعه حقّاً في تلك الحصه المبيعه، بل الحق متعلق بتملكها بمساو الثمن كذلك حق الخيار لا يوجب الحقّ في العين المنتقله إلى من عليه الخيار.

بل جواز تصرّف من عليه الشفعه أشكال، لأنّ تصرّفه في معرض الانحلال بلا خلاف، فإنّه لو باع مشتري الحصه تلك الحصه من آخر يجوز للشفيع الأخذ بالشفعه من شراء ذلك الآخر والأخذ بالشفعه من الشراء الاول، فان أخذ بها من الشراء الأول ينحل البيع الثاني بلا خلاف، بخلاف خيار الفسخ فإنّ المشتري لو باع العين من آخر وفسخ البائع البيع بخياره فقد يأتي عدم انحلال البيع الثاني، وأنّ البائع بعد فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمه.

لا يقال: تعلق حق الرهانه بالعين المرهونه يمنع الراهن عن التصرّف في تلك العين، فلم لا يكون الخيار مثله.

فإنّه يقال: قد تقدّم أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالفسخ، بخلاف حق الرهانه فإنّه يتعلّق بالعين المرهونه، مع أن حق الرهانه في نفسه يمنع الراهن عن التصرّف في العين

والحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحقّ يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوه في الخيارات الأصليّه.

وأما الخيارات المجعوله بالشرط [١] فالظاهر من اشتراطها إرادته إبقاء الملك ليستردّه عند الفسخ، بل الحكمه في أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد الشرح:

المرهونه، حيث إنّ الرهن في الحقيقه وثيقه للدين ومع جواز الإتلاف لا يتحقق الوثاقه.

ولذا ذكروا أنّه لا يجوز للراهن والمرتهن التصرف في العين المرهونه كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو غيرهما.

ولكن ذكرنا في شرائط العوضين أنّه وإن لا يجوز للراهن إتلاف العين المرهونه، حيث إنّ الاتلاف ينافي كون العين وثيقه للدين إلاّ أنّه لا بأس بالتصرّفات الناقله فضلاً عن غيرها، فإنّ العين تنتقل إلى الثالث كما هي من تعلق حق الرهانه بها.

وما ذكروا من سقوط الخيار باذن ذي الخيار في التصرف المتلف أو الناقل فلا يدل على تعلق الخيار بالعين، بل لأنّ الإذن المزبور كاشف بكشف نوعي عن إغماض ذي الخيار عن فسخ البيع والرضا ببقائه، فيدخل في الإسقاط من هذه الجهه لا لأنّ الإذن فيه ينافي بقاء الخيار عقلاً كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره أن الحكمه في ثبوت الخيار شرعا إبقاء السلطنه على استرداد العين، ولذا لا ينافي الخيار الشرعي تصرف من عليه الخيار في العين المنتقله إليه، بخلاف الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين فإنّ السلطنه المزبوره علمه لجعل الخيار باشتراطهما.

العين، إلا- أنها في الخيار المجعول عله للجعل، ولا- ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى. وعليه فيتعين الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. وأميا مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرّف كالاتيلااد، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاتيلااد لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني. ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه وأنه ينتقل إلى البدل، لأنه إذا جاز التصرف فلا داعي إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم وتسليط العاقد الثاني على ماله، عدا ما يتخيل: من أن تملك العاقد الثاني مبنئ على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كأن لم يكن ولو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُنى عليه من التصرفات والعقود.

الشرح:

وبقاء الخيار المجعول حتّى مع تصرف من عليه الخيار إتلافا أو نقلاً وإن كان ممكنا لأنّ السلطنه على الاسترداد عله لجعله لا للخيار المجعول، إلا أنه يقتضى أن لا يجوز لمن عليه الخيار الإتلاف أو النقل.

أقول: كون الغايه من جعل الخيار التمكّن على استرداد العين لا يجرى في جميع الخيارات المشروطه فضلاً عن التأسيسه الشرعيه، بل الغرض من جعلها تمكّن من له الخيار على تدارك ما فات عنه سواء كانت الفات مالا أو غرضاً.

وكيف يمكن أن يكون الغرض من جعل الخيار استرداد العين في موارد اشتراطه للمشتري مع أنه لا- غرض للمشتري غالباً في عين الثمن، بل الأمر في البائع أيضا كذلك فيما كان غرضه من البيع الاسترباح.

نعم، ما ذكر غايه في بيع الخيار، ولذا يكون اشتراط إبقاء العين فيه ارتكازياً، فلا يجوز لمن عليه الخيار إتلافه أو نقله عملاً لما اشترط عليه من التحفظ على العين في مدّه الخيار.

ص: ٢٨٤

والحاصل: أنّ العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن وملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.

ويمكن دفعه: بأنّ تملك العاقد الثاني مستند إلى تملك المشتري له آنأ ما، لأن مقتضى سلطنته في ذلك الآن صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، واقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور إلى أنّه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه وبعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثاني، واستحق بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه. والفرق بين تزلزل العقد من حيث إنّه أمر اختياري كالخيار أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده. الشرح:

لا يقال: ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين يمنع من عليه الخيار عن التصرف فيما انتقل إليه سواء كان التصرف المزبور متلفاً للعين أو ناقلاً. وذلك فان مع فسخ ذى الخيار وانحلال البيع تعود تلك العين إلى ملك الفاسخ كى يصح ضمانها مثلاً أو قيمه، ومع التصرف المتلف كالعق أو الناقل كبيع العين من ثالث لا يمكن العود، فإنّ عودها يستلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً للبائع الفاسخ فى زمان واحد، أو كونه مملوكاً له ولثالث مع التصرف الناقل.

ولا- يمكن الالتزام بانحلال العتق أو الشراء الثانى بانحلال البيع الأوّل من الأصل، أو من زمان وقوع فسخ البيع الأوّل، فان لازم ذلك وقوع العتق أو الشراء الثانى مراعىً أو متزلزلاً ولا يصح شىء منهما.

فأنه يقال: لا- منافاه بين الخيار ونفوذ التصرف المتلف أو الناقل، ولا موجب للالتزام بانحلال التصرف المتلف أو الناقل لا من أصلهما أو من حين فسخ البيع الأوّل.

ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً أو جائزاً، لأنَّ جواز العقد يوجب سلطنه العاقد على فسخه، لا سلطنه الثالث الأجنبي. نعم، يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناءً على أنَّ البدل للحيلولة وهي مع تعذُّر المبدل، ومع التمكن يجب تحصيله، إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذَّر باقياً على ملك مستحقِّ البدل، كما في المغصوب الآبق. أمَّا فيما نحن فيه، فإنَّ العين ملك للعاقد الثاني، والفسخ إنما يقتضى خروج المعوِّض عن ملك من يدخل في ملكه العوض وهو العاقد الأوَّل، فيستحيل خروج المعوِّض عن ملك العاقد الثاني، فيستقرُّ بدله على العاقد الأوَّل، ولا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، وقد مرَّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن. هذا، ولكن قد تقدَّم: أنَّ ظاهر عبارتي الدروس والجامع الاتِّفاق على عدم نفوذ التصرُّفات الواقعة في زمان الخيار. الشرح:

والوجه في ذلك يظهر بملاحظته التلف الحقيقي للعين بيد من عليه الخيار، فإنَّ معنى عود التالف إلى ملك الفاسخ اعتبار تلك العين عند تلفها ملكاً للفاسخ بمعنى أنَّ تلفها وقع في ملكه مع كون العين بيد الغير لا- أنَّ العين بعد تلفها عادت إلى ملك الفاسخ، فإنَّ العود كذلك لا يوجب ضمان ذى الخيار.

وعلى ذلك فالعتق عن عليه الخيار لوقوعه في ملكه يكون نافذاً فيحسب بعد فسخ ذى الخيار إتلافاً واقعا في ملك الفاسخ، وكذلك الشراء الثاني فإنه بعد فسخ ذى الخيار يحسب عند بيعها من ثالث إتلافاً واقعا في ملك الفاسخ فيكون ضمانها على من أتلَّفها.

ولا- وجه لانحلال العتق لا من الأصل ولا من حين الفسخ وكذا الشراء الثاني لكون كل من العتق والبيع الثاني في زمان وقوعه واجداً لتمام ما يعتبر في صحته ولزومه وقد شملهما خطاب النفوذ ودليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

وتوجيهه بإرادته التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيد جداً. ولم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البديل إلا في مسألة العتق والاستيلاء. فالمسألة في غاية الإشكال. ثم على القول بانفساخ العقد الثانى، فهل يكون من حين فسخ الأول، أو من أصله؟ قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين، محتجاً: بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأول ورجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم: بأن ملك العاقد الثانى إلى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول. وردّه القائل: بعدم معرفته التملك المؤقت فى الشرع، فافهم.

الشرح:

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا وقع المعاوضه بين العينين وتصرف من انتقل إليه إحدى العينين فيها بتصرف متلف أو ناقل ثم تلف العين الأخرى قبل قبضها، فإنه يصح التصرف الناقل أو المتلف لوقوع كل منهما فى ملك المتصرف، فيعمه دليل النفوذ وخطاب الصحة بناءً على ما هو الصحيح من أن التلف قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من أصله، لأن اشتراط القبض يختص ببيع السلم والتقابض ببيع الصرف.

وما دل على ضمان البائع التلف قبل القبض لا يستفاد منه إلا الانحلال من حين التلف.

ومما ذكرنا من أن التصرف الناقل عمن عليه الخيار يعتبر حين الفسخ إتلافاً لمال الغير فينتقل إلى الضمان أو القيمة يظهر عدم الفرق بين الناقل اللازم أو الجائز، وأنه ليس لدى الخيار فسخ ذلك الناقل الجائز لأنه أجنبى عن ذلك التصرف ولا إجبار على

ثم إنَّ المتيقن من زمان الخيار [١] الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلاً كالمجلس والثلاثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار. وأما الزمان الذي لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما في خيار التأخير بناءً على أن السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر أزيد من الثلاثة، وإما لعدم تحقق شرطه كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناءً على كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه قبله، وكاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجيز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقق سببه، وجهان: من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا وإن لم يقدر ذو الخيار على الشرح:

من عليه الخيار بفسخه، بل ليس لذي الخيار إلتزام من عليه الخيار بدفع العين لو رجعت إليه بناقل آخر بل بفسخ ذلك الناقل الجائر أيضاً.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ النقل الجائر إنما يحسب إلتافاً فيما إذا لم ترجع العين إلى ملك من عليه الخيار بفسخ الناقل الجائر، وإلا فلا إلتلاف في اعتبار العقلاء والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أنه لو كان المانع عن جواز تصرف من عليه الخيار تعلق الحق بالعين المنتقلة إليه لجاز له التصرف في تلك العين قبل زمان ثبوت الخيار، كما لو قيل بأن خيار الغبن، بعد ظهور الغبن وان خيار العيب بعد ظهور العيب، لأنَّ الموجب لتعلق الحق بالعين وهو الخيار لم يحصل.

وأما لو قيل بأنَّ المانع عن صحه التصرف ونفوذه أن التصرف المزبور ينافي ثبوت الخيار فلا فرق بين التصرف قبل زمان فعلية الخيار والتصرف قبله، فان مع كل من التصرفين لا يحصل الفسخ ويلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً أو مملوكاً، للفاسخ وللثالث فتدبر.

الفسخ حينئذٍ. ومن أنه لا حقّ بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف. ويمكن الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان، والمتوقّف على شيء آخر كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف، لأنّ ثبوت الحقّ فى الأوّل معلوم وإن لم يحضر زمانه، بخلاف الثانى، ولذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف فى أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، وسيجىء ما يظهر منه قوّه هذا التفصيل. وعلى كلّ حال، فالخيار المتوقّف تنجزه فعلاً على ظهور أمر كالغبن، والعيب، والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهراً.

فرعان:

الأول: لو منع من التصرف [١] المتلف فى زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حقّ ذى الخيار من العين، كوطء الأمه فى زمان الخيار، بناءً على أنّ الاستيلاء مانع من ردّ العين بالخيار؟ قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة فى القواعد والشارح فى جامع المقاصد وحكى عن المبسوط والغنيه والخلاف، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، كما اعترف به فى الإيضاح. ولذا حمل فى الدروس تجويز الشيخ للوطء على ما إذا اختص الخيار بالواطئ. لكن قيل: إنّ عبارة المبسوط لا تقبل ذلك. وظاهر المحكى عن التذكرة وظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون الوطء معرضاً لفوات حقّ ذى الخيار من العين.

الشرح:

[١] لو بنى على أنّ من عليه الخيار لا يجوز له التصرف المتلف أو الناقل فهل يمنع عن تصرف كانت العين معه فى معرض عدم إمكان الرد على ذى الخيار بفسخه كوطء الأمه مع الإنزال فى رحمها حيث يمكن كون الأمه مستولده به.

ص: ٢٨٩

الثانى: أنه هل يجوز إجاء العين فى زمان الخيار [١] بدون إذن ذى الخيار؟ فىه وجهان: من كونه ملكاً له، ومن إبطال هذا التصرف، لتسلط الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاك المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعته. ولو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجاره، لأن المشتري ملك العين ملكيه مطلقه مستعدّه للدوام، ومن نماء هذا الملك المنفعه الدائمه، فإذا استوفاه المشتري الشرح:

أقول: مع عدم العلم والاطمينان بالاستيلاء فالأصل جوازه أخذاً بأصالة الحليه، وأما مع العلم أو الاطمينان فلا يبعد عدم الجواز لكونه منعا عن ردّ الأمه التى تعلق بها حقّ ذى الخيار، وعدم إمكان صيرورتها ملكا للفاسخ مع كونها ملكا للواطى على ما تقدم من أنّ المانع عن التصرف تعلق حقّ ذى الخيار بالعين، أو تنافى التصرف مع الخيار.

[١] وحاصل ما ذكره فى المقام: أنّ من عليه الخيار لو آجر العين التى اشتراها بخيار بايعها فهل تصح تلك الإجاره بحيث لو فسخ ذوالخيار البيع لعادت العين إليه مسلوبه المنفعه، أم لا تصحّ تلك الإجاره لاستلزامها أن لا يجوز للبائع بعد فسخه أخذ العين من يد مستأجرها مدّه الإجاره، فتكون الإجاره منفيه لحقّ الخيار على ما تقدم.

نعم لو استأجر العين بايعها من مشتريها أو آجرها مشتريها لآخر باذن بائعها فلا تبطل الإجاره بفسخ البائع، بل تعود العين إليه مسلوبه المنفعه.

والوجه فى عدم بطلان الإجاره: أنّ من عليه الخيار يملك منفعه العين تبعا لملك العين بملكه مطلقه، فله استيفاء تلك المنفعه باستيجار العين.

وإذا فسخ بايعها يرجع العين إلى ملكه مسلوبه المنفعه، كما إذا آجر العين مالكةا ثم باعها من آخر، فإنّ مشتريها يملك العين مسلوبه المنفعه على ما هو المقرّر فى محله.

ولا يقاس بما إذا آجر البطن الأول العين الموقوفه إلى مدّه ثم انقرضوا قبل

بالإجاره، فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعه في مدّه الإجاره، كما إذا باعه بعد الإجاره. وليس الملك هنا نظير ملك البطن الأوّل من الموقوف عليه، لأنّ البطن الثاني لا يتلقّى الملك منه حتّى يتلقّاه مسلوب المنفعه، بل من الواقف كالبطن الأوّل، فالملك ينتهى بانتهاه استعداده.

الشرح:

انقضاء تلك المدّه، فإنّه تبطل الإجاره بالاضافه إلى المدّه الباقية بمعنى أنّها فضوليّه تحتاج إلى إجاره البطن الثاني.

والوجه فى عدم القياس: أن البطن الأوّل لا يملك العين ولا منفعتها بملكه مطلقه بل ما دام حياتهم، والبطن الثاني لا يلتقى الملك منهم بالوراثه ونحوها ليقال بأنّ العين تنتقل إليهم مسلوبه المنفعه، بل الملكيه مجعوله لكل بطن من الواقف مدّه حياتهم على ما تقدّم فى بحث عدم جواز بيع الوقف بخلاف المقام فإنّ مشتري العين يملك العين بملكه مطلقه وتتبعها ملكيه منافعتها، وإذا استوفى المنافع بالإجاره ونحوها لعادت العين إلى الفاسخ مسلوبه المنفعه.

لا يقال: إنما تبطل الإجاره بتملك العين فيما إذا كان تملكها بتمليك أو مملك جديد، كما آجر العين مالكةا ثم باعها من ثالث، واما إذا كان تملكها بزوال السبب الذى كانت العين بذلك السبب ملكا لآخر، كما فى تملك بايعها بفسخ بيعها الذى كان له خيار فيه فيوجب تملكها بظلال الإجاره التى أوقعها مشتريها، فإنّ زوال السبب بالفسخ كزواله بنفسه، كما فى انقضاء البطن الأوّل فإنّ مقدار المنفعه فى الفرض تتبع مقدار تملك العين.

فانه يقال: فى بيع البائع العين بخيار يملك المشتري العين بالملك المطلق وكذا منفعتها، وإذا استوفى منفعتها باجارتها لعادت العين إلى بايعها بالفسخ مسلوبه المنفعه، نظير ما إذا وقع التفاسخ بالاقاله بعد إجاره المشتري العين التى اشتراها.

ص: ٢٩١

فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكيه في زمان وكان زوالها بالانتقال إلى آخر، ملك المنفعة الدائم، لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة. وأما إذا ثبتت وكان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول ومستنداً إليه، بل كان مستنداً إلى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة، كما لو فرضنا زوال الملك بانتفاء سببه لا برفعه، كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه.

الشرح:

والمراد بالملك ما يقبل البقاء والدوام لولا الرفع، ولا يقاس ذلك بملك البطن في الوقف.

ويظهر من صاحب القوانين رحمه الله في بعض أجوبه مسأله (١): أن مشتري العين في بيع الخيار لو آجرها تبطل إجاره بفسخ بايعها برده مثل الثمن، وعلل البطلان بأن الفسخ يكشف أن المشتري لم يكن مالكا لمنفعة العين بالاضافه إلى ما بعد الفسخ وان الاجاره بالاضافه إليه كانت فضوليّه ومراعاة.

وفيه: إن أريد ملكيه المنفعة تتبع ملك نفس العين فتبقى مادام العين باقيه في الملك، أو ما دام العين باقيه في ملك من يستند ملكه العين إلى الملك الأول، كما في إجاره العين ثم بيعها من آخر فإن الإجاره تبقى لأن ملك العين للموجر وإن لم يكن باقيا، إلا أن الملك مشتري العين المستند إلى ملك بايعها حاصل فقد عرفت جوابه نقضا بتفاسخ البيع بعد إجاره العين، وحلا بأن ملكيه منفعه العين مطلقه تتبع ملك العين القابل للدوام والبقاء لولا الرفع.

ص: ٢٩٢

قلت: أولاً: أنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجاره مع عدم التزام أحد ببطلان الإجاره. وثانياً: أنه يكفي في ملك المنفعه الدائمه تحقق المملكه المستعدّه للدوام لولا الرفع آنأ ما. ثم إن الفاضل القمى في بعض أجوبه مسائله جزم ببطلان الإجاره بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، وعلله: بأنه يعلم بفسخ البيع: أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، وأن الإجاره كانت مترزله ومراعه بالنسبه إلى فسخ البيع، انتهى. فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا: من كون المنفعه تابعه لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضاً وحلاً، وأن المنفعه تابعه للملك المستعدّ للدوام، وإن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى يُنظر فيه، مع أن الأصل عدم الانفساخ، لأن الشكّ في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعه أم لا مع العلم بقابليه المنفعه بعد الفسخ للملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجاره.

الشرح:

أقول: ملك المشتري العين بملكيه مطلقه بمعنى أنه تكون ملكا للمشتري كما كانت للبائع، ويحصل بالشراء سواء كان لباعها خيار الفسخ أم لا، لما تقدم من أن الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بالعين، غايه الأمر إذا فسخ الشراء بخيار أو إقاله تعود تلك المملكه إلى البائع بالسبب الذى كان فى البين قبل العقد الناقل، وكما أن مشتري العين يملك نفس العين بملكيه مطلقه كذلك يملك منفعتها بتبع ملكيه العين، ولذا يجوز له التصرف فى العين بنقلها من ثالث أو نقل منفعتها، حيث يعم التصرف المزبور ما دل على حلّ البيع والجاره ولزوم الوفاء بالعقود.

وعليه فإن فسخ ذو الخيار بعد هذا التصرف يعدّ هذا التصرف النافذ بعد الفسخ إتلافا لمال الفاسخ عينا أو منفعه، فيكون على المتصرف بدل ما أتلف المشتري من بدل العين أو بدل المنفعه أى أجره المثل بالاضافه إلى المدّه الباقيه.

ص: ٢٩٣

ثم إنه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار [١] وأنه يسقط خياره بهذا التصرف، إما لدلاله الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً وإن لم يكن منافاه بين الإذن في التصرف أو الإتلاف وإرادته الفسخ وأخذ القيمة، كما تبيننا عليه في المسألة السابقة، وبه يدفع الإشكال الذي أورده المحقق الأردبيلي: من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. وإما لأن التصرف الواقع تفويتاً لمحل هذا الحق وهي العين بإذن الشرح:

وهذا مقتضى ما دل على ثبوت الخيار للبائع، وما دل على إمضاء البيع والإجاره أو غيرهما من التصرفات.

ويشبهه المقام ما إذا شهد الشاهدان بأن العين التي بيد زيد ملك لعمرو، وحكم الحاكم بشهادتهما أنها لعمرو، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإنه يؤخذ بدل العين من الشاهدين، ويدفع إلى من كانت العين بيده، فإنه مع رجوعهما بعد الحكم عن شهادتهما تحسب الشهادة السابقة النافذة إتلافاً للعين على ذي اليد على ما في الرواية.

وكذلك ما إذا أقرّ ذواليد بأن العين لزيد ثم أقرّ أنها لبكر، فإنه بالاقرار الثاني يحسب الإقرار الاول النافذ إتلافاً للعين على بكر، فيضمن له بدلها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه باذن ذي الخيار فيصح ذلك التصرف متلفاً كان كالتعق أو ناقلاً كالبيع والهبة.

ولا ينبغي الإشكال في سقوط خيار من له الخيار بالتصرف المزبور، فإنه لو كان الخيار حقاً متعلقاً بالعقد فالإذن في التصرف وان لا ينافي الخيار، فيمكن لذي الخيار فسخ البيع والرجوع إلى بدل ما أ تلف عليه، إلا أن الإذن المزبور كاشف عن رضا ذي الخيار ببقاء البيع، والإغماض عن خياره.

وكذا بناءً على أن الخيار حق يتعلق بما انتقل إلى من عليه الخيار فإن ضمان من

صاحبه، فلا- يفسخ التصرف ولا- يتعلّق الحقّ بالبدل، لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه. ولو أذن ولم يتصرّف المأذون، ففي القواعد والتذكرة: أنّه يسقط خيار الأذن، وعن الميسّيه: أنّه المشهور. قيل: كأنّ منشأ هذه النسبه فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقه إلى دلاله مجرد الإذن، ولا يقدر فيها تجرّده عن التصرف. وقد منَع دلاله الإذن المجرد في المسالك وجامع المقاصد والقواعد.

الشرح:

عليه الخيار تلف العين، وبطلان تصرفه لاجل الحق في العين، ومع إذنه في التصرف فيها ينتفى الحق، فلا يكون على المشتري ضمان لأنّ الضمان فيما إذا تلف العين وبها حقّ ذى الخيار.

وأما لو أذن ذو الخيار في التصرف ولكن لم يتصرّف من عليه الخيار فهل يسقط خياره أم لا-؟ فعن العلامة في القواعد(1) والتذكرة(2): أنّه يسقط، ولعلّه لدلاله الإذن على رضاه ببقاء البيع، وإغماضه عن خياره من غير دخاله تصرف من عليه الخيار في هذه الدلاله، ولكن عن جامع المقاصد(3) والمسالك(4) عدم سقوطه.

والأولى أن يقال: إنّ لو أذن ذو الخيار لشخص ثالث في التصرف فيما انتقل إلى من عليه الخيار يكون هذا الإذن فسخاً، لأنّه لا معنى للإذن للغير في التصرف فيما انتقل إلى المشتري نيابه عن ذى الخيار من غير أن يقصد انحلال البيع.

وأما لو أذن ذو الخيار للمشتري في التصرف فيما انتقل إليه ففي كونه إسقاطاً

ص: ٢٩٥

١- (١) القواعد ٢: ٦٨ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٨ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٥ و ٣١١ .

٤- (٤) المسالك ٣: ٢١٣ .

والأولى أن يقال: إنه لا ينبغي الإشكال في كون إذن ذى الخيار في التصرف عنه فيما انتقل عنه فسخاً، لأن التوكيل في بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً، فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التي لا تصح شرعاً إلا بجعلها فسخاً. وأما كون إذن ذى الخيار للمشتري في التصرف إجازة وإسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأنّ الثابت بالنص والإجماع: أنّ التصرف فيما انتقل إليه إجازة، وليس الإذن من ذلك، وإنما حكم بالسقوط في التصرف عن إذنه، لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن، بل لتحقيق المسقط، لما عرفت: من أنّ التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ، والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق، فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانه، ويجوز الرجوع قبل البيع. نعم، يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمينه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبييل الجاربه. وقد صرح في المبسوط: بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره، ويؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاماً. فهذا القول لا يخلو عن قوه.

الشرح:

لخياره إشكال، لأنّ الاستفادة من الروايات كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه مسقطاً لخياره، والإذن المزبور ليس تصرفاً فيما انتقل إليه.

والحكم بسقوط خياره بتصرف من عليه الخيار بإذنه ليس لكون إذنه إسقاطاً للخيار يعنى إنشاء لسقوطه، بل لأنه مع التصرف المزبور لا يبقى في العين حق لذى الخيار، ولا يكون على من عليه الخيار ضمان، لأنّ الضمان فيما إذا تلف العين وبها حق ذى الخيار كما تقدّم، ومع الإذن لا يتحقق هذا التلف بخلاف ما إذا لم يتصرف فإنه يبقى مورد الحق، فيكون إذن ذى الخيار كإذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونه في عدم سقوط حق الرهانه عن العين بمجرد الإذن، ولذا يجوز له الرجوع عن إذنه قبل

ص: ٢٩٦

مسأله: المشهور أنّ المبيع يُملك بالعقد [١] وأثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر. وحكى المحقق وجماعه عن الشيخ: توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار. وإطلاقه يشمل الخيار المختصّ بالمشتري، وصرّح في التحرير بشموله لذلك. لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي

الشرح:

بيعه.

ولكن مع ذلك كلّه يمكن القول بسقوط الخيار بالإذن وإن لم يتصرّف من عليه الخيار، فإنّ الإذن كاشف عن رضا ببقاء العقد والإغماض عن خياره، فإنّ هذا الإذن لا يقصر في الكشف عن الرضا عن تقبيل الجارية التي اشتراها وقد تقدم من أنّ المبسوط (١) صرّح: بأنه لو علم رضا البائع بوطئ المشتري الأمه المبيعه منه سقط خياره.

ويؤيد هذا السقوط ما في ذيل معتبره السكوني من أنّ عرض المشتري ما اشتراه بشرط الخيار للبيع إسقاط لخياره، فانه روى عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه إلى ان قال: فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه» (٢).

[١] وحاصله: أنّ المشهور على حصول ملك المبيع للمشتري بالعقد، ولا يتوقّف على انقضاء الخيار من غير فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما، وأن الخيار يوجب تزلزل الملك لتسلط ذي الخيار على رفع السبب الناقل، فيتعلق حقّ ذي

ص: ٢٩٧

١- (١) المبسوط ٢: ٨٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٢٥، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

الملك، وأنّ غايه الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار. وربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار. وظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار، انتهى. فإنّ في هذا الكلام شهاده من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره أيضاً، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيد مقابلاً لقول الشيخ، واللازم نقل كلام الشيخ قدس سره في الخلاف والمبسوط. قال في محكي الخلاف: العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، وإن كان مشروطاً الشرح:

الخيار بما انتقل عنه إلى صاحبه.

وحكى المحقق (١) وجماعه عن الشيخ (٢): أنه قدس سره التزم بعدم حصول الملك بانقضاء الخيار، والحكاية يعم ما إذا كان الخيار للمشتري فقط كما صرح بهذا الشمول العلامة في التحرير (٣).

ولكن تعرض في الدروس لحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وذكر لكل منهما وجهها. وقال في وجه حصول الملك بالعقد: أنّ العقد هو الناقل والخيار لاستدراك ما فات بالعقد، فلا يكون منافياً لحصول الملك بالعقد. وقال في وجه عدم حصول الملك إلّا بانقضاء الخيار: بأنّ الغرض من الملك جواز التصرف ولا يجوز التصرف مادام الخيار. ثم قال: وربما قطع الشيخ رحمه الله بحصول الملك بالعقد فيما كان الخيار مختصاً بالمشتري، وعن أبي الجنيد عدم حصوله إلّا بانقضاء الخيار (٤)، انتهى.

ص: ٢٩٨

١- (١) حكاة في الشرائع ٢: ٢٣، والمختصر: ١٢٢، بلفظ «وقيل»، نعم علق عليه في المسالك (٣: ٢١٥) بقوله «والمشهور أنّ القول المحكى للشيخ».

٢- (٢) كشف الرموز ١: ٤٦١، والتنقيح الرائع ٢: ٥١، والمفاتيح ٣: ٧٥ وغيرها، وراجع مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢.

٣- (٣) التحرير ١: ١٦٨.

٤- (٤) الدروس ٣: ٢٧٠.

يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأول، انتهى. وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف، فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولي وبين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره، فإذا انقضى ملك بسبب العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه، فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي. ولا- يرد حينئذ عليه: أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول: أن الخيار يوجب تنزيل الملك. ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الشرح:

وهذا الكلام من الدروس يدل على حصول ملك المبيع للمشتري عند الشيخ أيضاً فيما كان الخيار للمشتري خاصه ودلالته من وجهين:

أحدهما: ما ذكر في مأخذ الخلاف ووجهه، فإنه إذا كان الوجه في عدم حصول الملك عدم جواز التصرف في المبيع فلا يجرى في مثل خيار الحيوان، فإن المشتري يجوز له التصرف في الحيوان ويكون تصرفه مسقطاً لخياره.

وبتعبير آخر: عدم جواز التصرف يختص بمن عليه الخيار، ولا يعم من له الخيار كما تقدم في المساله السابقه.

وثانيهما: ما ذكره من أنه ربما قطع الشيخ بملك المشتري بالعقد فيما إذا اختص بالخيار، بل ما ذكره رحمه الله في بيان مأخذ الخلاف صريح في أنه لا خلاف في حصول الملك بالعقد فيما إذا كان الخيار للمشتري من غير الشيخ في الخلاف والمبسوط فإن كلامه في الخلاف والمبسوط يعطى عدم حصول الملك أيضاً مادام لم ينقض خيار

الذى لا حق ولا علاقه لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور، ولذا عبّر في غايه المراد بقوله: «ويلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار» ولم ينسب ذلك إليه صريحاً. وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروط فإنه يثبت بنفس العقد ويلزم بالتفرّق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، وإن كان مقيداً بشرط لزم بانقضاء الشرط، انتهى. وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري. لكن قال في باب الشفعه: إذا باع شيئاً بشروط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفع الشفعه، لأن الشفعه إنما تجب إذا انتقل الملك إليه. وإن كان الخيار للمشتري وجب الشفعه للشفع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبه بعد انقضاء الخيار. وحكم خيار المجلس الشرح: المشتري.

قال في الخلاف: إن الملك لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فيما كان الخيار لهما أو للبائع، وأما إذا كان للمشتري فيخرج عن ملك البائع، ويدخل في ملك المشتري بعد انقضاء الخيار بالعقد، انتهى (١).

وظاهر هذا الكلام الكشف وأنه لو انقضى الخيار ولم يفسخ المشتري العقد ينكشف حصول الملك للمشتري بالعقد، نظير كشف حصول الملك من حين العقد فضولاً. بعد إجازة المالك، فيكون عدم حصول الملك للمشتري في زمان خياره حكماً ظاهرياً.

والمراد بخروج المبيع عن ملك بايعه عدم جواز تصرّفه في ذلك المبيع، نظير عدم جواز تصرف الأصيل في العقد فضولاً قبل إجازة المالك أو ردّه، لأن ذلك مقتضى لزوم الوفاء بالعقد من جهته.

ص: ٣٠٠

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩ من كتاب البيوع.

والشرط في ذلك سواء، على ما فصلناه. ولعل هذا مأخذ ما تقدّم من النسبه في ذيل عبارته الدروس. هذا، ولكن الحلّى قدس سره في السرائر ادعى رجوع الشيخ عمّا ذكره في الخلاف. ويمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور. مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مده الخيار: بأن فيه إبطالاً لحقّ ذي الخيار، كما في مسأله بيع أحد النقيدين على غير صاحبه في المجلس، وفي مسأله رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به، لا يبطل حقّ ذي الخيار من الخيار، لأنّ التعليل بوجود المانع في مقام فقد المقتضى كما ترى!

الشرح:

ويحتمل في عبارته الشيخ أن يكون المراد بعدم حصول الملك إلا بعد انقضاء الخيار حصول الملك اللازم فيكون موافقاً لما عليه المشهور.

ويدل على كون مراده ذلك ما ذكره في عدّه مواضع من المبسوط، كقوله: بأنّه لا يجوز لأحد المتصارفين بيع ما اشتراه في المجلس من غير صاحبه (١)، وأنه لا يجوز لمشتري العين رهن ما اشتراه في مجلس العقد، لأنّ البيع أو الرهن ينافي خيار صاحبه (٢).

ووجه الدلاله أنه لو كان الحكم عنده عدم حصول الملك إلا بعد انقضاء الخيار لكان المتعيّن تعليل عدم الجواز بعدم صيروره المبيع ملكاً للمشتري، لانه مع عدم المقتضى للبيع أو الرهن لا معنى لتعليل عدم جوازهما بالمانع.

وكيف ما كان فالأظهر ما عليه المشهور من حصول الملك بالعقد، لأنّ البيع عند العقلاء هو ناقل الملك حتّى في مورد شرط الخيار لأحدهما أو كلاهما.

ص: ٣٠١

١- (١) راجع المبسوط ٢: ٩٦.

٢- (٢) راجع المبسوط ٢: ٢١١.

ومنها: أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً في المجلس، لأنّ شروعهما في البيع قطع للخيار، مع أنّه لم يصحّح في باب الهبة البيع الذي يتحقّق به الرجوع فيها، لعدم وقوعه في الملك. فلولا قوله في الخيار بمقاله المشهور لم يصحّح البيع ثانياً، لوقوعه في غير الملك على ما ذكره في الهبة. وربما ينسب إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأنّ له الخيار في الإجازة والفسخ، لأنّه ليس بابتداء ملك، لأنّ الملك قد سبق بالعقد، انتهى. لكن النسبه لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة. وقال ابن سعيد قدس سره في الجامع على ما حكى عنه: إنّ المبيع يُملك بالعقد وبانقضاء الخيار، وقيل: بالعقد ولا ينفذ تصرف المشتري إلاّ بعد انقضاء خيار البائع، انتهى. وقد تقدّم حكاية التوقّف عن ابن الجنيد أيضاً.

الشرح:

وظاهر قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) إمضاء البيع على ما هو المقرّر عند العقلاء، ولأنّ قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢) ظاهره كون الخيار حكماً بعد تلبّس كل من المتعاقدين بكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً.

وأيضاً ظاهر قوله (٣) عليه السلام في خيار الحيوان من الحكم بلزوم البيع بنظر المشتري نظير إلى ما يحرم النظر إليه أو تقييله أو لمس الجارية المشتراه جواز هذه التصرفات للمشتري نظير إحداث الحدث في الحيوان، إلاّ أن يلتزم بحصول الملك للمشتري مقارنة لهذه الأفعال نظير عود الزوجية بالوطئ في عدّه الطلاق الرجعي.

وبتعبير آخر: عدم كون هذه الأفعال مسقطاً فعلياً للخيار، بل كون حدوثها غايه

ص: ٣٠٢

١- (١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ : ١٣ و ١٤ ، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣ .

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، لعموم أدلّه حِلّ البيع، وأكل المال إذا كانت تجاره عن تراض، وغيرهما مما ظاهره كون العقد علّه تامه لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك. ويدل عليه لفظ «الخيار» فى قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار»، وما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحلّ له قبل ذلك، فإنّه يدلّ على الحلّ بعد العقد فى زمن الخيار، إلّا أن يلتزم بأنّه نظير حل وطء المطلقة الرجعيه الذى يحصل به الرجوع. ويدلّ عليه: ما تقدّم فى أدلّه بيع الخيار بشرط ردّ المبيع: من كون نماء المبيع للمشتري وتلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم وهو الملك، إلّا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن وقد تقدّم فى مسأله بيع الخيار بيان هذا الاحتمال وما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدّم: أنّه بعيد فى الغايه أو يقال: إنّ النماء فى مورد الروايه نماء المبيع فى زمان لزوم البيع، لأنّ الخيار يحدث بردّ مثل الثمن وإن ذكرنا فى تلك المسأله: أنّ الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالردّ، إلّا أنّ الروايه قابله للحمل عليه، إلّا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أوّل العقد فى فسخه مقيداً بردّ مثل الثمن. هذا، مع أنّ الظاهر أنّ الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضاً.

الشرح:

الخيار فيقع فى الملك.

و يدل أيضاً على حصول الملك بالعقد ما ورد فى غلّه المبيع ببيع الخيار، وان الغله للمشتري وتلفه منه. ولو لم يكن العين ملكا للمشتري زمان خيار البائع لما كانت الغله ملكا للمشتري وتلفه منه، إلّا أن يلتزم بأن ردّ مثل الثمن فى ذلك البيع شرط لانفساخ العقد ولا يرتبط بالخيار، أو يقال: إنّ الخيار المشروط يحصل بردّ مثل الثمن، فيكون البيع قبله لازماً، فلا يصح الاستدلال به إلّا على من التزم بأنّ الملك لا يحصل إلّا

ص: ٣٠٣

ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينه [١] وهى: أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيه ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً. لكنّها لا دلالة لها من هذه الحثيه، لأنّ بيعها على بائعها الأول وإن كان في خيار المجلس أو الحيوان، إلا أنّ بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً. وقد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس. نعم، بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار: «عن الرجل يبيع المتاع ويشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به. قلت: أشتري متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك» فإنّ في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار. ولا استثناس بها أيضاً عند التأمل، لما عرفت: من أنّ هذا البيع

الشرح:

بعد انقضاء الخيار المنفصل أيضاً، أو يقال ما ورد في غله المبيع يعم ما إذا كان رد الثمن شرطاً للخيار أو قيده للفسخ فلاحظ.

[١] وقد يستدل (١) على حصول الملك بالعقد بالأخبار الواردة في بيع العينه كروايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يجيبني الرجل ويطلب العينه فأشترى المتاع له مرابحه ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه مكانى، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري فلا بأس» (٢).

فان ظاهرها كظاهر غيرها جواز شراء ما باعه من طالب العينه في مجلس بيعه ولو لم يكن ملك المتاع حاصلاً لطلبها بمجرد البيع لما جاز الشراء ثانياً في ذلك المجلس.

وأجاب المصنف قدس سره عن الاستدلال: بأنّ الشراء ثانياً وإن كان في مجلس البيع، إلاّ

ص: ٣٠٤

١- (١) كما استدلل بها صاحب الجواهر، أنظر الجواهر ٢٣ : ٨٠، وراجع وسائل الشيعه ١٨ : ٤٠ و ٤٨، الباب ٥ و ٨ من أبواب أحكام العقود.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

جائز عند القائل بالتوقف، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط. ويذبّ بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقاً: من أنّ الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك لزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، وحينئذٍ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشترى متاعاً» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم: من عدم جواز البيع قبل الافتراق، ويكون جواب الإمام عليه السلام مبيّناً على جواز بيعه على البائع، لأنّ توطؤهما على البيع الثاني إسقاط للخيار من الطرفين، كما في صريح المبسوط.

الشرح:

أنّ بيع المشتري المتاع من بائه ثانياً إسقاط لخيارهما ولو على القول بحصول الملك بانقضاء الخيار، ولذا جوّز الشيخ قدس سره بيع احد المتصارفين ما اشتراه من بائه ثانياً في مجلس الصرف.

نعم في بعض أخبار الباب فقرات يمكن استفادته حصول الملك بالبيع منها. صحيحه بشار بن يسار قال: «سالت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشترى متاعاً، فقال: ليس هو متاعك وبقرتك ولا غنمك»^(١).

فإنّ الحكم بجواز الشراء ولو في مجلس البيع الأول وإن كان لا يدل على الحكم كما تقدم، إلا أنّ قوله عليه السلام «ليس متاعك» ظاهر في كون المتاع أو البقر ملكاً للمشتري قبل بيعه من بايعه.

ولكن ناقش رحمه الله ذلك أيضاً بأنّ توطؤهما على البيع بنسيه أولاً والشراء منه ثانياً بنقد يوجب عدم ثبوت خيار المجلس في البيع الأول، وقول السائل «أشترى متاعاً» ناش من ارتكاز ما عليه الشيخ قدس سره من عدم حصول الملك الا بانقضاء مجلس البيع.

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ .

فقوله: «ليس هو متاعك» إشاره إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعامله الثانيه المسقط لخيار كما، لا بنفس العقد. وهذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله. ثم لو سلم ما ذكر من الدلاله أو الاستثناس لم يدفع به إلا القول بالوقف دون الكشف، كما لا يخفى.

ومثل هذه الروايه فى عدم الدلاله والاستثناس صحيحه محمد بن مسلم: [١] «عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعاً لعلّى أشتريه منك بنقد أو بنسيه، فابتاعه

الشرح:

وجواب الامام عليه السلام «ليس هو متاعك» إشاره إلى صيروره المتاع ملكا للمشتري لسقوط خيارهما بتوافقهما على هذا البيع والشراء.

أقول: التوافق على سقوط الخيار على تقديره يكون كالتواطؤ على البيع اولاً والشراء ثانياً فى عدم كونه شرطاً فى البيع الاول، كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام «إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري».

ودعوى ارتكاز مذهب الشيخ فى ذهن السائل مع اشتراطه سقوط خيار المجلس عجيب، واعجب منه قوله قدس سره: وهذا فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله.

والظاهر أن سؤال السائل راجع إلى ما يخطر إلى بعض الأذهان من عدم الجدّ فى البيع أو الشراء كذلك، وأجاب عليه السلام: بأن الملاك فى صحه المعاملات وقوعها بشرائطها بالقصد ولو كانت وسيله إلى دفع المال نقداً، والأخذ بالأكثر نسيه.

[١] وقد يستدل على الحكم الذى عليه المشهور بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعاً لعلّى أشتريه منك بنقد أو نسيته، فابتاعه الرجل من أجله، فقال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (١).

ص: ٣٠٦

الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعدما يملكه». فإنّ الظاهر: أنّ قوله: «إنما يشتريه... إلخ» إشاره إلى أنّ هذا ليس من بيع ما ليس عندك، وأنّ بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله: «بعد ما يملكه» إشاره إلى استيجاب العقد مع الأول، كما يظهر من قولهم عليهم السلام في أخبار آخر وارده في هذه المسألة: «ولا توجب البيع قبل أن تستوجه» مع أنّ الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع ورجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالتفرّق. ولو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بحضور البائع دالاً عرفاً على سقوط خياره، ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

الشرح:

فإنّ مقتضاها جواز البيع ثانياً بعد الشراء سواء كان خيار المجلس في ذلك الشراء باقياً أم لا.

وناقش رحمه الله في هذا الاستدلال بأمر:

الأول: أنّ هذه الرواية ناظره إلى أنّ البيع من الطالب يقع ثانياً لا بمجرد تقاضاه أولاً، ليكون من بيع ما ليس عنده، ولذا ذكر في بعض الروايات الواردة في هذه المسألة: «ولا توجب البيع أى مع الطالب قبل ان تستوجه»^(١) أى مع البائع الأول.

وثانياً: أنّ الغالب في هذا البيع جلوس الطالب في محل المطلوب منه، ويذهب المطلوب منه فيشترى المتاع من السوق ونحوه ثم يجيء به إلى محلّه، فبمجرد افتراق المطلوب منه من البائع الأول ينتهى خيار المجلس، فيكون بيعه من الطالب بعد لزوم البيع.

ص: ٣٠٧

١- (١) المصدر: ٥٢، الحديث ١٣.

وبالجملة، ليس في قوله: «بعدما يملكه» دلالة على أن تملكه بنفس العقد، مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف، كما لا يخفى. ونحوه في الضعف: الاستدلال في التذكرة بما دل على أن مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار، إذ فيه: أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، وأنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله. مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري، والتمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى!

الشرح:

ولو فرض اجتماع الطالب والمطلوب منه ومن باع المتاع أولاً في مكان لكان تعريض المشتري الأول بيعه من المشتري الثاني إسقاطاً لخياره وخيار بايعه.

والحاصل: أنه ليس في قوله عليه السلام «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» دلالة على حصول الملك بمجرد العقد وعلى تقدير التسليم فيدفع احتمال النقل بأن يكون انقضاء الخيار دخيلاً في النقل والانتقال، ولا يدفع احتمال الكشف حيث إنه على الكشف يكون البيع ثانياً محكوماً بالصحة، لأنه ينكشف بانقضاء الخيار وقوعه في ملك بائعه.

أقول: العمدة في الجواب هو الوجه الأول وهو نفى كون المقاوله الأوّليه بيعاً ليكون محكوماً بالبطلان لوقوعه في غير الملك وأما البيع بعد الشراء وما هو شرائطه فليست الرواية ناظرة إليه ليمسك باطلاقها كما لا يخفى.

ومما ذكر يظهر الحال فيما ورد في مال العبد وأنه يكون للمشتري مطلقاً أو مع الاشتراط أو مع علم البائع بماله، فإن غايه مدلوله صيروره المال للمشتري نحو صيروره نفس العبد له، فان كان الملك بالعقد فالمال أيضاً كذلك ولو كان بانقضاء الخيار فالمال أيضاً تابع له كما لا يخفى.

ص: ٣٠٨

وأشدّ ضعفاً من الكل [١] ما قيل: من أنّ المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه انتقال كلّ من الثمن والمثمن حال العقد، فهذه المعامله إمّا صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب، أو باطله من أصلها، أو أنّها صحيحة إلا أنّها على غير ما قصدها وتراضيا عليه.

الشرح:

[١] ذكر في الجواهر (١) في وجه حصول الملك بالبيع: أنّ مقصود المتعاقدين وما وقع عليه تراضيهما هو انتقال العوضين عند تمام العقد أى الإيجاب والقبول بشرائطهما، فهذه المعامله على تقدير صحتها كذلك يثبت ما عليه المشهور وهو المطلوب، وإلاّ تكون المعامله باطله من أصلها، أو تكون صحيحة لا على وجه تراضيهما ومقصودهما.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الوجه: بأنه أضعف الوجه، لأنّ الزمان غير داخل في مدلول العقد ولا يكون مدلوله النقل من حين العقد، بل مدلوله نفس نقل المعوض بعوض وانتقال الأوّل بازاء الثانى.

نعم بما أنّ المتعاقدين يرون العقد عله تامه للنقل والانتقال يكون قصدهما النقل والانتقال من حين تمام العقد داعيا لهما إلى إنشائه.

ولكن العقد لا يدل إلاّ على النقل والانتقال، ولذا لو جعل الشرع شرطاً آخر فى حصول النقل والانتقال كما فى اشتراط التقابض الصرف لما كان حصول النقل والانتقال بعد القبض إلاّ من قبيل تخلف الداعى للمتعاقدين، لا وقوع مدلول العقد على غير وجهه، وهكذا الحال على تقدير اشتراط انقضاء الخيار.

وقد تقدّم فى إجازة العقد الفضولى: أنّه لو كان النقل والانتقال حاصلاً من حين إجازة لما كان ذلك من خلاف مدلول العقد الذى أجراه الفضولى مع الأصيل.

ص: ٣٠٩

توضيح الضعف: أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الإنشاء لما كان عله لتحقق المنشأ عند تحققه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية إنما هو عند العرف، فلا ينافى كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقق شرائط آخر بعده، كالقبض في السلم والصرف، وانقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان، لكنه عرفاً عله تامه لمضمونه، وإمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، وإنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، ولا ضرر فيه. وقد تقدّم الكلام في ذلك في مسأله كون الإجازة كاشفه أو ناقله.

الشرح:

وفيه: أنّه إن أُريد عدم كون النقل والانتقال من حين تمام الإيجاب والقبول مدلولاً للعقد ولو بإطلاقه فهذا غير صحيح قطعاً، لأنّ الإهمال في العاقد الملتفت إلى اعتبار الملك غير معقول، وعدم تعليقها البيع على حصول امر استقباليّ أو الأمر الماضي مقتضاه كون المبدأ للملك المعبر العقد.

نعم للشارع إمضاء ذلك الملك على تقدير حصول أمر كحصول التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف.

ولا- ينافى ذلك اعتبار المتعاقدين، ولا- يكون من تخلف العقود عن المقصود، لأنّ الامضاء الشرعي غير مقصود من ألفاظ الإيجاب والقبول، بل المقصود منها الملك الذي يعتبره المتعاقدان وتخلفه عن المقصود لم يحصل، بل تعلق به الإمضاء على تقدير حصول أمر بنحو الشرط المقارن.

وهذا التقدير يحتاج إلى قيام قرينه عليه، وإلا فمقتضى الإطلاق في مثل قوله

ص: ٣١٠

وقد يستدل أيضا بالنبوي المشهور [١] المذكور في كتب الفتوى للخاصه والعامه على جهه الاستناد إليه وهو: أن «الخراج بالضمان» بناءً على أن المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، وهي علامه ملكه.

الشرح:

سبحانه «أحلَّ اللهُ التَّيِّعَ» (١) وقوع الإمضاء بلا تعليق.

ويأتى أنه ليس في أدله الخيارات وغيره دلالة على التقييد في الإمضاء، بل فيها ما ينفي هذا التقييد كما ذكرناه فيما ورد في بيع الخيار بيع العينه.

والأظهر في الجواب عن صاحب الجواهر: أن ما ذكره لا يزيد على التمسك بإطلاق دليل حل البيع.

[١] وقد يستدل (٢) على مسلك المشهور بالنبوي المذكور في كتب الفتوى من الفريقين من قوله صلى الله عليه وآله «الخراج بالضمان» (٣) أي منافع الشيء تتبع ضمانه، وإذا كان ضمان الشيء على شخص يكون منفعه له، وإذا كان منافع الشيء ملكا له فيكون ذلك الشيء ملكا له أيضا.

ومن الظاهر أنه إذا كان الخيار مشتركا بينهما أو مختصا بالبائع يكون ضمان المبيع على المشتري، فيكون منفعه له، وملكه المنافع له علامه كون نفس المبيع له.

وأجاب رحمه الله بأنه لم يظهر أن القائل بحصول الملك بانقضاء الخيار يتسلم بأن ضمان المبيع على المشتري ليقال بأن منفعه أيضا له، وبما أنه يتبع ملكها ملكه العين

ص: ٣١١

١- (١) سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٢- (٢) كما استدلل به في الجواهر ٢٣ : ٨١ .

٣- (٣) عوالي اللآلى ١ : ٢١٩ ، الحديث ٨٩ ، وعنه في المستدرک ١٣ : ٣٠٢ ، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

وفيه: أنه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له. وقد ظهر بما ذكرنا: أن العمده في قول المشهور عموم أدله «حل البيع» و «التجاره عن تراض» وأخبار الخيار. واستدل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع زمان الخيار[١]

الشرح:

فيكون علامه للثاني.

أقول: مع أنه لا- يمكن الاعتماد على النبوى المزبور، وذكره في بعض كتب أصحابنا لا- يدل على الاعتماد عليه لامكان ذكره تأييدا.

والعجب من المصنف رحمه الله من أنه يتمسك بإطلاق «حل البيع»(١)، ويذكر أنه العمده في إثبات النقل والانتقال زمان الخيار، مع أنه التزم في الرد على صاحب الجواهر قدس سره بعدم كون مدلول البيع الملك من حينه.

فانه إذا لم يكن ذلك داخلا في مدلوله وضعاً وإطلاقاً، فكيف يكون إمضاءه دالاً على كون الملك من حين البيع.

اللهم إلا- أن يقال: إن الملكيه مستفاده من حل التصرف بالبيع، ومقتضى إطلاق حليه التصرف حصولها حين البيع، فيكشف الحليه من ذلك الحين عن حصول الملك الشرعى أيضا عندها كما لا يخفى.

[١] يستدل(٢) على القول الآخر(٣) بما ورد(٤) في أخبار خيار الحيوان، وشرط الخيار للمشتري من أن تلف المبيع في زمان خياره من بئعه، وبضميمه أن «الخارج

ص: ٣١٢

١- (١) أى للآيه: «أحلَّ اللهُ البيع»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) استدلل به فى الرياض ٨ : ٢٠٥ ، والجواهر ٢٣ : ٨١ .

٣- (٣) وهو القول بأن الملك إنما يتحقق بانقضاء الخيار .

٤- (٤) التهذيب ٧ : ٢٤ / ١٠٣ ، ووسائل الشيعة ١٨ : ١٤ و ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٥ .

فبدل بضميمه قاعده «كون التلف من المالك لأنه مقابل الخراج» على كونه في ملك البائع، مثل: صحيحه ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين، فموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط. قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدوده فهلك في يد المشتري،

الشرح:

بالضمان» يكون مقتضاه أن منافع المبيع أيضا للبائع وإذا كانت منافعه له يكون المبيع أيضا ملكا له.

وأجاب المصنف قدس سره: أن الشيخ قدس سره يلتزم في الخيار المختص بالمشتري بحصول النقل والانتقال من حين البيع ما على ذكره في المبسوط (١) في باب الشفعة، مع أن هذا الدليل لا يجرى إلا في الخيار المختص به.

وعلى كل حال فقد تقدم أدله المشهور وأن العمده فيها إطلاق «حل البيع» (٢)، وهذا الدليل المختص بصوره خيار المشتري إما أن يكون مقيدا لإطلاق «حل البيع» والمراد بالمشار إليه الأخبار الوارده في ضمان خيار المشتري بضميمه «الخراج بالضمان» أو تكون الأخبار المزبوره مخصّصه لقاعده «الخراج بالضمان».

ولو وصلت النوبه إلى الأصل العملى لعدم الترجيح لأحد التخصيصين يكون مقتضى الاستصحاب بقاء المبيع في ملك البائع، إلا أنه يتعيّن تخصيص ما دل على تبعيه ضمان الشيء ملكه لوجوه عمدتها الشهره المحققه المؤيّد به بالإجماع المحكى عن السرائر (٣).

ص: ٣١٣

١- (١) المبسوط ٣: ١٢٣ .

٢- (٢) مرّ آنفاً.

٣- (٣) حكاة السيد في مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢، وراجع السرائر ٢: ٢٤٨ و ٣٨٦ .

فهو من مال البائع». وروايه عبد الرحمن بن أبي عبدالله، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل اشترى أمه من رجل بشرط، يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه». ومرسله ابن رباط: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع». والنبوى المروى فى قرب الإسناد فى العبد المشتري بشرط

الشرح:

أقول: لا حاجة إلى انضمام تلازم الضمان مع ملك العين، بل يمكن أن يدعى أنّ الأخبار الواردة فى الحدث زمان خيار الحيوان والشرط ظاهره فى عدم صيروره المبيع ملكا للمشتري إلاّ بعد انقضاء الخيار.

وفى صحيحه عبدالله بن سنان: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري»^(١).

ولكن لا يخفى أنه يتعين حمل مثلها على صيروره المبيع ملكا لازما لا أصل الملك، وذلك بقرينه صحيحه على بن رثاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(٢).

فإنّ ظاهرها جواز تصرف المشتري فى الأمه بعد الشراء بما كان يحرم قبله على غير المالك، ومقتضى ذلك كونها بعد الشراء ملكا له.

ص: ٣١٤

١- (١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٣ ، الباب ١٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

فيموت، قال: «يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان». وهذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار، وقد عرفت أنّ ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس: من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمه عن الجامع.

الشرح:

ولو كان الملك حاصلًا بنفس النظر واللمس والتقبيل لكان الأنسب أن يقول: ان ينظر إلى ما كان يحرم عليه قبل ذلك، لا قبل الشراء.

مع أنّ تحريم الشيء قبل ارتكابه وجوازه بمجرد الشروع فى ارتكابه غير معقول.

والحاصل: أنّ ظاهر هذه الصحيحه حصول الملك بالشراء، وعدم اعتبار انقضاء الخيار فى حصوله لا- بنحو النقل ولا بنحو الكشف.

وعلى ذلك فلا- موجب لرفع اليد عن إطلاق «حل البيع» (١) بالالتزام بتوقف إمضاءه على انقضاء الخيار، بل الخيار كما ذكرنا حكم لتمام البيع.

ويكشف عن ذلك قوله عليه السلام «وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام» (٢).

وعلى ذلك فلو تم النبوى المزبور سندًا ودلاله على تلازم ضمان العين مع ملكها فيرفع اليد عن إطلاقه فى المقام، كما رفعنا اليد عنه فى ضمان اليد وفى صورته التلف قبل القبض كما لا يخفى.

وقد يقال: إنه يستفاد من بعض الروايات عدم صيروره المبيع ملكًا للمشتري مع شرط الخيار له كمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبًا بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد

ص: ٣١٥

١- (١) مرّ آنفًا.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

وعلى أي حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخيصة لأدلة المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك والضمان، أو لقاعده التلازم بضميمه أدلة المسأله، فيرجع بعد التكافؤ إلى أصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. لكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات، أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع المحكى عن السرائر.

الشرح:

رضيه فاستوجه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»(١).

فانه لو كان المبيع ملكا للمشتري بمجرد الشراء لما كان إسقاط خياره معتبرا في بيعه، مع أن قوله عليه السلام «ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه» ظاهر في اعتبار ذلك في حصول الملك.

ولكن لا يخفى ما فيه فإنه لا دلالة في الروايه على عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار، بل غايته عدم جواز أن يبيع ما اشتراه بخيار قبل إسقاط خياره.

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك سقوط خيار الشرط بتصرف ذي الخيار فيما اشتراه فيما كان تصرفا ناقلا، كما يفصح عن ذلك صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه سال عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه»(٢).

ولا- يبعد الالتزام بذلك في الخيار المشروط، بل جميع الخيارات بناء على عدم احتمال الخصوصيه في شرط الخيار وخيار الحيوان كما لا يخفى.

ص: ٣١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٥ ، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٢ .

هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدّم في عبارتي المبسوط والخلاف [١] من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار عمومته للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد. كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط والحيوان الذي يطلق عليه الشرط أيضاً. فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. ومما يدل على الاختصاص: أنّ ما ذكر من الأدلّة مختصّه بالخيارين، وأن الظاهر من لفظ

الشرح:

ويحتمل ان يكون ذلك حكماً استجابياً كما عنون صاحب الوسائل قدس سره الباب به فلاحظ.

[١] تعرض قدس سره لشرط الخيار المنفصل وذكر ما حاصله: أنّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢): أنه لا يحصل النقل والانتقال في مورد خيار الحيوان وخيار الشرط سواء كان الخيار المشروط متصلاً أو منفصلاً.

واما إذا كان الخيار غيرهما كخيار العيب والغبن والرؤية فيحصل النقل والانتقال بنفس البيع، حيث خصص الشيخ قدس سره في المبسوط والخلاف بما إذا كان المراد البيع مشروطاً.

والمراد بكون البيع مقيداً ومشروطاً شرط الخيار فيه، كما ان المراد بإطلاق البيع عدم اشتراط الخيار فيه.

واما خيار المجلس فقد ذكر قدس سره في كلماته في المبسوط (٣) والخلاف (٤) لحوقه

ص: ٣١٧

١- (١) المبسوط ٢ : ٨٣ .

٢- (٢) الخلاف ٣ : ٢٢ ، المسألة ٢٩ .

٣- (٣) المبسوط ٣ : ١٢٣ ، وراجع المبسوط ٢ : ٨٣ .

٤- (٤) راجع الخلاف ٣ : ٢٢ ، المسألة ٢٩ .

«الانقضاء» فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى. وأما خيار المجلس، فالظاهر دخوله فى محل الكلام، لنص الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمه عنه فى باب الشفعه، ولقوله فى الاستبصار: إنَّ العقد سبب لاستباحه الملك إلاَّ أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان ولا- يفسخا العقد، ولنصَّ الشيخ فى الخلاف والمبسوط على أنَّ التفرّق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به. ومراده من اللزوم تحقّق علّه الملك، لا مقابل الجواز، كما لا يخفى. مع أنَّ ظاهر عباره الدروس المتقدمه فى مأخذ هذا الخلاف: أنَّ كل خيار يمنع من التصرّف فى المبيع فهو داخل فيما يتوقّف الملك على انقضائه. وكذلك عبارته المتقدمه فى عنوان هذا الخلاف عن الجامع. وقد تقدّم عن الشيخ فى صرف المبسوط: أنَّ خيار المجلس مانع عن التصرف فى أحد العوضين. ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب وإخوته عن محلّ الكلام، الشرح:

بخيار الشرط والحيوان.

والمذكور فى كلمات الأصحاب أيضا فى عنوان الخلاف حصول الملك بالبيع أو بانقضاء الخيار، وظاهر الانقضاء كون الخيار زمانيا فلا يعم مثل خيار العيب والغبن والرؤية.

نعم خيار المجلس لا حق بخيارى الشرط والحيوان، كما صرح الشيخ قدس سره (١): بان الافتراق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد.

وقد صرّح فى الدروس (٢) فى منشأ الخلاف: أنَّ التصرّف فى زمان الخيار ممتنع. وهذا لا يجرى فى خيار العيب ونحوه، حيث إنَّ التصرّف فى الخيارات المزبوره قبل ظهور العيب والغبن ورؤيه المبيع على خلاف ما وصف جائز، فلا بد أن يلتزم

ص: ٣١٨

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩، والمبسوط ٢: ٨٣.

٢- (٢) الدروس ٣: ٢٧.

فإنّ الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها، فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم والملك قبل الظهور، والخروج عن الملك بعد الظهور وتنجز الخيار، وهذا غير لائق بالشيخ. فثبت أنّ دخولها في محل الكلام مستلزم: إمّا لمنع التصرف في موارد هذا الخيار، وإمّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، وكلاهما غير لائق بالالتزام. مع أنّ كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتّفاقياً في المعيب، لأنّه ذكر في الاستدلال: أنّ المقتضى للملك موجود والخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. وذكر أيضاً أنّه لا منافاه بين الملك والخيار، كما في المعيب. وقد صرح الشيخ قدس سره أيضاً في المبسوط: بأنّه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماء ثم وجد به عيباً ردّه دون نمائه، محتجّاً بالإجماع وبالنبويّ: «الخراج بالضمان» وستجىء تتمّه لذلك إن شاء الله تعالى.

الشرح:

الشيخ قدس سره بحصول الملك في مورد الخيارات المزبوره بالعقد.

ويفصح عن ذلك ما ذكره في المبسوط (1): من أنه لو ظهر للمعيب نماء ثم ظهر عيبه فيرد المعيب دون نمائه.

والحاصل: أنّ احتمال أنّ الشيخ قدس سره لا يلتزم بجواز التصرف قبل ظهور العيب والغبن والرؤية لا يليق به، كما أنّ التزامه قدس سره بجواز التصرف قبل حصول الخيارات المزبوره لحصول الملك قبلها، وأنّه بعد حصول الخيار يزول الملك ويرجع المبيع إلى ملك بائعه أيضاً لا يليق بشأنه قدس سره .

أقول: لو بنى على أن الخيار حق يتعلّق بالعين، وأنّ تعلّقه به يمنع عن تصرّف من عليه الخيار فيه فلا يجوز التصرف لمن عليه الخيار في جميع الخيارات.

ص: ٣١٩

التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له

مسأله: ومن أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار [١] في الجملة، على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

وتوضيح هذه المسأله: أنّ الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. ويدل عليه ما تقدّم في المسأله السابقه من الأخبار. وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك، لقوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن سنان: «وإن كان بينهما شرط أياً ما معدوده فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه». ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام: «حتّى ينقضى شرطه، ويصير المبيع للمشتري» كذلك بناءً على أنّ المناط انقضاء الشرط الذي تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس في الأخبار، بل ظاهره: أنّ المناط في رفع ضمان البائع صيروره المبيع للمشتري الشرح:

ولو كان اعتبار الملك مع هذا المنع عن التصرف لغوا لما حصل الملك إلا بعد انتهاء الخيار وسقوطه من غير فرق بين خيار وخيار آخر، فان الخيار المزبور يكون كشرط الخيار المنفصل.

نعم لو استدل في منع حصول الملك بالأخبار فلا يحصل النقل والانتقال في خيارى المجلس والحيوان وخيار الشرط فيما كان المبيع من قبيل الحيوان لا سائر المتاع، كما تقدم في الخيار المشروط في بيع الخيار كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في المقام في المسأله المعروفه في أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، ويستفاد من كلماتهم فيها أن في عموم هذه القاعده وعدم عمومها أقوال:

الأول: أن هذا الحكم يختص بخيار الحيوان وخيار الشرط فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان أو غيره متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

الثاني: كون الحكم كذلك فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان.

واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه. وإلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فى السرائر، حيث قال: فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لأنه قد استقرّ عليه العقد، والذي له الخيار ما استقرّ عليه العقد ولزم. فإن كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك فى يده كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لأنّ العقد مستقرّ عليه ولازم من جهته. ومن هنا يعلم أنه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم فى كل خيار، فتثبت القاعده المعروفه: من «أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» من غير فرق بين أقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب، بل نسبه جماعه إلى إطلاق الأصحاب. قال فى الدروس فى أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار»، انتهى. فإنّ ظاهره كفايه مطلق الخيار فى عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه قدس سره فى اللمعه. الشرح:

الثالث: أنّ الحكم يجرى فى خيارى الحيوان والشرط سواء كان الخيار المشروط للبائع أو للمشتري، وفى خيار المجلس مختصاً بأحد المتعاقدين، كما إذا شرط عدم خيار المجلس للبائع أو للمشتري، ويظهر من المصنف رحمه الله اختيار ذلك.

الرابع: أنّ الحكم يجرى فى كلّ الخيارات فيما إذا اختص الخيار بأحد المتبايعين سواء كان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

والعمده فى وجه الاختلاف ملاحظه ما يستفاد منه الحكم، فانه قيل: يستفاد مما ورد فى خيارى الحيوان والشرط أنّ البيع فيما لم يكن لازماً لأحد المتعاقدين، بحيث يمكن له إرجاع المال إلى من انتقل عنه يكون ضمان تلفه على من انتقل عنه.

وفى صحيحه عبدالله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابه أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابه أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال:

وفى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف قدس سره : «ولو ماتت الشاه المصرّاه أو الأمه المدلّسه فلا شىء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه» قال: وتقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم أظفر فى كلام المصنف وغيره بشىء فى ذلك، انتهى. وقال فى شرح قول المصنف قدس سره : «ولا يسقط الخيار بتلف العين»: مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع، لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردّد فيه وفى خيار الرؤيه. وفى المسالك فى مسأله أن العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم وأن الحادث فى أيام خيار الحيوان مضمون على البائع قال: وكذا كل خيار مختص بالمشتري. وعن مجمع البرهان فى مسأله أن تلف المبيع بعد الثلاثه مع خيار التأخير من البائع استناداً إلى عموم قاعده «تلف المبيع قبل الضمان» قال: إن هذه القاعده معارضه بقاعده الشرح:

على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١).

فإن ظاهرها أن انتقال الضمان إلى المشتري إنما هو فيما كان الشراء المزبور لازماً عليه.

وفى ذيل هذه الصحيحه على روايه الشيخ قدس سره «وان كان بينهما شرط أيام معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع»^(٢)، وهذا الذيل يعم ما إذا كان شرط الأيام منفصلاً عن العقد، بل يعم شراء غير الحيوان أيضاً لرجوع ضمير بينهما إلى البائع والمشتري، لا إلى خصوص مشتري الحيوان وبائعه.

والحاصل: أنه قد يقال: إنّ الاستفادة من الصحيحه أن الملاك فى ضمان المبيع

ص: ٣٢٢

١- (١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣ .

٢- (٢) نفس المصدر السابق .

أخرى، وهى: أن تلف المبيع فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإنّ الظاهر من جعل هذه قاعده كونها مسلّمه بين الأصحاب. وصرح بنحو ذلك المحقّق جمال الدين فى حاشيه الروضه، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفاً بعمومها من جهات أخرى. وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، ولا بين الثمن والمثمن، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري، ولذا نفى فى الرياض الخلاف فى أنّ التلف فى مدّه الخيار ممّن لا خيار له. وفى مفتاح الكرامه: أنّ قولهم: «التلف فى مدّه الخيار ممّن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. ثم ذكر فيها تبعاً للرياض: أنّ الحكم فى بعض أفراد المسأله مطابق للقاعده.

الشرح:

على بايعه عدم صيرورته ملكاً لازماً للمشتري، ويجرى ذلك فى جميع الخيارات، فانه إن كان المراد بالشرط مطلق الخيار فالأمر واضح، وهذا ظاهر الدروس (١) وقبله السرائر (٢) وغيرها.

وقد تصدّى المصنف قدس سره لنقل كلمات الأصحاب فى المقام لاستظهار القول بعموم القاعده وعدم عمومها.

ولكن ناقش فى استظهار عموم القاعده من الصحيحه بأنّها لا تعم غير خيار الحيوان والشرط.

نعم يدخل فيها خيار المجلس فيما إذا اختص بأحدهما، لأنه قد أطلق الشرط بخيار المجلس أيضاً، كما فى صحيحه الفضيل عن أبى عبدالله عليه السلام «قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإذا افترقا، فلا خيار بعد الرضا

ص: ٣٢٣

١- (١) الدروس ٣: ٢١٠ ٢١١ .

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٧ .

لكن الإنصاف: أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتّفاقهم عليه. فإنّ ظاهر قولهم: «التلف في زمان الخيار» هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعه إلى توقّف الملك على انقضاءه، لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها، ألا- ترى أنّهم اتّفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع ولو كان الموت بعد العلم بالعيب؟ ألا- ترى أنّ المحقّق الثاني ذكر: أنّ الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع؟ وأمّا ما نقلنا عنه سابقاً في شرح قوله: «ولو تعيبت قبل علمه» فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنّه لم يظفر فيه على شيء، مع أنّه ذكر في شرح قول المصنّف في باب العيوب: «وكلّ عيب يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار، فإنّه لا يمنع الردّ في الثلاثة»: نفى ذلك الاحتمال الشرح:

منهما»(١).

أقول: عمدته من استظهر من كلامه عموم القاعدة الشهيد رحمه الله في الدروس(٢) واللمعه(٣)، حيث قال رحمه الله في أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار». فإنّ مقتضى التقييد بما إذا لم يكن للقابض خيار أنّه مع الخيار له لا ينتقل الضمان.

ولكن لا يخفى أنّه لو أخذ بهذا الظهور يكون مقتضاه عدم ضمان القابض مع الخيار له سواء كان لصاحبه أيضاً خيار أم لا فيعم موارد خيار المجلس وما إذا باع المعيب مع جهل المشتري بالعيب بأقل من قيمه السوقية، بحيث يكون للبائع خيار

ص: ٣٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢١٠ ٢١١ .

٣- (٣) اللمعه الدمشقيه : ١٣٢ .

على وجه الجزم، حيث قال: الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له. وهل خيار الغبن والرؤية كذلك؟ يبعد القول به خصوصاً على القول بالفوريته، لا خيار العيب، لأن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم قطعاً، انتهى. ومن ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن. فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه إلا ما أشرنا إليه: من أن مناط خروج المبيع عن ضمان البائع على ما استفاد من قوله عليه السلام: «حتى ينقضى شرطه ويصير المبيع للمشتري» هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار وصيروره المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، الشرح:

الغبن وللمشتري خيار العيب.

وكذا استظهر العموم من كلام المحقق (1) الثاني في توجيه القيد من كلام العلامة، حيث ذكر العلامة أنه: «لو ماتت الشاه المصيراه أو الأمه المدلّسه فلا شيء للمشتري»، يعني لا يستحق المشتري مطالبه البائع بشيء، لا بأخذ الثمن ولا الأرش، فيكون الحاصل أنه لا ضمان على البائع في موت الشاه المصراه ولا في موت الأمه المدلّسه.

أما عدم استحقاق الأرش لأن الأرش يختص بموارد خيار العيب، ولا يجري في موارد خيار التذليس حيث إن التذليس إيهام وصف كمال في المبيع مع عدم وجوده فيه.

وأما عدم استحقاق الثمن فلا بد من أن يفرض الموت في غير زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، حيث إن كلام العلامة ناظر إلى عدم ضمان البائع بالتذليس، لا نفى ضمانه بخيار آخر.

وقال العلامة عقيب ذلك: «وكذا لو تعييت عنده قبل علمه بالتذليس» أي لا يكون

ص: ٣٢٥

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

فيدل على: أن كل من له شرط وليس المعوض الذى وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه ويصير مختصاً به لازماً عليه. وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل فى مقابله القواعد، مع أنه يمكن منع دلاله هذا المناط المستنبط عليه، لأن ظاهر الصحيحه الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أول الأمر، كما يظهر من لفظه «حتى» الظاهره فى الابتداء، وهذا الشرح:

شئ للمشتري فيما إذا تعيب الأمه المدلّسه عنده قبل علمه بالتدليس.

وأورد المحقق الثانى(١): بأنه لا وجه لتقييد عدم ضمان البائع بما إذا كان تعيب الأمه قبل علم المشتري بكونها مدلّسه، بل لو تعيب بعد علمه بالتدليس فلا يضمن البائع أيضاً، إلا أن يقال مع علمه بالتدليس: يثبت له خيار التدليس، فيكون التعيب زمان خياره، فلا يكون مضموناً عليه، بل يكون مضموناً على بايعه.

ولكن لم أظفر فى كلام المصنف رحمه الله وغيره أن يكون على البائع ضمان تلف المبيع فى زمان خيار التدليس للمشتري.

ولكن لا يخفى أنه ينبغى استظهار عموم قاعده «أن التلف أو التعيب فى زمان الخيار ممن لا خيار له» من التقييد فى كلام العلّامه لا من توجيه المحقق الثانى، فان توجيهه لا يزيد إلا كون العموم قولاً للعلّامه.

مع أنه لا وجه لتقييد العلّامه رحمه الله عدم ضمان البائع تعيب الأمه المدلّسه بما إذا كان قبل علم المشتري بالتدليس، وإطلاق عدم ضمان البائع موت الشاه المصّرّاه والأمه المدلّسه.

وكيف ما كان فما ذكره فى مفتاح الكرامه(٢): من أن قولهم «التلف فى زمان الخيار

ص: ٣٢٦

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٣٥٤ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٩٩ . ٦٠٠ .

المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان منفصلاً، بناءً على أن البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط، ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. وأمّا الغبن والعيب والرؤيه وتخلف الشرط وتفليس المشتري وتبعض الصفقه، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

الشرح:

ممن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الناظر فى كلماتهم يرى عدم التسالم عليها، بل ادعى الإجماع على أنّ حدوث العيب الجديد فى يد المشتري يمنع عن الفسخ بالعيب القديم ويبقى المطالبه بالأرّش من غير فرق بين حدوث العيب الجديد بعد العلم بالقديم أو قبله.

بل على تقدير التسالم أيضاً فلا- يمكن الاعتماد عليه، لأنه لم يظهر من كلماتهم فى مدرك القاعده غير الأخبار المشار إليها، واستفاده القاعده الكليه منها مشكل جداً، فان قوله عليه السلام «حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١) غاية لضمان البائع موت العبد أو الدابه أو حدوث العيب والنقض فى أحدهما، وهذا لا يعم غير خيار الحيوان للمشتري، والتعدى إلى سائر الخيارات حتى خيار المجلس بلا وجه، فإنّ خيار المجلس وان أطلق عليه الشرط إلاّ أنّه ليس ثلاثه أيام كما لا يخفى.

وأما ما فى ذيل صحيحه عبدالله بن سنان من قوله عليه السلام «وان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع»^(٢)، فغاياته انه يعم شرط الخيار متصلاً أو منفصلاً للمشتري.

والضمير فى «بينهما» يرجع إلى مطلق البائع والمشتري، لا بائع العبد أو الدابه ومشتريهما.

ص: ٣٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

والحاصل: أنّ ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازماً على المشتري، وهذا مختص بالبيع المتزلزل من أول الأمر، فلا- يشمل التزلزل المسبوق باللزام، بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع، فاتضح بذلك أنّ الصحيحه مختصه بالخيارات الثلاثه، على تأمل في خيار المجلس. ثم إنّ مورد هذه القاعده إنما هو ما بعد القبض، وأما قبل القبض فلا إشكال ولا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار، فلا تشمل هذه القاعده خيار التأخير.

وأما عموم الحكم للثمن والمثمن [١] بأن يكون تلف الثمن في مدّه خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد، نظراً إلى المناط الذي استفدناه، ويشمله ظاهر عباره الدروس المتقدمه، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

الشرح:

لا يقال: هذا الذيل يعمّ ما إذا كان الخيار المشروط لكل من البائع والمشتري لو لم نقل بشموله لما إذا اختص الخيار للبائع، فلا يمكن حمله على ما اختص المشتري بالخيار.

فانه يقال: ظاهر الذيل وحده الخيار المشروط، وإلا لكان الأنسب التعبير بأن كان لهما شرط فيكون الخيار المشروط للمشتري بقرينه أنّ الموجب لانتفاء ضمان البائع انقضاء الشرط للمشتري، كما هو ظاهر موثقه عبدالرحمن (١) عن رجل... الخ.

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّه كما أنّ ضمان تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره على البائع كذلك ضمان تلف الثمن بيد البائع زمان خياره على المشتري.

ص: ٣٢٨

وتوهم: عدم جريانه مع اقتضاء القاعده كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض، مدفوع: بأن الضمان الثابت قبل القبض وبعده في مدّه الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعده، لأنّ المراد به انفساخ العقد ودخول العوض في ملك صاحبه الأصلي وتلفه من ماله. نعم، هو مخالف لأصله عدم الانفساخ، وحيث ثبت المخالفه قبل القبض، فالأصل بقاؤها بعد القبض في مدّه الخيار. نعم، يبقى هنا: أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدّه خيار البيع الخياري من المشتري، فينفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع. والتزام عدم الجريان من حيث إنّ الخيار في ذلك البيع إنّما يحدث بعد ردّ الثمن أو مثله فتلف الثمن في مدّه الخيار إنّما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله، مدفوع بما أشرنا سابقاً: من منع ذلك، مع أنّ المناطق في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقّق ولو بالخيار الشرح:

والوجه في ذلك ما يستفاد ممّا ورد في خيار الحيوان أنّ ضمان التلف قبل القبض لا يرتفع بالقبض عن الضامن فيما كان المقبوض ملكاً غير لازم لقبضه بحيث يمكن له سلبه عن نفسه، وهذا الملاك يجرى في ناحيه الثمن كما كان في ناحيه المثلث. ولو اغمض عن ذلك وفرضنا الشك في بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد القبض فيجرى الاستصحاب في ناحيه بقاء ضمانه الذي كان ثابتاً قبل القبض.

لا يقال: الثمن في الفرض ملك البائع وقد تلف في يده وضمن شخص آخر ذلك الثمن خلاف قاعده الخراج بالضمان، فإنّ خراج الثمن المزبور للبائع فيكون ضمانه أيضاً عليه، فلا تصل النوبه إلى التمسك بالاستصحاب.

فإنّ يقال: هذا الضمان لا يخالف تلك القاعده، فإنّ معنى هذا الضمان رجوع الثمن عند تلفه إلى ملك المشتري فيتلف ملكاً له.

وكما أنّ الثمن زمان تلفه في ضمان المشتري كذلك خراجه بل وعينه أيضاً ملكه

المنفصل، كما أشرنا سابقاً. فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصياً بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع ولو منفصلاً عن العقد. وأمّا إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدّه فقبض فرداً الشرح:

كما هو الحال في تلف المبيع زمان خيار المشتري.

نعم استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد قبض البائع مخالف لاستصحاب بقاء العقد، وعدم انحلاله بتلف الثمن بيد بائعه الذي يكون له خيار الشرط أو خيار المجلس بل خيار الحيوان، إلا أنّ استصحاب بقاء الضمان الثابت قبل القبض إلى ما بعده حاكم على استصحاب عدم انفساخ العقد، كحكومه استصحاب ضمان اليد على اصاله عدم اشتغال من تلف المال بيده بالمثل أو قيمه.

أقول: استصحاب بقاء الضمان قبل القبض من الاستصحاب في الشبهه الحكميه فلا اعتبار به، وعلى تقدير اعتباره فيها والقول بأنّ الضمان في نفسه أمر اعتباري لا يدخل استصحابه في الاستصحاب التعليقي، فلا ريب في أنّه لا تصل النوبه إلى استصحاب الضمان، لا لأنّ استصحاب عدم الانفساخ ينافيه، لما تقدّم من أنّ معنى الضمان هو أنّ تلف الثمن بيد المشتري كان مع الانفساخ فكذلك بعد قبض البائع، فيكون التثبت باستصحاب عدم الانفساخ من الأخذ بالاستصحاب المسببي مع الأصل السببي، بل لعدم وصول النوبه إلى استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري لعدم المورد للاستصحاب في المقام أصلاً، لأنّ المرجع عند الشك في تلف الثمن في يد البائع الذي له الخيار إطلاق حل البيع وإمضائه نظير قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (1) فإنّ مفاد الإطلاق إمضاء البيع إلى الأبد. وما دل على الخيار وضمن التلف

ص: ٣٣٠

منه فتلّف في يده، فإنّ الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأنّ مقتضى ضمان المبيع في مدّة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيروره الكليّ كغير المقبوض، وهذا ممّا لا تدلّ عليه الأخبار المتقدّمة، فتأمل.

الشرح:

قبل القبض وضمن البائع تلف المبيع يستفاد منها أنّ الإمضاء إلى أن يقع الفسخ من ذى الخيار أو إلى أن يقع التلف قبل القبض أو إلى أن يتلف المبيع بيد المشتري الذي كان له الخيار، ويبقى باقي الصور تحت الإطلاق.

لا يقال: هذا التمسك مبنى على جواز التمسك بالعام فيما ورد عليه مخصص في زمان وشك بعد ذلك الزمان في حكم الفرد الخارج.

فانه يقال: ليس ما نحن فيه من صغيريات تلك الكبرى وإن كان الصحيح في ذلك البحث أيضا جواز التمسك بالعام حتى ما لو كان حكم أفراد العام استمراريًا.

والوجه في عدم دخول المقام في تلك الكبرى أن البيع المفروض في المقام لم يكن خارجا عن خطاب الإمضاء سابقا، لعدم وقوع تلف الثمن قبل القبض كما لا يخفى.

ويبقى في البين دعوى أنه يستفاد من صحيحه عبدالله بن سنان (١) المناط في الضمان المعاملي، ولكن قد تقدّم أنّه لا يستفاد منها إلا ضمان البائع تلف المبيع بيد المشتري فيما كان له خيار الحيوان أو الشرط.

ثم بناءً على أنّ تلف الثمن في زمان خيار البائع على المشتري أنّه لو تلف الثمن بيد البائع في بيع الخيار فعلى المشتري أن يرّد المبيع إلى بائعه، وهذا فيما كان الثمن شخصا.

ص: ٣٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

ثم إنَّ ظاهر كلام الأصحاب وصريح جماعه منهم [١] كالمحقِّق والشهيد الثانيين : أنَّ المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه وانفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، وهو الظاهر أيضاً من قول الشهيد قدس سره في الدروس: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار» حيث إنَّ مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه، بل يبقى على ضمان ناقله الثابت قبل القبض. وقد عرفت أنَّ معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ الشرح:

وأمَّا إذا كان كلياً وتلف الفرد المقبوض بيد البائع فلا يكون هذا التلف موجبا لانحلال البيع، لأنَّ تلف المقبوض من ملك المشتري لا يلزم الانفساخ في البيع، بل يكفي فيه انحلال القبض، فيستحق البائع المطالبة بفرد آخر.

ويجرى ذلك فيما إذا كان المبيع كلياً وقبض المشتري فرداً منه، وتلف ذلك الفرد في زمان خياره.

والحاصل: أنَّ الالتزام بالانحلال في القبض في العقد لتصحيح وقوع التلف على غير ذي الخيار، وهذا يحصل بالانحلال في القبض.

ولو شك في انحلال البيع في هذه الصورة فالمرجع لإطلاق دليل الإمضاء، ولا أقلَّ من استصحاب بقاء البيع.

[١] المراد من كون ضمان تلف المبيع في زمان خيار المشتري من بئعه على ما تقدّم انحلال البيع عند تلفه ليقع التلف في ملك البائع، فيرجع الثمن إلى ملك المشتري، ولو كان للمبيع نماء إلى زمان تلفه فالنماء للمشتري كما أنَّ نماء الثمن إلى ذلك الزمان للبائع.

وليس المراد من ضمان البائع ضمان التلف في اليد بأن يصحَّ البيع حتَّى بعد تلف المبيع، بحيث يكون للمشتري فسخه بالخيار، فيرجع إلى البائع بالثمن، أو يبقى البيع

العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعده، وهي: أنّ التلف في مدّه الخيار ممن لا خيار له، فإنّ معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أنّ هذا ظاهر الأخبار المتقدمه الداله على ضمان البائع للمبيع في مدّه خيار المشتري بضميمه قاعده «عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد مالكة» وقاعده «التلازم بين الضمان والخراج»، فإنّا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأ ما لم يلزم مخالفه شيء من القاعدتين. والحاصل: أنّ إرادته ما ذكرنا من الضمان ممّا لا ينبغي الريب فيها.

الشرح:

بحاله، فيرجع إلى البائع ببديل المبيع مثلاً أو قيمه.

والوجه في كون ضمان البائع على النحو الأول مضافاً إلى كونه ظاهر كلمات الأصحاب من أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أنه لم يعهد أن يتلف مال مالك في يده، ويكون خسارته على غيره.

وبتعبير آخر: الملازمه بين كون شيء ملكاً لشخص وذهابه عن كيسه عند تلفه في يده، ومقتضى قاعده الخراج بالضمان وأنّ كون شخص مالكا لعين يلازم ضمانه يقتضيان أن يكون المبيع عند تلفه في يد المشتري غير مملوكه له، بل تكون مملوكه لبائعها، ولا يكون هذا إلا بانحلال البيع عند تلفها.

أقول: لا- ينبغي التأمل في أنّ معنى الضمان قبل القبض هو الضمان المعاملي أي انحلال البيع بتلف قبل قبضه، فإنّ ظاهر معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام وقوع تلفه في ملك بايعه، قال: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع»^(١).

ص: ٣٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

ومع ذلك كله فظاهر عبارته الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم بل يدل على عدم الانفساخ، قال قدس سره : لو تلف المبيع قبل قبضه بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجوع بالبدل في صورته عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجوع بالثمن وغرم البدل في صورته ضمانه، ولو أوجب المشتري في صورته التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع قيمته أو المثل. وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، انتهى.

الشرح:

وكذا الضمان في زمان الخيار كما هو ظاهر مرسله حسن بن علي بن رباط عمّن رواه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»^(١). بل ظاهر صحيحه عبدالله بن سنان^(٢) وغيرها أيضا.

فإنّ المتفاهم منها أنّ الضمان المنفى عن المشتري هو الذي يثبت عليه بعد انقضاء الخيار، ومن الظاهر أنّ الضمان الثابت على المشتري بعد انقضاء خيار الحيوان هو الضمان المعاوضي.

ففي موثقه عبدالرحمن عن أبي عبدالله: «ليس على الذي اشترى حتى يمضي شرطه»^(٣).

وفي روايه عبدالله بن الحسن بن زيد عن أبيه عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان»^(٤).

ص: ٣٣٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخمار، الحديث ٥ .
 - ٢- (٢) المصدر : ١٤ ، الحديث ٢ .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ : ١٤ ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .
 - ٤- (٤) المصدر : ١٥ ، الحديث ٤ .

والعبارة محتاجه إلى التأمل [١] من وجوه. وقد يظهر ذلك من إطلاق عبارته التذكرة، قال: «لو تلف المبيع بآفه سماويه فى زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وإن كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع ويجب قيمه على ما تقدم» ثم حكى عن الشافعيه وجهين فى الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناءً الشرح: وهذا هو العمده، وإلا فمقتضى إطلاق الإمضاء حتى بعد تلف المبيع زمان خيار المشتري تعين ضمان التلف مع عدم فسخ ذى الخيار.

ولو فرض تعارض هذا الإطلاق مع قاعده التلازم بين الضمان والملك فيرجع إلى استصحاب بقاء البيع والخيار، وتكون النتيجة ضمان التلف كما لا يخفى.

[١] وجه التأمل: فإن الشهيد رحمه الله ذكر فى أول كلامه (١): أن البائع إذا فسخ البيع فى صورته تلف المبيع بيد المشتري يرجع إليه ببدل المبيع فيما إذا لم يكن ضمان. ومفهوم القيد أن البائع الفاسخ إذا كان عليه ضمان فليس له مطالبه البديل من المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لا يتصور كون البائع ذا الخيار وأن يكون عليه ضمان تلف المبيع بيد المشتري هذا أولاً.

وثانياً ذكر فى آخر كلامه (٢): أنه إذا كان للمشتري خيار وتلف المبيع بيد بائعه قبل قبضه يبطل البيع، ولا يفيد إيجاب المشتري أى إمضائه فى تضمين البائع بالمثل أو قيمه.

ثم ذكر (٣): أنه إذا تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره ففى انسحاب الحكم الثابت قبل القبض بأن لا يفيد إيجاب المشتري فى تضمين البائع بالمثل أو قيمه إشكال، مع أنه ذكر فى أول كلامه (٤): أنه إذا تلف المبيع بعد قبض المشتري لا يبطل البيع،

ص: ٣٣٥

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧١ .

٢- (٢) و (٣) و (٤) الدروس ٣ : ٢٧١ .

على الملك بالعقد. ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أن قوله في القواعد: «لا يسقط الخيار بتلف العين» محمول على غير صورته ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها. وربما يحتمل أن معنى قولهم: «إن التلف ممن لا خيار له»: [١] أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه، لا أنه يفسخ كما في التلف قبل القبض. وأمّا حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو قيمه، وبين الرجوع بالثمن. ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن. ويحتمل أن لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار: أن له الفسخ. ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل. [٢] وكذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة الشرح:

ولا خيار المشتري.

[١] الاحتمالات في ضمان التلف في زمان الخيار خمسه:

الأول: ما اخترناه من انحلال البيع وإتلاف المبيع في ملك بايعه.

الثاني: ما عن ظاهر الدروس من كون المشتري مخيراً بين فسخ البيع والرجوع إلى ثمنه، وإبقاء البيع ومطالبه البائع بالبدل.

الثالث: كون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع وإيجابه، فيتخير في صورته الإبقاء بين المطالبه بالبدل وبين المطالبه بالثمن.

الرابع: فسخ البيع واسترداد الثمن وإبقاء البيع والمطالبه بالثمن.

الخامس: أنه إذا فسخ البيع يسترد الثمن، وإلا فلا شيء له.

وغير الأول من الاحتمالات ينافيها إطلاق ما دل على أن الحدث بعد انقضاء زمان خيار المشتري عليه، وقبله على البائع على ما تقدم تقريره.

حكم تلف البعض حكم تلف الكل

[٢] لو اشترى حيوانين بصفقه واحده وتلف أحدهما زمان خيار المشتري يتبعص البيع فيرجع المشتري إلى البائع بما يقع من الثمن بازاء الحيوان التالف،

بلا خلاف على الظاهر، لقوله عليه السلام في الصحيحه السابقه: «أو يحدث فيه حدث» فإنّ المراد بالحدث أعمّ من فوات الجزء والوصف. هذا كلّ إذا تلف بآفه سماويّه، ومنه حكم الشارع عليه بالإتلاف. وأمّا إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره ولزم العقد من جهته. وإن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخيّر بين إمضاء العقد والرجوع بالقيمه والفسخ والرجوع بالثمن.

الشرح:

ويحصل له خيار التبعض أيضا بالإضافه إلى الحيوان الآخر. وبتعبير آخر: يكون تلف أحدهما فى زمان الخيار كتلفه بيد بائعه قبل القبض.

وكذا لو اشترى حيوانا وقبضه وحصل فيه عيب فى زمان خياره يكون ذلك كحدوث العيب فيه بعد البيع بيد بائعه قبل القبض فى كونه موجبا لفسخ المشتري بالعيب، والمطالبه بالأرش.

ولو لم يعلم المشتري بحدوث العيب بيده إلا بعد انقضاء خيار الحيوان، أو الشرط كان له الفسخ بالعيب الحادث.

ودعوى تعين الأرش فى هذه الصوره، لأنّ الشرط فى جواز الفسخ بالعيب بقاء المبيع على ما كان عليه عند الشراء لا يمكن المساعده عليها لأنّ المعبر فى جواز الفسخ بقاء المبيع بحاله مع قطع النظر عن العيب الموجب لجواز الفسخ.

ثم إنّ من التلف فى زمان الخيار الموجب لانفساخ المعامله ما إذا كان بآفه سماويه، ويدخل فى هذه الآفه حكم الشارع بتلف المبيع، كحكمه على العبد المشتري بالانعتاق بصيرورته مقعدا أو أعمى.

وأما إذا كان التلف بفعل المشتري يكون ذلك موجبا للزوم البيع، وسقوط خيار الحيوان بل خيار الشرط أيضا على وجه.

وأما إذا كان التلف بفعل البائع فلا يوجب إتلافه زمان خيار المشتري بطلان

ص: ٣٣٧

لو كان الإتلاف من الأجنبي تخيّر بين الإمضاء والفسخ

وإن كان باتلاف أجنبيّ تخيّر أيضا [١] بين الإمضاء والفسخ، وهل يرجع حينئذٍ بالقيمة إلى المتلف [٢] أو إلى صاحبه، أو يتخيّر؟ وجوه: من أنّ البدل القائم

الشرح:

البيع، كما هو الحال كذلك في إتلافه قبل قبض المشتري فيكون للمشتري فسخ معامله والرجوع بثمنه، وبين إبقاء البيع بحاله ومطالبه البائع ببدل المبيع مثلاً أو قيمه.

[١] ذكر قدس سره أنه لو كان تلف المبيع زمان خيار المشتري بفعل الاجنبي يكون الامر كذلك فيتخيّر بين فسخ البيع واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع ومطالبه الأجنبيّ المتلف بالمثل أو قيمه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ إتلاف الأجنبيّ من تلف المبيع سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، وقد ذكر سلام الله عليه في معتبره عقبه بن خالد (١)، سرقة المبيع في يد بائعه من تلفه قبل القبض.

وما في صحيحه عبدالله بن سنان (٢) وغيره (٣) من الحدث في الحيوان في ثلاثة أيام ويعم التلف بفعل الأجنبيّ.

نعم يكون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه وبين إبقاء البيع ومطالبه المتلف «بالكسر» بالبدل في سائر الخيارات التي لا يكون فيها ضمان المبيع على بائعه، كما في خيار الغبن أو المجلس ونحوهما، ويجرى في المقام أيضاً بناءً على عدم ضمان البائع إتلاف الأجنبيّ كما هو الفرض.

ضمان العين التالفه بعد الفسخ

[٢] إذا فسخ المشتري البيع واسترد ثمنه يقع الكلام في رجوع البائع فهل يرجع إلى المتلف «بالكسر» ببدل المبيع، أو يرجع إلى صاحب الخيار الفاسخ، أو يتخيّر في

ص: ٣٣٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار .

مقام العين في ذمّه المتلف فيستردّه بالفسخ، ولأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفسخ بناءً على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، وعلى التقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الأجنبي. ومن أنه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلن في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن وصار في ذمته، لأنّ ضمان المتلف محلّه الذمّه لا الأموال الخارجيّة، وما في ذمّه المتلف إنّما تشخّص مالا للمالك، وكونه

الشرح:

الرجوع إلى كل منهما وجوه، وقوله قدس سره: «وهل يرجع حينئذٍ بالقيمه» إشاره إلى هذا الخلاف.

وقد ذكر في وجه رجوع البائع إلى المتلف بالبدل أمران:

أحدهما: أنّ بدل العين التالفه بدمه المتلف فيملك البائع المفسوخ عليه ذلك البدل بالفسخ.

ثانيهما: أنّ تلف العين وإن حصل حال كونها ملكا للفسخ أي المشتري، إلا أنه بعد الفسخ يعتبر عود تلك العين إلى البائع قبل تلفها بناءً على أنّ المعترف في الضمان اعتبار زمان التلف، أو تعتبر العين التالفه ملكا للمفسوخ عليه عند الفسخ بناءً على أنّ الاعتبار في الضمان بيوم الفسخ.

وعلى كلا التقديرين يكون البدل بدمه المتلف «بالكسر» للبائع، كما لو كانت العين بيد الأجنبي باقيه عند فسخ ذي الخيار فإنّه كما تكون تلك العين مع بقائها ملكا للبائع كذلك بدلها مع تلفها بفعل الأجنبي.

أقول: «في ملك الفاسخ» في قوله «لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ» متعلق بالتلف لا بالرجوع، و«للفاسخ» في قوله «ملكاً تالفاً للفسخ» سهو، والصحيح «للمفسوخ عليه».

وذكر في وجه الرجوع إلى صاحب الخيار أي الفاسخ أنه إذا رجع الثمن إلى ملك

ص: ٣٣٩

بدلاً عن العين إنّما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت، لا أنه بدل خارجي يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير المتلف، فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ، وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها الشرح:

ذی الخيار المزبور تلف العين فی ملكه يلزم خروج بدل المثلث عن ملك صاحب الخيار.

ومقتضى خروجه عن ملكه ثبوت البديل على ذمته، لأنّ ضمان المال التالف وخروجه إلى ملك الغير بمعنى ثبوت بدله على الذمه.

وهذا هو المراد من قوله «لأنّ ضمان المتلف «بالفتح» محله الذمه» لا ضمان الأمور الخارجيه أى الاعيان الخارجيه الغير التالفه، فإنّ ضمانها ليس بمعنى على العهد.

لا يقال: بدل العين التالفه كان ثابتا على ذمه المتلف «بالكسر» قبل الفسخ، فيدخل بالفسخ ذلك البديل فى ملك البائع.

وبتعبير آخر: ذلك البديل المملوك لصاحب الخيار يرجع إلى البائع فى مقابل رجوع الثمن إلى ملك صاحب الخيار الفاسخ.

فإنه يقال: البديل على ذمه المتلف «بالكسر» قد تشخص قبل الفسخ ملكا لصاحب الخيار المزبور كونه مالكا للعين عند تلفها، فيكون ذلك البديل نظير ما إذا باع المشتري المتاع فى زمان خيار البائع من ثالث وأخذ الثمن من ذلك الثالث أو كان على عهده الثالث، فلا يحق للبائع بعد فسخه المطالبه بذلك الثمن، بل يكون على المشتري الأول بدل ذلك المتاع مثلاً أو قيمه.

وبتعبير آخر: البديل على عهده المتلف «بالكسر» يترتب عليه البديله فى التلف

مضمونه لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك، لا المتلف. ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمة بعده، وإتلاف الأجنبي أيضاً سبب للضمان، فيتخير في الرجوع. وهذا أضعف الوجوه.

الشرح:

خاصه، لا البدليه عن العين التالفه في جميع جهاتها.

ولو كانت العين باقيه بيد الأجنبي كانت راجعه إلى ملك بائعها بفسخ ذى الخيار، فلا يكون مع تلفها البديل الثابت على عهده المتلف «بالكسر» مثل العين من هذه الجهه أيضاً.

والحاصل: أنه لا يكون ما على عهده المتلف بدلاً خارجياً عن العين ليرتب عليه ما كان مترتباً على العين مع بقائها، وعلى ذلك فإذا فسخ صاحب الخيار البيع يعتبر رجوع العين قبل أن تتلف حال كونها مضمونه لذى الخيار على متلفها إلى ملك المفسوخ عليه، فيكون العين التالفه بالنحو المزبور على عهده ذى الخيار، فيثبت بدلها على ذمته، ولا يكون على عهده المتلف «بالكسر» بالإضافة إلى بائعها بدل.

أقول: مما ذكر في توضيح العبارة يظهر أن الصحيح إبدال «ملك الفاسخ» في عبارته: «مضمونه لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ» ب«ملك المفسوخ عليه».

وذكر في وجه الثالث أن يد الفاسخ يد ضمان بالبدل بعد الفسخ، كما أن إتلاف الأجنبي أيضاً موجب للضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما بنحو التخيير.

أقول: قد ظهر أيضاً أن الصحيح إبدال «يد المفسوخ عليه» ب«يد الفاسخ».

ثم قال: وأضعف الوجوه أخيرها، ولكن لا يخفى أنه أتمها، وذلك فإن يد المشتري في زمان خياره في مفروض الكلام يد ضمان، غايه الأمر أن الضمان على

مسأله: ومن أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال: لا يجب على البائع [١] تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضيه للخيار. وقال بعض الشافعية: ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. ويظهر منه أنّ الخلاف بين المسلمين إنّما هو بعد اختيار أحدهما التسليم، وأما التسليم ابتداءً فلا يجب من ذي الخيار إجماعاً. ثمّ إنّ إن أُريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهة أنّ له

الشرح:

تقدير بقاء البيع معاوضي، وعلى تقدير فسخه ضمان يد.

وإتلاف الأجنبي موجب لكونه مديوناً بالبدل لمن يعتبر العين التالفه عند إتلافها ملكاً له، وكان يعتبر قبل الفسخ أنها عند إتلافها ملكاً للمشتري، وبعد الفسخ يعتبر أنها عند إتلافها ملكاً للبائع مع كون اليد المشتري عليه يد ضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما كما هو الحال في تعاقب الأيدي، غايه الأمر استقرار الضمان على المتلف.

ويشهد لذلك أنه لا يستحق المشتري مطالبه المتلف بالبدل فيما إذا فسخ البيع واسترد الثمن وأبرأ البائع ذمّه المتلف، أو ذمه المشتري عن البدل فلاحظ وتدبر.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١): أنه لا يجب على المتبايعين تسليم مال صاحبه، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لا يجب على الآخر التسليم، ويجوز للمتبرع استرداد ما سلمه إلى الآخر سواء كان الخيار له أو للآخر. ونقل عن بعض الشافعية: أنه لا يجوز للمتبرع الاسترداد، بل على الآخر التسليم، وإن امتنع يجوز للمتبرع أخذ ما انتقل إليه ولو مع عدم رضاه، كما إذا لم يكن البيع خيارياً.

ص: ٣٤٢

الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجهه إلى وجوب أحد الأمرين عليه. والظاهر أنه غير مراد. وإن أُريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظر، من جهة عدم الدليل المخصّص لعموم سلطانه الناس على أموالهم. وبالجملة، فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه وتعرض لوجهه.

الشرح:

وذكر المصنف رحمه الله: أنه يظهر من كلام العلامة أن الخلاف بين المسلمين إنما هو في وجوب التسليم بعد اختيار أحدهما التسليم، وأما التسليم ابتداءً فلا يجوز على ذي الخيار بالاتفاق.

أقول: لا يخفى ما في الاستظهار من التهافت، فإن حصر الخلاف في وجوب التسليم بما إذا اختار أحدهما التسليم معناه الاتفاق على عدم وجوب التسليم ابتداءً لا على ذي الخيار ولا على صاحبه، فيكون منافياً لتخصيص الإجماع على عدم وجوب التسليم ابتداءً بذي الخيار.

وكيف ما كان، فإن قيل بعدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار يكون الأمر كما ذكره في التذكرة. وأما على القول بحصولهما بالعقد فقد يقال: إن الخيار على تقدير كونه حقاً متعلقاً بما انتقل عنه لا يجب على ذي الخيار التسليم، كما لا يجب على صاحبه أيضاً، لأن امتناع كل منهما على تقدير امتناع الآخر شرط ارتكازي. نعم لو تبرّع ذوالخيار بالتسليم يجب على صاحبه أيضاً التسليم.

وفيه: أولاً: أن الخيار حق متعلق بالعقد، فيكون لذي لخيار فسخه، ولا يتعلق الحق بما انتقل عنه.

وثانياً: على تقدير كون الحق متعلقاً بالعقد، فأيضاً لا يجوز الإمساك بما انتقل عنه، فإن متعلق الحق استرداد تلك العين لا بالإمساك بها.

ص: ٣٤٣

مسأله: قال فى القواعد: «لا يبطل الخيار بتلف العين».[١] وهذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد، فإن من جملة أفراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده، ومن المعلوم: أن

الشرح:

وبتعبير آخر: لا وجه لرفع اليد عن مقتضى عدم حل مال الغير بغير طيبه نفسه(١) فى موارد الخيارات، فإن الإمساك بمال الغير بغير رضا صاحبه داخل فى العموم المزبور.

نعم إذا كان الإمساك لامتناع صاحبه عن التسليم جاز لما أشرنا إليه من أن حق كل منهما بالإمساك بمال الآخر ما دام صاحبه ممسكا بماله شرط ارتكازى فى جميع البيوع الحالیه.

وذكر النائى قدس سره (٢): أنه لا- يجب على ذى الخيار التسليم وإن اختار صاحبه التسليم، بخلاف ما إذا تبرع ذوالخيار بالتسليم فإنه يجب التسليم على الآخر.

وعلم ذلك بعدم وجوب الوفاء بالعقد على ذى الخيار، ومقتضى جواز نقضه عدم التزامه بتسليم ما بيده ما دام الخيار فىكون سلطنه صاحبه بذلك المال مضيقه.

وفيه: أن جواز نقض العقد بالفسخ لا- يرتبط بالتسليم، وعدم الالتزام بالتسليم لو فسخ البيع قبله لا ينافى لزوم التسليم مادام لم يفسخ.

[١] ينبغى أن يراد أن الموارد التى لا- ينحل البيع فيها بتلف العين لا يبطل الخيار أيضا بتلفها، وأما مع انحلال البيع كما فى تلف المبيع قبل القبض أو تلفه زمان خيار

ص: ٣٤٤

١- (١) كما جاء فى الحديث الشريف: «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه». وسائل الشيعة ٥ : ١٢٠ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣ ، وعوالى اللآلى ٢ : ١١٣ ، الحديث ٣٠٩ ، وتحف العقول : ٣٤ .

٢- (٢) منیه الطالب فى شرح المكاسب ٣ : ٣٤٧ .

تلف العين حينئذٍ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد: التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. وبعبارة أخرى: تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به خياره ولا خيار صاحبه. وهو كذلك، لأنّ الخيار كما عرفت عبارته عن ملك فسخ العقد، ومعلوم: أنّ العقد بعد التلف قابل للفسخ، ولذا تشرع الإقالة حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا- مقيّد له بصوره البقاء. اللهم إلا أن يعلم من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب، فإنّ تخيّر بين الرّد والأرش لأنّ الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الأرش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرّد، فإذا تلف انتفى حكمه الخيار. أو يقال: إنّه إذا كان دليل الخيار معنوياً بجواز الرّد لا بالخيار اختصّ ثبوت الخيار بصوره تحقّق الرّد المتوقّف على بقاء العين. هذا، مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدلّس فيه، فلا يرد عدم الشرح:

الحيوان والشرط للمشتري فبانحلال البيع بتلف المبيع لا يبقى مورد للخيار.

وما ذكر صحيح لأنّ الخيار حق يتعلق بالعقد، وإذا فسّخه ذو الخيار يرجع صاحبه إليه بالبدل مثلاً أو قيمة كما يرجع هو إلى صاحبه بالبدل لو كان ما انتقل عنه هو التالف.

هذا في غير مورد قيام النصّ بآئنه لا- ينفذ الفسخ مع عدم بقاء العين كما في خيار العيب، حيث دل النصّ على أنّ عدم بقاء المعيب بيد مشتريه بحاله يتعيّن أخذ الأرش.

وقد ذكر المصنف قدس سره: أنّه يشكل الفسخ بعد تلف العين في موارد:

الأول: ما إذا كان الخيار لضرر الصبر على العين، كما في خيارى العيب والتدليس.

الثاني: ما إذا كان مقتضى الدليل جواز ردّ العين كما ذكر ذلك في مسأله ظهور كذب البائع بعد تلف المبيع في بيعه مرابحه.

الثالث: ما إذا كان الغرض من شرط الخيار تمكن ذى الخيار من استرداد نفس

أطراد تلك الحكمة. نعم، هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، أو يظهر منهم العدم: كما تردّد العلامة قدس سره في باب المراهبه فيما لو ظهر كذب البائع مراهبه في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم، نظراً إلى أنّ الردّ إنّما يتحقّق مع بقاء العين. وفيه إشارة إلى ما ذكرنا: من أنّ الثابت هو جواز الردّ، فيختصّ الفسخ بصورة تحقّقه. لكن قوى في المسالك وجامع المقاصد ثبوت الخيار، لوجود المقتضى وعدم المانع. وكما تردّد المحقّق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه. وظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع التلف، والأقوى بقاؤه، لأنّ العمده فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام: «وهم بالخيار إذا دخلوا السوق» مع أنّه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسّك بالاستصحاب، إلا أن يدعى انعقاده على التسلّط على الردّ، فيختصّ بصورة البقاء. وألحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردّد خيار الرّويه. ومن مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على الشرح:

العين كما في بيع الشرط، فإنه يمكن القول بأنّه لا يجوز لبائع العين الفسخ بعد تلفها بيد المشتري، وكذا في كلّ مورد كان تصريح المتبايعين أو ظاهرهما عدم الغرض من شرط الخيار إلّا ردّ العين واستردادها.

أقول: إذا كان المشروط في البيع هو الخيار ولكن مع بقاء العين لا مطلقاً فالمتبع شرطهما، ولا ينبغي الريب في عدم الخيار مع تلفها.

وأما إذا كان المشروط هو الخيار فقط أو كان الخيار بلا قيد مدلول النص كما في خيار المجلس ونحوه فلاوجه لسقوط الخيار بتلف العين.

ومجرد كون الحكمة في جعل الخيار التمكن من استرداد العين، أو تدارك

وجه إرادتهما التسلّط على مجرد الرّد المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ وإن لم يتوقّف على بقاء العين، إلّا أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الرّد أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء. والتمكّن من الرّد والاسترداد وإن كان حكمه فى خيارى المجلس والحيوان، إلّا أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به فى الكلام أو استظهاره منه لعدم تعلق الغرض إلّا بالرّد أو الاسترداد. ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري، لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رّد الثمن، لا التسلّط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً ولو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له. ومن هنا يمكن أن يقال فى هذا المقام وإن كان مخالفاً للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلّا فى موضع دلّ عليه الدليل، إذ لم تدل أدلّه الخيار من الأخبار والإجماع إلّا على التسلّط على الرّد أو الاسترداد، وليس فيها التعرّض للفسخ المتحقّق مع التلف أيضاً. وإرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه فى كلمات الشارع، لما عرفت فى أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخّرين. نعم، لو دلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصوره التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. والله العالم.

الشرح:

الضرر، أو كون الداعى إلى شرطه استردادها لا يوجب اختصاص الخيار بصورة بقائها.

ومما ذكر يظهر الحال فى بيع الخيار، وأنه لا يتفاوت فى جواز الفسخ بين بقاء العين وعدمه.

ص: ٣٤٧

مسألة: لو فسخ ذوالخيار فالعين في يده مضمونه [١] بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ، إذ لم يسلمها ناقلها إلا في مقابل العوض، والأصل بقاؤه، إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانه، إذ الفسخ إنما هو من قبله. والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها أمانه مالكيه أو شرعيه، لتكون غير مضمونه برضا المالك أو بجعل الشارع، وإذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم. ومرجع ذلك إلى عموم «على اليد ما أخذت» أو إلى أنها قبضت مضمونه، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي أعنى المثل أو القيمة كما في البيع الفاسد. هذا، ولكن المسألة لا تخلو عن إشكال. وأمّا العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانه إشكال: مما في التذكرة: من أنه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالرد إلى مالكها. ومن أن الفسخ لما كان من قبل الآخر، فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان. وضعفه في جامع المقاصد: بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت، والله العالم.

الشرح:

[١] لو فسخ البيع بالخيار أو بالإقالة فالعين التي يرجع إلى ملك صاحب ذي الخيار مضمونه بيد ذي الخيار بضمان اليد، فإن اليد على مال الغير مع عدم كون ذي اليد أميناً بجعل مالك المال أو بجعل الشارع يوجب الضمان، كما ذكرنا ذلك في مدرك ضمان اليد من استقرار سيره العقلاء من المشرعه وغيرهم، ويقتضيه عموم حديث «على اليد» (١).

ومن الظاهر أن مجرد الفسخ لا يجعل المال أمانه بيده سواء كان يده على ذلك

ص: ٣٤٨

هذا بعض الكلام فى الخيارات وأحكامها، والباقى محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء.

والحمد لله وصلى الله على محمد وآله.

القول فى النقد والنسيئه

أقسام البيع باعتبار تأخير وتقديم أحد العوضين

قال فى التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم [١] فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وهو النقد. وبيع المؤجل بالمؤجل، وهو بيع الكالى بالكالى. وبيع الحاضر بالثمن المؤجل، وهى النسيه. وبيع المؤجل بالحاضر، وهو السلم. والمراد بالحاضر أعم من الكلى، وبالمؤجل خصوص الكلى.

الشرح:

المال مضمونا بضمان معاملى قبل الفسخ، أو لم يكن كما إذا فسخ مشتري الحيوان الشراء ثم تلف الحيوان بيده.

وبتعبير آخر: الضمان فى المقام نظير ضمان المقبوض بالسوم ضمان اليد، والموجب له عدم كون اليد على مال الغير يد أمانه مالكيه كانت أو شرعيه، وكذا الحال فى تلف المال بيد غير ذى الخيار، فإن تلفه عليه سواء كان التلف قبل الفسخ أو بعده.

ويمكن أن يستدل على ذلك بقوله عليه السلام فى ذيل روايه ضمان البائع قبل القبض: «إذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه» (١) فإنّ ضمان الحق قبل الفسخ هو الثمن المسمى، وبعده نفس العين مع بقائها وبدلها مع تلفها.

وبتعبير آخر: هذا الذيل يعمّ زمان الخيار وبعده وقبل الفسخ وبعده.

[١] ذكروا (٢) للبيع أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وليس المراد بالحاضر خصوص العين الخارجيه الموجوده بل يعم الكلى على العهده حالاً. وبيع المؤجل

ص: ٣٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٤١ ، ومصباح الفقاهه ٥ : ٥٧٤ .

مسأله: إطلاق العقد يقتضى النقد [١] وعلله فى التذكرة: بأنّ قضيه العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهده متى طوب صاحبها، فيكون المراد من «النقد» عدم حقّ للمشتري فى تأخير الثمن. والمراد المطالبه مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلن أو مكّن منه، على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري. ويدل على الحكم المذكور أيضاً الموثق: «فى رجل اشترى من رجل جاريه بثلن مسمّى، ثم افترقا؟ قال: وجب البيع، والثلن إذا

الشرح:

بالمؤجل، ويعبّر عن ذلك ببيع الكالى بالكالى أى النسيئه بالنسيئه، والكالى من الكلاء وبمعنى التأخير وقد ورد (١) النهى عنه فى روايات مخالفيها، وما ورد (٢) فى روايتنا من النهى عن بيع الدين بالدين يأتى بيان المراد منه. وبيع الحاضر بالمؤجل ويعبّر عن ذلك بالبيع نسيئه. وبيع المؤجل بالحاضر، ويعبّر عن ذلك ببيع السلم.

[١] إطلاق العقد يقتضى كون الثمن كالثلن حالاً معبراً عن ذلك ببيع النقد، فيكون للبائع مطالبه المشتري بالثلن مع استحقاقه، ويحصل استحقاقه بدفع الثمن إليه أو تمكينه من أخذه على الخلاف فى معنى الإقباض.

والوجه فى ذلك أنّ البائع يملك الثمن على عهده المشتري عينا كان أو ديناً، وإذا قبض المبيع يستحق المطالبه بما ملكه بالبيع، فان «الناس مسلطون على أموالهم» (٣) وجبس الحق والمال على مالكة ظلم وعدوان، والإمساك بملك الغير لا يحل بغير طيبه نفس مالكة.

ويدل على الحكم موثقه عمار بن موسى عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل اشترى

ص: ٣٥٠

١- (١) سنن البيهقى ٥: ٢٩٠، وكنز العمال ٤: ١٧٢ / ١٠٠٢٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٢٩٨، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٣- (٣) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩ .

لم يكونا شرطاً فهو نقد». ولو اشترطاً تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على المشهور، بناءً على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط: من إرادته عدم المماطلة والتأخير عن زمان المطالبة، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبته، إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ. لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محط نظر المشهور، مع أن مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى إلغاء هذا الحق المشترط في هذا المقدار من الزمان.

الشرح:

من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا، فقال: وجب البيع، والثمان إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد»(١).

ثم إنه إذا اشترط تعجيل الثمن في العقد يكون شرطه عند المصنف رحمه الله تأكيداً لما يفيد إطلاقة العقد، حيث إن ظاهر الاشتراط عدم المماطلة والتأخير مع المطالبة، وليس ظاهره دفع الثمن ولو بلا- مطالبته، فإنه على ذلك وأن لا يكون الاشتراط تأكيداً إلا أن فهمه يحتاج إلى قرينه.

ثم ذكر أنه لا معنى لاشتراط التعجيل إلا التأكيد، فإنه إذا لم يطالب المشتري بالثمان يكون مرجع عدم مطالبته إلى إلغاء اشتراط التعجيل فلا يجب عليه، ومع المطالبة يثبت له وجوب التعجيل، كما هو الحال في صورته إطلاق العقد، فتكون النتيجة أنه لا يفيد اشتراط التعجيل إلا التأكيد.

والمراد بالتأكيد: التأكيد بالإضافة إلى وجوب قبض المال مع مطالبته المستحق، واما بالإضافة إلى ثبوت الخيار في الفسخ فقد ذكر في الدروس(٢): أنه لو عيّن للتعجيل زمان خاص ولم يؤد الثمن فيه يثبت للمشروط له خيار الفسخ.

ص: ٣٥١

١- (١) وسائل الشريعة ١٨ : ٣٦، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢٠٢ .

وكيف كان، فذكر الشهيد رحمه الله في الدروس: أنّ فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد، فأخّل المشتري به. وقوى الشهيد الثاني ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً، يعنى عدم تعيين الزمان إذا أخّل به في أوّل وقته. وهو حسن. ولا يقدر في

الشرح:

أقول: ما ذكر قدس سره من كون اشتراط التعجيل تأكيدا ضعيف، والوجه في ذلك: أنّ المبيع بالبيع يصير ملكا للمشتري، والثمن فيما كان كليا يكون على عهده المشتري ملكا للبائع، فيستحق البائع المطالبة به بقبض المبيع، كما هو الحال في سائر الديون الحالية، فلا يجب على المشتري أداء ما عليه قبل مطالبه المستحق.

وعلى ذلك فاشتراط التعجيل بحسب المتفاهم العرفي في نفسه مطالبه لما على المشتري سواء عيّن للتعجيل زمانا أم لا.

وبهذا يظهر أنّ ترك المطالبة بعد اشتراط التعجيل لا يكون إسقاطا لحق التعجيل.

ثم إنه قد ذكر الشهيد الثاني (١): أنّ ثبوت الخيار للمشروط له لا- ينحصر بما إذا عين للتعجيل زمانا معيّنا، بل لو اطلق اشتراط التعجيل يثبت له الخيار مع ترك التعجيل في أوّل أزمنه إمكانه عرفا.

وناقش في هذا الإلحاق صاحب الجواهر قدس سره (٢): بأنّ صوره إطلاق الاشرط لا يلحق بصوره تعيين زمان خاص، فإنّه مع إطلاق التعجيل يكون زمانا مجهولاً، فيبطل الشرط.

ولو فرض عدم بطلان الشرط فلا يثبت الخيار للمشروط له الا مع عدم التمكن من إجبار المشروط عليه بالتعجيل، فلا يصح أن يقال: إنه مع إطلاق الاشرط يترتب عليه ثبوت الخيار بترك التعجيل مطلقا، بل لابد من تقييده بصوره عدم التمكن من الاجبار.

ص: ٣٥٢

١- (١) المسالك ٣ : ٢٢٣ .

٢- (٢) الجواهر ٢٣ : ٩٩ .

الإطلاق عدم تعين زمان التعجيل، لأنّ التعجيل المطلق معناه: الدفع في أوّل أوقات الإمكان عرفاً. ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصوره عدم إمكان الإيجابار على التعجيل، لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمكن إجباره به أم لم الشرح:

وقد ردّ المصنف رحمه الله على الجواهر: بأنّ إلحاق الشهيد الثانى حسن، حيث إنّ إطلاق الاشتراط مع انصرافه إلى أول أزمته إمكان التعجيل عرفاً لا يكون مجهولاً.

ولا- حاجة أيضا إلى ذكر أنّ ثبوت الخيار إنما هو في فرض عدم التمكّن من الاجبار، لأنّ كلام الشهيد الثانى: أنّ اشتراط الفعل على المشتري يترتب عليه ثبوت الخيار، ولكن هذا الخيار هل يترتب على مجرد ترك الفعل أو عليه مع عدم التمكّن من إجبار المشروط عليه، فذلك مسأله أخرى سياله في جميع شروط الفعل.

مع أنّه لو بنى على اختصاص ترتب الخيار بصوره عدم تمكّن المشروط له من الاجبار في سائر شرايط الأفعال فلا يجرى ذلك في المقام، لأنّه مع عدم حصول أول أزمته الإمكان عرفاً فلا وجه للإيجابار، ومع حصوله لا ينفع الإيجابار لأنّ الفعل أى قبض الثمن يقع في ثانى أزمته إمكانه وهو غير الزمان المشروط فيه.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّ ترتب الخيار على ترك العمل المشروط لا يتوقّف على عدم التمكّن من الاجبار من غير فرق بين عمل وعمل آخر.

نعم للمشروط له الإيجابار على العمل بحيث يقع العمل في زمانه المعين، وعليه فيجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه قبل حصول الزمان المعين أو قبل أوّل أزمته الإمكان بحيث يقع قبضه في ذلك الزمان المعين، أو أوّل أزمته الإمكان، أو إجباره في أول ذلك الزمان ليقع القبض ولو في آخره فيما كان الزمان المعين أوسع من الفعل، كما هو الحال في أوّل أزمته الإمكان.

ثم إنّ ظاهرهم في المقام أنّه مع عدم اشتراط التعجيل لا يجوز للبائع فسخ البيع

يمكن، وجب أو لم يجب، فإنّ مسأله أنّ ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسأله أخرى. مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط، إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجاب، وبعده لا ينفع، لأنّه غير الزمان المشروط فيه الأداء.

الشرح:

بمماطله المشتري في أداء الثمن بعد مطالبه البائع، وأن الخيار يترتب على اشتراط التعجيل.

ولكن لا- يخفى أنّ عدم مماطله كل من المتبايعين في القبض والإقباض شرط ارتكازي في المعاملات، وعليه فلا يبعد ثبوت الخيار لكل من المتبايعين في صورته مماطله صاحبه بلافق بين اشتراط التعجيل وعدمه، وبلا فرق بين كون مماطله صاحبه عن عذر كالعسر في أداء ما عليه من الثمن أم لا، وبلا فرق بين كون المبيع من المستثنيات في أداء الدين وعدمه.

فيجوز للبائع أخذ الدار المبيعه من المشتري ولو جعلها المشتري مسكناً وكانت مماطلته لعسره، فإنّ قوله سبحانه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (١) لا- يمنع عن فسخ البيع، وإنما يمنع عن المطالبة بالثمن مع إبقائه، والممنوع عنه بيع المسكن في استيفاء الدين، لا أخذ البائع المسكن بعد فسخ بيعه، كما هو الحال في صورته اشتراط التعجيل.

وما تقدم في خيار تأخير الثمن فهو خيار شرعيّ تأسيسيّ استفيد من الروايات، ومع عدم تحقّق شرايطه ينتفى، ولكن لا يوجب انتفاء الخيار الذي ذكرناه في المقام واللّه سبحانه هو العالم.

ص: ٣٥٤

مسأله: يجوز اشتراط التأجيل الثمن مده معينه [١] غير محتمله مفهوماً ولا مصداقاً للزيادة والنقصان الغير المسامح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا- خلاف ظاهراً، للغرر، ولما دلّ في السلم الذي هو عكس المسأله على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد. ولا فرق في الأجل

الشرح:

[١] يجوز بيع المتاع نسيئته ويعتبر فيه تعيين الأجل الذي يستحق البائع المطالبه فيه بالثمن بما لا يكون في الأجل المزبور جهاله من حيث المفهوم كالسنه حيث إنها مردده بين القمريه والشمسيه نعم لو كان في البين الانصراف إلى أحدهما خرج عن الإجمال ولا من حيث المصداق كيوم الجمع من شهر رمضان هذه السنه حيث يتردد بين الأولى وغيرها.

ويدلّ على اعتبار التعيين كذلك النهى عن بيع الغرر الظاهر في فساد.

وفى موثقه غياث بن إبراهيم بن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس، ولا إلى حصاد» (١).

وفى موثقه سماعه المرويه كما قبلها في باب السلم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به، قال: نعم إذا كان لأجل معلوم» (٢) ونحوهما غيرهما (٣).

ثم إنّه لا فرق في المدّه المعينه بين القصيره والطويله، وربما ينسب إلى الإسكافي (٤): أنه منع التأجيل إلى ثلاث سنوات أو أزيد، ولعلّه للنهي الوارد عنه في

ص: ٣٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٩ ، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٤ .

٣- (٣) المصدر : ٢٨٨ ، ٢٩٠ .

٤- (٤) حكاة عنه العلامة في المختلف ٥ : ١٣٦ .

المعِين بين الطويل والقصير. وعن الإسكافي المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين. وقد يستشهد له بالنهى عنه في بعض الأخبار، مثل روايه أحمد بن محمد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال: إننا إذا بعناهم نسيئه كان أكثر للربح، فقال: نعم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين؟ قال: لا».

الشرح:

بعض الأخبار(١).

ففي روايه البزنطي قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال: ما للناس بدّ من أن يضطربوا سنتهم هذه، فقلت له: جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسيئه كان أكثر للربح، قال: فبعهم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث قال: لا»(٢).

وفي صحيحه أخرى أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إنّ هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال: إن أردت الخروج فاخرج فإنّها سنه مضطربه، وليس للناس بدّ من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنه، قال: بعهم، قلت: سنتين قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين»(٣).

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الصحيحه صحه البيع، وأنّه لا يصل إلى المخاطب البائع من البيع المزبور إلا الانتظار، فلا يناسب الروايه إلا المشوره مع الامام عليه السلام .

والمراد بالإرشاد في عبارته المصنف رحمه الله: الإرشاد إلى غير الحكم الشرعي كالتنبيه

ص: ٣٥٦

١- (١) سنن أبي داود ٢: ١١٨ / ٣٣٧٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ / ٢٢١٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٣٥، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: ٣٦، الحديث ٣ .

والمحكى عن قرب الإسناد عن البنظى أنه قال لأبى الحسن الرضا عليه السلام: «إنَّ هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال عليه السلام: إذا أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربه، وليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم مُلاء، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة؟ قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين». وظاهر الخبرين الإرشاد، لا التحريم، فضلاً عن الفساد. وهل يجوز الإفراط فى التأخير إذا

الشرح:

إلى ضياع المال، والمراد بالملاء فى الصحيحه: الذين لا يهلك عندهم المال لغناهم.

والروايه الأولى مع ضعف سندها بسهل بن زياد تحتمل اتحاد الواقعة.

ثم لا- يخفى أنه بأس بتأجيل الثمن والافراط بتأخير، وما يقال من أن التأجيل يجوز إلى أن يعدّ بيع البائع مع التأجيل المزبور سفهياً، وأكل المشتري المبيع المزبور مع التأجيل المزبور أكلاً للمبيع بالباطل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ عدّ بيع البائع سفهياً لا يوجب بطلان البيع، فان المحكوم بالفساد هو بيع السفهيه، لا البيع السفهى.

ودعوى انصراف أدلّه البيع إلى غير السفهى كما ترى، وأما الأكل بالباطل فتحققه وإن أوجب بطلان البيع، إلا أنه غير محقق كما نذكر.

نعم قيل: إنه لا يجوز تأجيل الثمن إلى مدّه يعلم بأن المشتري والبائع لا يعيشان إلى تلك المدّه، ووجه البطلان خروج الثمن عن انتفاع البائع.

ويردّه: أنه قابل لانتفاع البائع ببيع ذلك الدين بالحاضر بالتنقيص، أو المصالحه عليه.

وبهذا يظهر أن أكل المشتري وتملكه المبيع بازاء الثمن المزبور لا يكون أكلاً بالباطل.

لا- يقال: إن الإفراط بالتأخير إلى أجل لا- يعيش المشتري إلى ذلك المقدار لغو محض، فيكون غايه التأجيل حلول الموت ولجهالته يبطل البيع، بل التأجيل المزبور

ص: ٣٥٧

لم يصل إلى حدّ يكون البيع معه سفهاً والشراء أكلاً للمال بالباطل؟ فيه وجهان: قال في الدروس: لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنه، ففي الصحة نظر، من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، ومن الأجل المضبوط وحلوله بموت المشتري، وهو أقرب. وما قرّبه هو الأقرب، لأنّ ما في الذمّه ولو كان مؤجلاً بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل وبالبيع، كما اختاره في التذكرة. نعم يبقى الكلام في أنّه إذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً، فيكون فاسداً، بل ربما كان مفسداً، وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّه مجهوله، فافهم. ثم إنّ المعتبر في تعيين المدّه هل هو تعيينه في نفسه وإن لم يعرفه المتعاقدان، فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز والمهرجان ونحوهما أم لا. بدّ من معرفه المتعاقدين بهما حين العقد؟ وجهان، أقواها الثاني [١] تبعاً للدروس وجامع المقاصد، لقاعده نفي الغرر. وربما احتتم الشرح:

مخالف للسنة، فيوجب بطلان البيع نظير اشتراط مدّه مجهوله.

فإنّه يقال: الشرط صحيح بالإضافة إلى ما قبل موت المشتري، فيبطل بالإضافة إلى ما بعده، ولا يوجب ذلك بطلان البيع لمعلوميته الأجل في صورته العقد.

وجهالته بالانحلال والفساد بالإضافة إلى ما بعد موت المشتري لا يضر، على ما تقدّم في جهالته الثمن في موارد تبعض الصفقه، وانحلال البيع بالإضافة إلى بعض المبيع، وهذا بناءً على أنّ التأجيل أمر زائد على الثمن.

نعم، بناءً على أنّ التأجيل قيد للثمن وتضييق لدائرته فلا يبعد الحكم ببطلان البيع، لأنّ الثمن المزبور ليس عوضاً شرعاً ليتملكه البائع على المشتري، هذا مع إمكان كون الغايه انتفاع الوارث.

[١] لا يبعد كون الأول هو الأظهر كما إذا كان الأجل معيناً بحسب الواقع ويعرفه

الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصدق، حيث إن له شراء وزنه مثلاً بـعيار بلد مخصوص وإن لم يعرف مقدارها، وربما استظهر ذلك من التذكرة. ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام يشترط فيه المعرفه، إذ المراد بالأجل الغير القابل للزيادة والنقيصه ما لا يكون قابلاً لهما حتى في نظر المتعاقدين، لا في الواقع، ولذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان، مع أنه مضبوط في نفسه، وضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى أيضاً. وما ذكر: من قياسه على جواز الشراء بـعيار بلد مخصوص لا نقول به، بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدم في شروط العوضين. وظاهر التذكرة اختيار الجواز، حيث قال بجواز التوقيت الشرح:

أهل بلد المعامله كالبيع إلى مهرجان على وزن اصبهان اسم لعيد للفرس ويكون الفرض نظير البيع والشراء بأوزان البلاد مع عدم معرفه المتعاقدين به أحياناً، فإنه لم تكن سيره المشرعه عند الدخول في بلد معرفه أوزان ذلك البلد قبل شراء حاجاتهم منها. وكان الزوار يدخلون بلدا يشترون الفواكه والطعام وغيرهما بأوزان البلد المزبور قبل قياس تلك الأوزان بأوزان بلادهم لمعرفتها، ولم يحرز شمول النهى عن بيع الغرر(1) لذلك، حيث إنه ليس في البين ما يقتضى أن الغرر عدم المعرفه.

ولا يستفاد من الأخبار الواردة في اعتبار كيل المبيع أو وزنه أزيد مما ذكر، واعتبار اليقين في ناحيه الثمن وأجله أيضاً كذلك.

وإذا كان وصول الشمس إلى برج الحمل أجلاً يعرفه أهل السوق وأنه أول يوم من فصل الربيع فلا بأس بجعله البائع أجلاً وإن لم يعرفه المشتري، ولا يستفاد من الأخبار الواردة في السلم أزيد من التعيين عند الناس.

ص: ٣٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

بالنيروز والمهرجان، لأنه معلوم عند العامة، وكذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمه إذا عرفه المسلمون، لكن قال بعد ذلك: وهل يعتبر معرفه المتعاقدين؟ قال بعض الشافعيه: نعم. وقال بعضهم: لا يعتبر، ويكتفى بمعرفه الناس وسواء اعتبر معرفتهما أو لا، لو عرفا كفى، انتهى. ثم الأقوى اعتبار معرفه المتعاقدين والتفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات والحساب.

مسأله: لو باع بثمان حالاً وبأزيد منه موجلاً [١] ففي المبسوط والسرائر وعن أكثر المتأخرين: أنه لا يصح. وعلله في المبسوط وغيره بالجهاله، كما لو باع إمّا هذا

الشرح:

وليس هذا من التأجيل إلى موت المشتري أو البائع ليكون البيع غرورياً وإلى أجل غير معلوم، لأنّ موته مما لا يعرفه الناس ولا المتعاقدان، بخلاف ما إذا كان له واقع معين يعرفه الناس وأحد المتعاقدين.

وإذا كان الأجل بحسب الواقع معيناً ولا يعرفه أهل بلد المعامله، بل يعرفه المتعاقدان كما إذا باع بمكه إيراني زميله متاعاً نسيئته، وجعل الأجل حلول نيروز صح، وأنّ عدم معرفه غيرهما في ذلك البلد لا يقدر في المعامله.

وإلى ذلك يشير العلامة (١) قدس سره في عبارته المنقوله في الكتاب بقوله: وسواء اعتبر معرفتهما أم لا، لو عرفا كفى.

[١] المنسوب إلى أكثر الأصحاب من المتأخرين (٢): أنه لو قال في مقام إنشاء البيع «بعته بكذا نقداً وبكذا نسيئته» لا يصح، سواء قال المشتري «قبلته نقداً» أو قال «نسيئته» أو «أطلق القبول».

ص: ٣٦٠

١- (١) التذكرة ١: ٥٤٨.

٢- (٢) نسبه في الرياض (٨: ٢١٤) إلى عامّه من تأخر، ونسبه في مجمع الفائده (٨: ٣٢٧) إلى ظاهر الأكثر، وراجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤: ٤٢٨ ٤٣٢.

العبد وإمّا ذاك. ويدلّ عليه أيضاً ما رواه في الكافي، أنه قال عليه السلام: «من ساوم بثمانين: أحدهما عاجلاً والآخر نظره فليسّم أحدهما قبل الصفقه». ويؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع، وعن بيعين في بيع بناء على تفسيرهما بذلك. وعن الإسكافي كما عن الغنيه: أنه روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا يحل صفقتان في واحده»، قال: وذلك بأن يقول: إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيه فبكذا. هذا، إلا أنّ في روايه محمد بن قيس المعتبره أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعه وقال: ثمنها كذا وكذا يداً بيد وكذا وكذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، وجعل صفقتها واحده، فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظره». وفي روايه السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، فيقول:

الشرح:

وفي مرسله الكليني رحمه الله: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والآخر نظره فليسّم أحدهما قبل الصفقه» (١).

وفي روايه سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع» (٢).

ولكن في صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعه فقال: إن ثمنها كذا وكذا يداً بيد، وثمانها كذا وكذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، وجعل صفقتها واحده فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظره» (٣).

ونحوها معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «أن علياً عليه السلام قضى في

ص: ٣٦١

١- (١) الكافي ٥: ٢٠٦، الحديث ١، وعنه الوسائل ١٨: ٣٦٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧٣٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٣- (٣) المصدر: ٣٦٣٧، الحديث ١.

ليس له إلا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيه». وعن ظاهر جماعه من الأصحاب العمل بهما، ونسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان. فالأولى تبعاً للمختلف الاختصار على نقل عبارته هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم. قال في المقنعه: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله: «هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهر أو سنه، أو بدرهم إلى شهر وبدرهمين إلى شهرين» فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقلّ الثمنين في آخر الأجلين. وهذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحه. ويحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإنّ اللازم مع فرض فساد البيع الأقل الذي بيع به نقداً، لأنها قيمه ذلك الشيء. ومعنى قوله: «في آخر الأجلين»: أنه لا يزيد على الأقلّ وإن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد الشرح:

رجل باع بيعاً، واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئه» (١).

وربما التزم بعض الأصحاب (٢) بظاهرهما وحكم بثبوت البيع بالأقل مع أبعد الأجلين.

وفيه: أنه يعارضهما مع ما سبق موثقه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله بعث رجلاً إلى أهل مكه وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع» (٣).

وظاهر الشرطين على ما تقدم بيع المتاع نقداً بكذا ونسيه بكذا.

والجمع بين الطائفتين بحمل الناهيه على الكراهه لا يمكن المساعدة عليه، إذ الاهتمام كذلك ببعث الرسول أو الوالى إلى أهل مكه وأمره صلى الله عليه وآله أن ينهاهم «عن بيع ما

ص: ٣٦٢

١- (١) المصدر: ٣٧، الحديث ٢.

٢- (٢) حكاه عنهم صاحب الجواهر ٢٣: ١٠٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

جواز التأخير لرضا البائع بذلك. ويحتمل إرادته الكراهه، كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات: أن المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً، أو بأكثر إن كان نسيئته. ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زياده الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد، كما سيجىء. وعن الإسكافي: أنه بعد ما تقدّم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال: ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم أختَر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل وهلك السلعه لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين، لإجازته البيع به، وكان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن الأقل إلى المدّه التى ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زياده على الثمن الأقل. وفى النهايه: فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين على التخيير، مثل أن يقول: «بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلاً أو إلى شهر أو سنه، وبدينارين أو درهمن إلى شهر أو شهرين أو سنتين» الشرح:

لم يقبض، وعن شرطين فى بيع، وعن ربح ما لم يضمن^(١). بأن يبيع المتاع مرابحه قبل ان يدخل فى ضمانه أى قبل أن يشتريه لا يناسب الكراهه.

وبذلك يظهر أن ما ذكر السيد قدس سره فى الناصريات^(٢): من كراهه البيع بثمانين بالأقل نقداً وبالأكثر نسيئته، لا- يمكن المساعده عليه.

ويبقى فى البين الالتزام إما بفساد البيع المزبور، وحمل الروايتين على خلاف ظاهرهما بأن يقال: إن المذكور فىهما حكم صورته تلف القيمي، حيث إن قيمه يوم الضمان التى يجب دفعها إلى البائع هى الأقل ولو كان دفعها فى الأجل المزبور، أو يقال: إن النهى فى الموثقه إرشاد إلى فساد الشرط، لا إلى فساد أصل البيع بأن كان بيع المتاع بالأقل، وقول البائع «وإن كان بعد شهر مثلاً بكذا» تأجيل للثمن المزبور بزياده،

ص: ٣٦٣

١- (١) المصدر: ٥٨، الباب ١٠، الحديث ٦.

٢- (٢) حكاة فى الجواهر ٢٣: ١٠٦، وراجع الناصريات: ٣٦٥، المسأله ١٧٢.

كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين، انتهى. وعن موضع من الغنيه: قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين وثمانين، كقوله: «بعت إلى مدّه بكذا وإلى أخرى بكذا» يفسده، فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعء الأجلين بدليل إجماع الطائفه. وعن سائر: ما علق بأجلين، وهو أن يقول: «بعتك هذه السلعه إلى عشره أيام بدرهم وإلى شهرين بدرهمين» كان باطلاً غير منعقد، وهو المحكى عن أبى الصلاح. وعن القاضى: من باع شيئاً بأجلين على التخيير، مثل أن يقول: «أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلاً وبدرهمين أو دينارين إلى شهر أو شهر أو سنه أو سنتين» كان باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين. وقال فى المختلف بعد تقويه المنع: ويمكن أن يقال: إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر فى البعء، وإلا لزم الربا، إذ يبقى الزيادة فى مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر إلى البعء لم يجب له الأ-كثر من الأقل، انتهى. وفى الدروس: أن الأقرب الصحه ولزوم الأقل، ويكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع، لرضاه بالأقل، فالزياده رباً، ولذا ورد النهى عنه، وهو غير مانع من صحه البيع، انتهى.

الشرح:

ويأتى أن تأجيل الدين كذلك رباً موضوعاً أو حكماً فيكون شرطه باطلاً.

لا- يقال: الجمع بين الطائفتين كما ذكر لا يعدّ من الجمع العرفى، بل ظاهرهما متعارضان، فتصل النوبه إلى إطلاق حل البيع فيما إذا كان قبول المشتري لأحدهما على التعيين.

نعم، إذا كان قبول المشتري أيضاً على نحو التردد يحكم بالبطلان إذ لا يقع كلا البيعين، ولا معيّن لأحدهما، وأحدهما بلا تعيين غير داخل فى إطلاق حل البيع حيث إنّ أفراده المعيّنات، كما هو الحال فى كل الخطابات المتكفّله لبيان الحكم على الطبيعى

ص: ٣٦٤

أقول: لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع، لأنّه في مقابل الزيادة الساقطة شرعاً، إلا أن يقال: إنّ الزيادة ليست في مقابل الأجل [١] بل هي في مقابل إسقاط البائع حقّه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى وطبعه، فالزيادة وإن كانت رباً كما سيحىء إلا أنّ فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحه حقّ القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرّيته، بل قال في التحرير بالرجوع إلى الديه. وحينئذٍ فلا يستحقّ البائع الزيادة ولا المطالبه قبل الشرح:

بنحو الشمول والاستيعاب.

فانه يقال: البطلان أفقد الإيجاب لتعلّقه بالجامع.

[١] وحاصله: أنه لو كانت الزيادة في الثمن بازاء التأجيل فبطلان هذه المعامله لكونها رباً حكماً أو موضوعاً لا يمنع البائع من المطالبه بالثمن الاقلّ حالاً.

نعم، لو كان الزيادة بازاء إسقاط البائع حقّه بالمطالبه بالثمن الأقلّ يسقط حق المطالبه، ولا يتعين إلا الثمن الأقلّ، نظير ما احتمل من انه إذا اسقط ولّى الدم حقّ القصاص بازاء عبد يعلمان انه ملك لغير القاتل أو أنّه حرّ سقط حقّ القصاص ولا يكون على القاتل شيء أو يكون عليه الديه كما نقل عن العلامة في التحرير (١).

وعلى ذلك فالتأجيل لازم على البائع بمعنى أنّه لا يستحقّ مطالبه المشتري بالثمن الأقلّ قبل انقضاء المدّه، ولكن لو دفع المشتري الثمن في تلك المدّه فليس للبائع الامتناع عن أخذه، بخلاف موارد صحّه التأجيل فانه يحقّ للبائع الامتناع عن أخذ الثمن إلى أن تنقضى المدّه.

أقول: لا يلزم التأخير المزبور على البائع بلا فرق بين وقوع المعاوضه بين المقدار الزائد من الثمن والتأجيل، أو تقع المعاوضه بين إسقاط البائع حقّه في المطالبه

ص: ٣٦٥

الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابله الفاسده حقّ في التأجيل حتّى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل، وإنّما سقط حقّه من التعجيل.

ويمكن أيضاً حمل الروايه على أنّ الثمن هو الأقلّ، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً. وهذا الشرط فاسد، لما سيجيء: من أنّ تأجيل الحال بزياده رباً محرّم، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعه. الشرح:

بالثمن الأقلّ وبين المقدار الزائد، لأنّه إذا لم يصح أحد العوضين فلا يصح العوض الآخر، ويكون هذا نظير إسقاط الحق بنحو التعليق، فانه ببطلان التعليق في الإيقاع لا يحصل الإسقاط.

وما ذكر في مسأله حق القصاص من سقوطه فيما إذا أسقطه الولي بازاء عبد الغير مع علم الولي والقاتل بالحال لا- يمكن المساعده عليه.

نعم لو علم الولي بأنّ العبد حر، ومع ذلك أسقط حقّ قصاصه بازائه سقط حق القصاص، فإنّه من الإسقاط مجاناً بخلاف جهله بالحال أو إسقاطه بازاء عبد الغير مع الجهل بالحال أو مع العلم، فانه لا يسقط حق القصاص.

ولذا لا يكون بيع ماله بازاء عبدالغير مع العلم بالحال أو الجهل من تمليكه مجاناً على ما تقدم في بيع الفضولي.

والمتحصّل في المقام أنّه لو قال «بعته نقداً بكذا ونسيه بكذا» وقبل المشتري أحدهما بعينه فيمكن الحكم بالصحّه، بخلاف ما إذا قال المشتري «قبلته» بلا- تعيين أحدهما فلا- يمكن الحكم بصحّه كل منهما ولا- صحه أحدهما بعينه، فإنّه ترجيح بلا معيّن، وأحدهما لا بعينه ليس فرداً لمثل قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١)، بل ذكرنا

ص: ٣٦٦

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

وحينئذٍ للبايع الأقل وإن فرض أنّ المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في روايه محمد بن قيس: «وإن كانت نظره» لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعاً. ولعلّ هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم: «فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعامله لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاهما شيء زائد على الأقل، لفساد المقابله» ومرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصيه وعدم ترتب الأثر المقصود عليه.

وقد تلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّ المعامله المذكوره في ظاهر متن الروايتين لا إشكال ولا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدوا عليه. وأما الحكم بامضائهما كما في الروايتين، فهو حكم تعبديّ مخالف لأدله توقّف حلّ الشرح:

بطلانه حتّى مع تعيين المشتري في قبوله.

نعم، لو قال «بعته بكذا وإن أجلته فعليك كذا» يكون البيع محكوماً بالصحة وثبوت الثمن الأقل حتى ما لو تأخر في أداء الثمن، لبطلان الشرط وعدم سرايه فساده إلى نفس البيع على ما تقدم في ذلك البحث، فلا يلزم الأجل على المشروط له، فإنّ له مطالبه المشتري بالثمن حالاً.

ودعوى أنّ المتعين في المقام العمل بموثقه السكوني (١) وصحيحه محمد بن قيس (٢) بأن يحكم بالثمن الأقل مؤجلاً، وتقييد النهي في موثقه عمار (٣) عن الشرطين في بيع إلى غير هذه الصوره، كما إذا قال: «بعته مؤجلاً بشهر كذا أو بشهرين بكذا» ونحو

ص: ٣٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧ ، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) المصدر: ٣٦ ٣٧ ، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: ٣٧ ، الحديث ٣ .

لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل

المال على الرضا وطيب النفس وكون الأكل لا عن تراض أكلاً بالباطل، فيقع الإشكال في نهوض الروائتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل. ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفته القاعده في موردتهما. وأمّا ما عداه، كما إذا جعل له الأقلّ في أجل والأكثر في أجل آخر، فلا- ينبغي الاستشكال في بطلانه، لحرمة القياس، خصوصاً على مثل هذا الأصل. وفي التحرير: البطلان هنا قولاً واحداً. وحكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك. إلا أنّك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممّن تقدّم للمسألتين وإن لم ينسب ذلك في الدروس إلا إلى المفيد قدس سره، لكن عن الرياض: أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين، وهو ظاهر الحدائق أيضاً، وما أبعد ما بينه وبين ما تقدّم عن التحرير. ثمّ إنّ العلامه في المختلف ذكر في تقريب صحه المسأله: أنّه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطه الثوب: «إن خطته فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين» وأجاب عنه بعد تسليم الصحه برجوعها إلى الجعاله.

مسأله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل [١] قبل حلول الأجل وإن

الشرح:

ذلك لا يمكن مساعدته عليه، فإن المتبادر عن النهي عن شرطين في بيعه نقداً بكذا ونسيه بكذا بشهاده موثقه السكونى.

مع أنّه لا يحتمل الفرق بين قوله «بعته نقداً بكذا» و«إلى شهرين بكذا» كما لا يخفى.

[١] لا- يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل، ولا يحق للبائع المطالبه قبل حلوله بلا خلاف، لأنّ التأجيل في الثمن مقتضاه أنّ للمشتري حق التأخير، ولا- يختص هذا الحكم بالثمن المؤجل، بل يجرى في كل دين سواء كان تأجيله بجعل المتعاقدين كالسلم والقرض المشروط فيه الأجل، أو بجعل الشارع كما

طوبى إجماعاً، لأن ذلك فائده اشتراط التأجيل. ولو تبرّع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض: الإجماع عليه. وفي جامع المقاصد فى باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة، وعلل الحكم فى التذكرة فى باب السلم: بأن التعجيل كالتبرّع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنه، وفيه تأمل. ويمكن تعليل الحكم: بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله فى ذمته وجعله إياه كالودعى، فإن ذلك حق عرفاً.

الشرح:

فى الإقساط والنجوم المعتبره فى الديه.

والمشهور فى كلام المتأخرين(١): أنه لا يجب على البائع تسليمه فيما إذا تبرع المديون قبل الأجل.

وعلل فى التذكرة(٢): بأن تعجيل المشتري ودفعه الثمن قبل الأجل كتبرع المديون بالزيادة، حيث لا يجب على الدائن قبول المنه بأخذ تلك الزيادة.

ويشهد بكون تعجيل المؤجل كالزيادة ما يذكر فى باب الربا من عدم جواز بيع حنطه حالاً بحنطه أخرى مؤجلاً.

وفيه: أنه لو لم يكن فى أصل الدعوى تأمل فلا ينبغى الريب فى أن إطلاقها ممنوعه، حيث ربما يكون التعجيل مصلحه للمشتري، أو يكون دفعه بعد حلول الأجل أو قبله على حد سواء، كما إذا أراد المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بساعه أو ساعتين.

وذكر المصنف رحمه الله فى وجه عدم وجوب التسليم: أن اشتراط الأجل كما يكون

ص: ٣٦٩

١- (١) منهم العلامة فى التذكرة ١ : ٥٥٩ ، وصاحب جامع المقاصد ٤ : ٢٤٩ (حيث نسب الخلاف إلى بعض العامة)، وصاحب الرياض ٨ : ٢١٩ (قال: بالإجماع عليه).

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٥٩ .

وبالجملة، ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر. ومما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال والمؤجل، حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون. واندفع أيضاً ما يتخيل: من أن الأجل حق مختص بالمشتري، ولذا يزداد الثمن من أجله، وله طلب النقصان في مقابل التعجيل، وأن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير ولا يجب.

الشرح:

من جعل التأخير للمشتري كذلك يكون من جعل الحق للبائع في تأخيره أخذ الثمن إلى حلول الأجل، ويكون على المشتري حفظ مال البائع على العهد، كالودعي الذي عليه حفظ مال المودع.

والحاصل: أن في التأجيل حق للدائن بلا خلاف ظاهر.

ولكن ربما يقال بعدم الفرق بين الدين المؤجل والحال في أنه كما يجب على الدائن تسلّم الدين في الثاني كذلك في الأول.

وبتعبير آخر: التأجيل حق للمديون في التأخير في الاداء وللدائن في التأخير في التسلم حق فغير داخل فيه.

ويشهد لذلك كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن، وأن للبائع تنقيض الثمن لمؤجل حتى يؤديه المديون حالاً.

والحاصل: الدين المؤجل بالإضافة إلى المديون كالواجب الموسع فيجوز له الاداء وان لم يرض به البائع ويتضيق بحلول الأجل.

وفيه: أن كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن لا يمنع عن كون التأخير في التسلم حقا للبائع أيضا.

والأظهر أن يقال: إن الأجل في الثمن لو كان قيداً له فلا يجب على البائع تسلّمه قبل الأجل إلا بالتراضي، لأن المدفوع قبل الأجل ليس فرداً له.

ص: ٣٧٠

ثم إنّه لو أسقط المشتري أجل الدين [١] ففي كتاب الدين من التذكرة

الشرح:

وإن كان التأجيل شرطاً كما هو الظاهر المتفاهم فليس الاشتراط إلّا حق التأخير للمدينون.

نعم، لو قامت قرينه خاصه في مورد أنّ في البيع نسيئه غرض آخر للبائع غير زياده الثمن أو الإرفاق على المشتري كالفرار من كلفه حفظ المال في تلك المدّه، كما قد يتفق في المعاملات في الاسفار لكان على البائع الامتناع عن التسلم والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١) والقواعد (٢): أنه لو أسقط المدينون التأجيل في الدين لم يصح فلا يجوز للدائن المطالبه بالدين قبل الأجل بمعنى أنه لا يجب على المدينون اداء ما عليه بمطالبه البائع قبل الأجل.

وعلل ذلك في جامع المقاصد (٣) بوجهين.

الأول: أنّ التأجيل حق للمدينون بالعقد اللازم، ومادام العقد باقياً لا يوجب إسقاط الأجل شيئاً.

والثاني: أنّ التأجيل حق للمدينون أيضاً، ولذا لا يجب عليه التسلم فيما إذا تبرّع المدينون بالأداء قبل حلول الأجل.

نعم، لو تقايلا في الأجل بأن اسقط كل منهما شرط الأجل لجاز للدائن مطالبه المدينون.

والإقاله في الأجل نافذه في غير صوره نذرهما أو نذر أحدهما بيع المال أو شرائه مؤجلاً حيث إنّه مع النذر لا يجوز الإقاله، ولا يسقط الأجل، ويكون نفوذ الإقاله في

ص: ٣٧١

١- (١) التذكرة ٢: ٤.

٢- (٢) القواعد ٢: ١٠٧.

٣- (٣) جامع المقاصد ٥: ٤١.

والقواعد: أنه لو أسقط المديون أجل الدين مّياً عليه لم يسقط، وليس لصاحب الدين مطالبته في الحال، وعلله في جامع المقاصد: بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم، لأنه المفروض فلا يسقط بمجرد الإسقاط، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الشرح:

العقد لا في النذر.

وفيه: أن شيئاً من الوجهين غير تام، فإنّ المشروط في العقد اللازم فيما إذا كان من قبيل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما فهو قابل للإسقاط، كما إذا باع العين منه بثمن واشترط عليه خياطه ثوبه، فيكون اشتراط الخياطه من حق البائع على المشتري، فيجوز للبائع إسقاط هذا الحق بحيث لا يجوز له بعد إسقاطه إجبار المشتري على خياطته، ولا فسخ العقد بتركه الخياطه.

وثبت حق الدائن على المشتري في حفظ ماله على عهده لا يمنع عن إجباره المشتري على الاداء قبل الأجل، فإنّ هذا الإجبار أثر لسقوط حق المديون في التأخر، ولا يوجب أن يمتنع البائع عن التسلم إلى أن ينقضى الأجل.

وما ذكر أخيراً من عدم صحه الإقاله مع نذر شرط الأجل ضعيف وإن لم يتعرض المصنف رحمه الله لضعفه، فانه لو كان نذره بيع المال أو شرائه مؤجلاً- شاملاً لما بعد إنشاء البيع أيضا يكون إسقاطه محرّماً تكليفاً، والنهي بما أنه من النهي عن المعامله لا يقتضى فساد الإقاله.

ووجه في التذكرة(1) عدم سقوط شرط الأجل بوجه آخر:

وحاصله: أن شرط التأجيل من قبيل الصفه التابعه لأحد المتعاقدين أي من الوصف المشروط لاحدهما، وفيما كان موصوفه من الكلّي كقول البائع في بيع السلف بعت منّا من الحنطه الموصوفه كذا يكون الوصف تقييداً لذلك الكلّي وتضييق دائرته

ص: ٣٧٢

الدين، ولذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل. أما لو تقايلا في الأجل فإنه يصح، أما لو نذر التأجيل فإنه يلزم وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما، لأنّ التقايل في العقود لا- في النذور، انتهى. وفيه: أنه الحقّ المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه إسقاطه، وحقّ صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. وفي باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دين مؤجّل فأسقط المديون الأجل لم يسقط، وليس للمديون مطالبته في الحال، لأنّ الأجل صفة تابعه، والصفة لا تُفرد بالإسقاط، ولهذا لو أسقط مستحقّ الحنطة الجيده أو الدنانير الصحيحه الجوده أو الصحه لم يسقط، وللشافعي وجهان، انتهى.

الشرح:

فلا يكون الفاقد لذلك الوصف فردا للمبيع، بخلاف وصف المذكور للعين الخارجيه فإنّ الوصف فيه مرجعه إلى جعل الخيار مع تخلف ذلك الوصف، ولذا يمكن إسقاط الوصف المشترط في العين الخارجيه دون الوصف المشترط للكلى.

والحاصل: كما أنّ وصف الصحه والجوده في الكلى، يوجب تقييد ذلك الكلى ولا يكون الفاسد المدفوع أو غير الجيد فردا منه، ولا يجوز للمشتري فسخ العقد، بل له رد المدفوع ومطالبه البائع بالصحيح أو الجيد كذلك الأجل المذكور للثمن من قبيل الوصف المزبور.

أقول: الوصف المذكور للكلى وإن كان راجعاً إلى تقييده ولكن اشتراط الأجل كما ذكرنا ليس من قبيل الوصف، بل من قبيل اشتراط فعل آخر، كاشتراط خياطه الثوب على المشتري، كما إذا باع مئنا من الحنطة سلماً واشترط تسليمها في البلد الفلاني، فإنّ هذا الشرط بما أنّه شرط فعل لا يوجب تقييد المبيع، وتسليم الثمن في زمان أو مكان من هذا القبيل.

والصحيح في وجه عدم جواز إسقاط شرط الأجل ما أشار إليه المصنف رحمه الله من

ويمكن أن يقال: إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل، فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل، والشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله، ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب المبيع لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد ولم تعد العيوب مضمونه كما كانت بدون الشرط!

وأما ما ذكره: من أن لصاحب الدين حقاً في الأجل، فدلالته على المدعى موقوفه على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز الشرح:

أن مرجع شرط الأجل إلى إسقاط البائع حقه في المطالبة بالثمن إلى الأجل المزبور، فإنه مع البيع مطلقاً يكون للبائع حق المطالبة بالثمن فالتأجيل شرط لسقوط هذا الحق.

وكلما كان مقتضى الشرط في العقد سقوط حق من أحد المتعاقدين فلا يعود ذلك الحق الساقط، نظير اشتراط البائع التبري من عيوب المبيع، فإن مقتضاه سقوط الخيار عن المشتري مع ظهور العيب في المبيع، وبعد هذا الإسقاط لا يمكن ثبوت الخيار بإسقاط البائع تبريه.

والحاصل: كلما كان مقتضى الشرط ثبوت حق لأحد المتعاقدين فهذا الحق يسقط بالإسقاط بعد العقد، بخلاف ما إذا كان مقتضى الاشتراط سقوط الحق، فإن الحق بعد سقوطه كما هو فرض نفوذ الشرط لا يعود.

وقد ذكرنا أن التأجيل يتضمن حقاً واحداً وليس فيه ثبوت حق للبائع على المشتري في حفظ أمواله أي إلى أن يحل الأجل، ومع ثبوته أيضاً يكون حقاً آخر يثبت للبائع ولو مع سقوط حق مطالبته من الأول.

وعلى الجملة: فالوجه في عدم سقوط شرط الأجل ما أشرنا إليه من الوجه والله سبحانه هو العالم.

يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه

لأحدهما إسقاطه، لأنَّ الفرض اشتراكهما فيه، ولم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه، لأنَّه حقٌّ واحد يتعلَّق بهما، فلا يسقط إلاَّ باتفاقهما الذي عبَّر عنه بالتقاييل، ومعناه: الاتِّفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا يرد عليه منع صحه التقاييل في شروط العقود لا في أنفسها. نعم، لو صار التأجيل حقاً لله تعالى بالنذر لم ينفع اتِّفاقهما على سقوطه، لأنَّ الحق معلقٌ بغيرهما. وما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدُّد، فيرجع إلى أصاله عدم السقوط، لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

مسألة: إذا كان الثمن بل كلِّ دين حالاً أو حلَّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه [١] لأنَّ في امتناعه إضراراً وظلماً، إذ لا حقَّ له على من في ذمَّته

الشرح:

[١] المشهور بل من غير خلاف ظاهر أنه يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه سواء كان حالاً بالأصالة أو بانقضاء الأجل، بمعنى أنه لا يجوز له الامتناع عن الأخذ وإبقاء المال بزمه المديون.

ويذكر المصنّف لذلك وجهين:

الأول: أنّ للمديون سلطنه تفرّغ عهده عن الدين، حيث إنّ للناس سلطنه على أنفسهم كما هو المفهوم من سلطنتهم على أموالهم (١).

والثاني: أن امتناع الدائن عن الأخذ وإبقاء المال على عهده المديون بلا رضاه إضراراً وعدوان على المديون، فلا يكون له سلطنه على هذا التعدي، كما أنّ امتناع سمره بن جندب عن الاستئذان في الدخول إلى عذقه كان إضراراً وتعدياً على الأنصاري، وقد دلَّ الحديث على عدم سلطانه على الدخول المزبور.

ص: ٣٧٥

١- (١) كما في الحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»، عوالم اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

فى حفظ ماله فى ذمته، والناس مسلطون على أنفسهم. وتوهم: عدم الإضرار والظلم، لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله وضمائه على مالكه، مدفوع: بأن مشروعته قبض الحاكم أو العزل إنما هى لدفع هذا الظلم والإضرار المحرم عن الشرح: وعلى الجملة: كل ما يكون إضراراً وتعدياً على مؤمن لا يكون للمالك سلطنه عليه.

لا يقال: الضرر فى المقام بإبقاء المال على عهده المديون بلا رضاه، ومجرد الامتناع عن أخذ ما عليه لا يوجب هذا الضرر، حيث إن للمديون مراجعه الحاكم، ودفع ما عليه إليه، وبقبض الحاكم ينتهى عهده فلا يجب الأخذ على الدائن مع إمكان مراجعه الحاكم.

فإنه يقال: مراجعه الحاكم علاج ودفع لإضرار الدائن وظلمه، كما أن مراجعه الأنصارى إلى النبى وأمره صلى الله عليه وآله بقلع شجرته (١) كان علاجاً لامتناع سمره عن الدخول مع الاستئذان وعن بيع نخلته، فيكون قبض الحاكم فى المقام كبيع مال الزوج الممتنع عن إنفاق زوجته، فكما أن العلاج المزبور لا ينافى وجوب الإنفاق على الزوج كذلك علاج الإضرار فى المقام بقبض الحاكم لا ينافى وجوب القبض على الدائن.

وبتعبير آخر: مراجعته وقبضه لا يكون بدلاً اختيارياً، بل يترتب على امتناع الدائن وتركه العمل بوظيفته.

أقول: الوجهان ضعيفان فإن فحوى حديث سلطنه الناس على أموالهم (٢) على تقديره هو أن للشخص سلطنه تفرغ ذمته التى تدخل فى السلطنه على النفس.

وأما بيان طريق فراغ ذمته وأنه أى نحو يكون أو أنه يجب على الآخرين كلما

ص: ٣٧٦

١- (١) أنظر وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٢٧ و ٤٢٨ ، الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١ و ٣ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

المديون، وليس بدلاً اختيارياً عن قبض الحاكم أو العزل حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البديل، ألا ترى أنّ من يجب عليه بيع ماله لنفقه عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع.

الشرح:

يتوقف عليه فراغ ذمته فلا دلالة على ذلك أصلاً.

فلاحظ مثلاً- أنّ الحديث دال على سلطنه المالك على بيع ماله، ولكن لا دلالة له على صحة المعاطاة أو وجوب الشراء على الآخرين، وكذلك سلطنه المالك على هبه ماله لا تدلّ على وجوب قبول الهبه على الموهوب له.

والحاصل: أنّه لا- يمكن الاستدلال بالفحوى على وجوب الأخذ على الدائن، أو على تعيين الدين في المال المعزول في صورته امتناعه عن الأخذ.

وما ذكر في الوجه الثاني غير صحيح أيضاً، فإنّ بقاء المال على عهده المديون وذمته لا- يكون من إدخال النقص في مال المديون أو نفسه أو عرضه ليكون إضراراً عليه.

ولا يقاس بدخول سمره بن جندب على حائط الأنصاري بلا استئذان، فإنّ الدخول كذلك من الضرر في عرضه حيث إنّه ربما كان دخوله كما ذكر من الاطلاع على خلوات الناس وعوراتهم.

ولو كان بقاء المال على عهده المديون بلا رضاه ضرراً عليه لكان مقتضاه سقوط المال عن ذمته بلا حاجة إلى قبض الحاكم كما هو المدعى.

والحاصل: أنّ قبض الحاكم وإن كان بدلاً اضطرارياً إلا أنّ البدليه إنما هو بالإضافة إلى أداء المديون، حيث أنّه مع إمكان دفع المال إلى مالكة يتعين الدفع إليه، ومع امتناعه يدفع إلى الحاكم، وهذا النحو من البديل لا يقتضى وجوب الأخذ على الدائن.

ولا يبعد أن يقال: على الدائن الأخذ، لأنّ عهده حفظ المال على مالكة، وإن الدين

وكيف كان، فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه، لحديث نفى الضرار، بل مورده كان من هذا القبيل، حيث إن سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري وعن بيعها، فقال النبي صلى الله عليه وآله للأنصاري: «أذهب فاقلمها وارم بها وجه صاحبها» فأسقط ولايته على ماله. ومقتضى القاعده إجبار الحاكم له على القبض [١] لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف

الشرح:

يتعين بغير قبض الدائن أيضا، كما إذا ألقى المديون ما يكون فردا لما عليه بين يدي الدائن مع النفات الدائن بذلك. ولو تلف المال بعد ذلك لا يكون على المديون شيء خصوصا فيما إذا وقع هذا النحو من الإلقاء مع امتناع الدائن عن أخذه، فلا حاجة إلى مراجعته إلى الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين ولا مورد للإكراه على الأخذ، ولا يرجع الملقى إليه على عهده الدافع إلا بموجب جديد على ما تسمع في التعليقات الآتية.

[١] لم يظهر وجه لتوقف تعين الكلّي بالمدفوع فيما إذا كان فردا على رضا المستحق وطيب نفسه بأخذه ليرتفع اعتبار رضاه في صورته امتناعه بقاعده نفى الضرر (١)، أو بحديث سلطنه الناس على أنفسهم، بل يعتبر رضاه فيما كان المدفوع من غير ما عليه، حيث إن مرجع الدفع في هذا الفرض إلى مبادله ما عليه بالمدفوع، وهذه مبادله بينهما فيعتبر في وقوعها رضا الطرفين.

ولو كان على زيد لعمرو منا من الشعير واعتقد عمرو أن له عليه منا من الحنطة، وأكرهه زيد على أخذ الشعير برئت ذمته، ولا فرق في ذلك بين إكراه الحاكم والمديون.

بل لا يبعد أن لا يعتبر في صورته قبض الدائن علمه بأن المدفوع إليه وفاء لما على

ص: ٣٧٨

ملكه عليه، لا- أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرهاً، مع كون الإكراه بحق بمنزله الاختيار، فإن تعذّر مباشرته ولو كرهاً تولّاه الحاكم [١] لأنّ السلطان وليّ الممتنع بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع ولو مع الإيجاب. ولو قلنا: إنّه من يمتنع بالاختيار، جاز للحاكم تولّى القبض عنه من دون الإكراه، وهو الذى رجّحه فى جامع المقاصد. والمحكّي عن إطلاق جماعه عدم اعتبار الحاكم.

الشرح:

المديون كما يفصح عن ذلك صحيحه عبدالرحمن عن أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، ولا يعلم الذى كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثم يُيسّر بعد ذلك، أى ذلك خير له، أعطيه الذى كان فى يده أم يدفع إلى اليتيم وقد بلغ؟ وهل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلّه ولا يُعلمه أنه أخذ له مالاً؟ فقال: يجزيه أى ذلك فعل إذا أوصله إلى صاحبه، فإن هذا من السرائر إذا كان من نيّته إن شاء ردّه إلى اليتيم إن كان قد بلغ على أى وجه شاء... الحديث» (١).

نعم إذا لم يكن أداء المديون بنحو أخذ الدائن بل إلقاء المال إليه، فيعتبر علم الدائن والتفاتة إلى أنّ الملقى إليه أداء لما على المديون، فلا يكون بعد ذلك ضمان على المديون لفراغ ذمته كما هو مقتضى السيره العقلانيه.

[١] يعنى إذا لم يأخذ الدائن ما دفع إليه ولم يمكن إكراهه عليه يكون أخذ الحاكم بمنزله أخذه فى كونه موجبا لتعين الدين فيه وبراءة ذمه المديون بدفعه إليه، بحيث إنّ ذلك مقتضى ولايته على الممتنع، بل لو صدق الممتنع على الدائن المزبور بمجرد امتناعه لكان أخذ الحاكم موجبا لتعيينه، وبراءة ذمه المديون ولو مع إمكان إكراهه على

ص: ٣٧٩

وليس للحاكم مطالبه المديون [١] بالدين إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته. وعن السرائر: وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع وعدم وجوب الإيجاب. واستبعده غيره، وهو في محله. ولو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعده إيجاب المؤمنين له، عدولاً كانوا أم لا، لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد. فإن لم يمكن إجباره، ففي وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه العدم [٢] وحينئذٍ فطريق براءة ذمه المديون أن يعزل حقه ويجعله أمانه الشرح:

الأخذ، كما اختار ذلك في جامع المقاصد (١)، بل المحكى (٢) عن جماعه عدم اعتبار أخذ الحاكم أيضاً، بل يتعين الدين بما أراد المديون دفعه وامتنع الدائن عن أخذه، فلو تلف المال المزبور بعد ذلك فلا حق للدائن في مطالبه المديون.

[١] يعنى ليس للحاكم مطالبه المديون بالأداء لأنه لا حرج على المديون في بقاء المال على ذمته مع رضا الدائن وعدم مطالبته، ولا يجب على الحاكم أخذ المال فيما إذا لم يرد المديون تفرغ ذمته مع امتناع الدائن عن أخذه.

ولكن ظاهر السرائر (٣) وجوب القبض وأنه لا- يجب على الحاكم إكراه الدائن، والاستبعاد (٤) في محله لأن مالك المال أى الدائن عاقل مختار حاضر غير قاصر ليكون الحاكم ولياً له ليراعى مصالحه في أمواله.

عدم جواز إسقاط شرط الأجل

[٢] وجه القوه عدم الدليل على ولايتهم، وما ورد في أنّ السلطان ولي الممتنع غايته أنه يعم الحاكم، وعلى عدول المؤمنين بل غيرهم أمر الدائن وإجباره على الأخذ

ص: ٣٨٠

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٢٤٨ .

٢- (٢) انظر الجواهر ٢٣ : ١١٦ ، ومفتاح الكرامه ٤ : ٤٨٣ .

٣- (٣) السرائر ٢ : ٢٨٨ .

٤- (٤) استبعده الشهيد في الدروس ٣ : ٢٠٥ ، وقزره صاحب الجواهر ٢٣ : ١١٧ .

عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق، لأن هذه فائده العزل وثمره إلغاء قبض ذى الحق. ولكن لم يخرج عن ملك مالكة، لعدم الدليل على ذلك، فإن اشتراط القبض فى التملك لا يسقط بأدله نفى الضرر، وإنما يسقط بها ما يوجب التضمر وهو الضمان، وحينئذ فناء المعزول له، وقاعده مقابله الخراج بالضمان غير جاريه هنا. وقد يستشكل فى الجمع بين الحكم ببقاء ملكيه الدافع وكون التلف من ذى الحق، ووجهه: أن الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخص فى المعزول كان ملكاً له، وإن بقى فى ذمه الدافع لم يمكن تلف المعزول منه، إذ لم يتلف ماله. ويمكن أن يقال: إن الحق قد سقط من الذمه ولم يتشخص بالمعزول، وإنما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى، فبتلفه يتلف الحق، ومع بقائه لا يتعين الحق فيه، الشرح:

من باب الأمر بالمعروف من غير أن يوجب ذلك الولايه لهما كما لا يخفى.

ثم إنه يستفاد من كلام المصنف رحمه الله إمكان القول ببراءه ذمه المديون عند امتناع الدائن، وعدم إمكان مراجعه الحاكم بأمور:

الأول: عزل الدين وتعيينه بالمعزول نظير تعيين الزكاه بالمعزول.

الثانى: عزل الدين فى المال، لا نظير عزل الزكاه، بل يدخل المعزول فى ملك الدائن قبل تلفه آنا ما فلتفت عليه.

والثالث: سقوط الدين عن عهده المديون، وبقاء المعزول فى ملك المديون أيضاً، غايه الأمر يكون للدائن حق فى المال الخارجى بتملكه حتى مع عدم رضا المديون، نظير ما إذا جنى العبد فانه بالجنايه لا يخرج عن ملك مولاه، بل يكون للمجنى عليه أو وليه حق تملك العبد واسترقاقه، وحيث لا يخرج عن مولاه فيجوز لمولاه التصرف فيه حتى التصرف الموقوف على الملك مع كون العبد عرضه للاسترقاق، وهذا عيب يثبت لمشتريه مع جهله بالحال خيار الفسخ. وكذا الحال فى

إذا أبقى الدائن من أخذ المال المعزول من المديون

فضلاً عن أن يتشخص به. ويمكن أن يقال: بأنه يقدر آناً ما قبل التلف في ملك صاحب الدين. ثم إن الظاهر جواز تصرفه في المعزول، فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه. ومقتضى القاعده عدم وجوب حفظه من التلف، لأن شرعيه عزله وكون تلفه من مال صاحب الدين إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغوله، وتكليفه بحفظ المعزول أضراً عليه من حفظ أصل المال في الذمه. وعن المحقق الثاني: أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به [١] الشرح:

المال المعزول في المقام فإنه ملك للمديون ولكن للدائن حق تملكه وناقش رحمه الله في العزل بالنحو الأول والتزم بأحد الأخيرين.

والأظهر عدم تمام الأخيرين أيضاً، لأنه ليس في البين ما يصلح الاعتماد عليه في الالتزام بشيء منهما، وقد تقدم أن قاعده نفى الضرر (١) على تقدير جريانها مقتضاه سقوط المال عن العهده لا تعلق حقه بالمال الخارجى.

[١] يعنى (٢) فيما إذا لم يأت بالمعزول بل ذكر أنه يريد أداء دينه فقال الدائن: لا أخذه، ففي هذه الصورة يجب على المديون حفظ ذلك المال المعزول، بخلاف ما إذا أتاه فأبى الدائن عن أخذه، ففي هذه الصورة لا يجب عليه حفظه، بل له وضعه عنده وإعلامه.

والوجه في براءة الذمه في الفرض الثانى أنه يتعين الدين فى المعزول ويكفى الوضع المزبور فى ردّ الأمانات على أهلها، ومع وضعها فى متناول يد مالكةا مع الإعلام بالحال يتحقق الردّ المأمور به حتى وإن لم يأخذه الدائن، بخلاف ما إذا لم يأت بالمعزول فإنه مأمور برده على الدائن الموقوف على حنطه إلى ذلك الحين.

ص: ٣٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٢- (٢) أى ما يعنيه المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٥: ٤١.

فى من أجرة للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه

لكن أعلم بالحال، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنده، فيلغى وجوب الحفظ فى الثانى دون الأول. ولعل وجهه: أنّ المبرئ للعهد التخليه والإقباض المتحقق فى الثانى دون الأول، وسيجىء فى مسأله قبض المبيع ما يؤيدّه. وعن المسالك: أنّه مع عدم الحاكم يخلّى بينه وبين ذى الحقّ وتبرأ ذمّته وإن تلف، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض. ثم إنّ المحقّق الثانى ذكر فى جامع المقاصد [١]

الشرح:

أقول: قد تقدم عدم تعيين الدين بمجرد العزل، وأنّه يتحقّق الردّ بإلقاء فرد ما عليه إلى الدائن فلاحظ.

[١] وحاصله: (١) أنه بعد ما ذكر فى تعيين الدين بالمعزول وان فائده تعيينه حساب تلفه على الدائن، فهل يجرى ذلك التعيين فيما إذا أكره الظالم أحد الشريكين على دفع حصه شريكه الغائب، فدفع مقدار حصته إليه، أو باشر الظالم بأخذ مقدار معين من المشاع بعنوان أنه لشريكه الغائب، أو أنّ كلا التلّفين يكون على الشريكين معا.

لم أجد للاصحاب تصريحاً بالحساب عليه أو عليهما معا، ومقتضى قاعده نفي الضرر (٢) هو الحساب على الشريك الغائب فقط.

وفيه: أنّه لا وجه للحساب على ذلك الشريك خاصه فى الفرع الثانى أى فيما باشر الظالم بأخذ مقدار معين بعنوان أنه حصته، فان قصد الجائر بكون المأخوذ حصته لا يوجب تعيينها فيه ليكون تلفه عليه، بل المقدار المتلف نسبته إلى الشريكين على حد سواء فيحسب عليهما معا.

وأما فى الفرع الأوّل أى فيما أكرهه الجائر على دفع حصه شريكه إليه فيمكن أن يقال فيه: أنّ بقاء الشركه إلى زمان دفع الشريك المكره «بالفتح»، فيكون مقتضى

ص: ٣٨٣

١- (١) أى حاصل ما ذكره المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٥ : ٤١ ٤٠ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه : أنّ في انسحاب هذا الحكم في من أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما تردداً. ومثله ما لو تسلط الظالم بنفسه وأخذ قدر نصيب الشريك. لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي ولا إثبات، مع أنّ الضرر هنا قائم أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب، انتهى. وحكى نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى.

الشرح:

قاعده نفي الضرر عدم اعتبار رضاه في حصول القسمة.

ولكن القول ضعيف، فإنه لا مجرى لقاعده نفي الضرر في أمثال المقام، ولا يجوز القسمة مع الغاصب لتعارض الضررين، فان بقاء الشركه ضرر على المكره «بالفتح»، وزوالها ضرر على الشريك الآخر.

أضف إلى ذلك أنّ الأخذ بقاعده نفي الضرر من غير ملاحظه عمل الأصحاب بها يوجب تأسيس فقه جديد.

أقول: العمده عدم حكومه قاعده لا ضرر، وأنه لا تثبت ولايه المكره على القسمة للتعارض.

لا يقال: الضرر في إرادته المكره «بالكسر» متوجه إلى الشريك الغائب، فلا يجب على هذا المكره «بالفتح» دفعه عنه بتحمل ذلك الضرر.

فانه يقال: قد مرّ سابقا المناقشه في ذلك، وعلى تقديره فلا يرتبط بالمقام، فانه فيما إذا كان مال الآخر معينا في الخارج، فلا يجب على المكره «بالفتح» حفظه ودفع ضرره بإيراد الضرر على نفسه.

وفي المقام لا يكون مال الشريك الآخر معينا في الخارج، بل كل ما يدفع المكره «بالفتح» إلى الجائر نسبتته إليه وإلى الشريك الآخر على السواء، ولازم ذلك حساب

ص: ٣٨٤

أقول: أما الفرع الثاني، فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقضى بتأثير نية الظالم في التعيين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم. وأما الفرع الأول، فيمكن أن يقال: بأن الشريك لَمَّا كان في معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولايته القسمة. لكن فيه: أن تضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه، بأن لا يكون حصّيه الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما في الفرض، وإلا فلا ترجيح لأحد الضررين، مع أن التمسك بعموم «نفي الضرر» في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقهاً جديداً.

مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرّح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال [١] بل مطلق الدين، بأزيد منه، لأنه رباً، لأن حقيقة الربا

الشرح:

تلفه عليهما.

ولذا ذكرنا أن ما ورد في إقرار أحد الورثة بوارث آخر من نفوذ اعترافه بمقدار حصته، وأن ما في يد سائر الورثة يحسب تالفاً على المقر خاصة على خلاف القاعده، حيث إنّ مقتضى القاعده كون ما بيد المتصرف وحساب تلف ما بيد سائر الورثة عليهما كما لا يخفى.

[١] يظهر من الحدائق (١): عدم الخلاف في عدم جواز تأجيل الدين الحال بالزائد منه، بل عدم الجواز مصرح به في غير الحدائق (٢).

ولو كان له على زيد ألفاً وقال: امهلك شهرين، ولكن عليك ألف ومأتان، لا يصح

ص: ٣٨٥

١- (١) راجع الحدائق ١٩ : ١٣٤ .

٢- (٢) كما في السرائر ٢ : ٢٨٩ ، والجواهر ٢٣ : ١٢٠ .

فى القرض راجعه إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض وتأخيره المطالبه إلى أجل، فالزيادة الواقعه بإزاء تأخير المطالبه رباً عرفاً، فإنَّ أهل العرف لا يفرّقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليها فى أول المدايئه كأن يقرضه عشره بأحد عشر إلى شهر وبين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهراً آخر بزيادة واحد، وهكذا...، بل طريقه معامله الربا مستقره على ذلك، بل الظاهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا على هذا التراضى مسلّم فى العرف، وأنّ مورد نزول قوله تعالى فى مقام الردّ على من قال: «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» هو التراضى الشّرح:

بمعنى أنّ الدائن لا يستحق الزائد حتّى ما إذا أخر المديون إلى تمام الشهرين.

وذكر المصنف رحمه الله: أنّ الوجه فى عدم جواز ذلك كون الزيادة رباً، حيث إنّ حقيقه الربا فى الفرض هو أخذ الزيادة فى مقابل الإمهال للمديون، ولا فرق فى الإطلاق العرفى بين جعل الزيادة لإمهاله فى عقد القرض والمدايئه، أو جعلها بازاء إمهاله بعد المدايئه، كما إذا قال: بعتك بعشره دنانير وأمهلتك شهرين وعليك اثنا عشر، أو يقول بعد تمام عقد المدايئه: لا أطلبك بالدين وعليك كذا.

ويظهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا عرفاً على تأجيل الدين الحال بزيادة أمر مسلم، وأنّ مورد نزول قوله سبحانه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» هو التأجيل بالزيادة، ففى مجمع البيان (١): عن ابن عباس: أنه كان الرجل فى الجاهليه إذا حل دينه يقول لدائنه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال فيتراضيان على ذلك، وإذا قيل له هذا ربا يقول: البيع مثل هذا يعنى: لا فرق بين بيع المال بذلك المقدار من الأوّل على تلك المدّه أو يزيد فى الثمن بعد البيع.

ص: ٣٨٦

بعد حلول الدين على تأخيرته إلى أجل بزياده فيه. فعن مجمع البيان عن ابن عباس: أنه كان الرجل من أهل الجاربه إذا حل دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال، فيتراضيان عليه ويعملان به، فإذا قيل لهم: ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك: أن الزيادة فى الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فذمهم الله وألحق بهم الوعيد وخطأهم فى ذلك بقوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا». ويؤيده بل يدل عليه حسنه ابن أبى عمير أو صحيحته عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له: أنقذنى كذا وكذا وأضع عنك بقيته، أو: أنقذنى بعضه وأمد لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ قال: لا أرى به بأساً، إنه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: «فَلَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» علل جواز الشرح:

أقول: لا- حجه فى إثبات عدم جواز الزيادة إلى إثبات كونها رباً لدلاله النص على عدم جوازها وأنها خله فى الربا موضوعاً أو حكماً.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول: أنقذنى من الذى لى كذا وكذا وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقذنى بعضاً وأمد لك فى الأجل فيما بقى فقال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً يقول الله عزوجل: «فَلَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ»(١).

حيث إن استشهاده عليه السلام فى ذيل الروايه بقوله سبحانه شاهد لكون الزيادة رباً ولكن يمكن كونه رباً حكماً لعدم جريان أصاله الحقيقه فى موارد العلم بالمراد كما لا يخفى.

ص: ٣٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧٦ ، الباب ٣٢ من أبواب الدين، الحديث ١ .

التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، وكان ربا بمقتضى استشهاده بذيل آيه الربا، وهو قوله تعالى: «فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ». ويدل عليه بعض الأخبار الوارد فى تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزيادة باشتراط التأخير فى ضمن معاوضه غير مقصوده للفرار

الشرح:

والحاصل: أنه يستفاد من الصحيحه المباركه حكمان:

أحدهما: أنه لا بأس بتعجيل الدين المؤجل بتنقيصه بإسقاط بعضه. وثانيهما: عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة فيه.

وليس فى البين ما يرفع اليد من مدلوليها، بل يؤيده أو يدل عليه أيضا روايه محمد بن إسحاق بن عمار «قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال، فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت قال: لا بأس به، قد أمرنى أبى ففعلت ذلك»^(١).

وموثقه إسحاق بن عمار «قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: يكون لى على الرجل دراهم، فيقول: أخرنى بها وأنا أربحك، فابيعه جبّه تقوم على ألف درهم بعشره الاف درهم، أو قال: بعشرين ألفا وأؤخره المال، قال: لا بأس»^(٢) ونحوها غيرها.

فانه لو كانت الزيادة فى الدين للتأجيل فيه جايزا لما احتاجوا إلى اعمال الحيل وتعليمها حتى وقعوا فى اعمال بعضها مورد اعتراض العامه، كما ورد ذلك فى ضم غير الجنس فى بيع المتجانسين إلى العوض الاقل.

ص: ٣٨٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥٥ ، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٤ .

عدم الفرق بين المصالحه عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد

عن الحرام، فلو جاز التراضى على التأجيل بزياده لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام مورداً لاعتراض العامه فى استعمال بعضها، كما فى غير واحد من الأخبار الوارده فى بعضها. ويدل عليه أيضاً أو يؤيده بعض الأخبار الوارده فى باب الدين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافه أن يطلبه الغريم بدينه. ومما ذكرنا من أن مقابله الزيادة بالتأجيل رباً يظهر عدم الفرق بين المصالحه عنه بها والمقاوله عليها [١] من غير عقد. وظهر أيضاً أنه يجوز المعاوضه اللازمه على الزيادة بشىء واشترط تأخير الدين عليه فى ضمن تلك المعاوضه. وظهر أيضاً من التعليل المتقدم فى روايه ابن أبى عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل. وسيجىء تمام الكلام فى هاتين المسألتين فى باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

الشرح:

[١] يعنى لا فرق فى عدم الجواز بين المصالحه عن التأجيل بالزيادة، وبين المقاوله على تلك الزيادة.

والمراد من المقاوله الملزمه بحسب قرارهم بحيث يكون على المديون تلك الزيادة على تقدير إمهال الدين.

وأما إذا لم تكن ملزمه بحيث لم ير الدائن لنفسه تلك الزيادة حتى مع الإمهال، كما إذا علم المديون أنه لو لم يعط للدائن مالاً لطالبه بالدين، ويعطى له هديه لئلا يطالبه بالدين فلا بأس بذلك.

وفى موثقه إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشىء من ربحه مخافه أن يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرطاً عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً» (١).

ص: ٣٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٥٤ ، الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٣ .

شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً

مسألة: إذا ابتاع عيناً شخصيّه بثمن مؤجلّ جاز بيعه من بائعه وغيره قبل حلول الأجلّ وبعده [١] بجنس الثمن وغيره، مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً، حالاً أو مؤجلاً، إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأوّل قبوله منه بمعامله ثانيه. أمّا الحكم في المستثنى منه، فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة فممنع منها الشيخ في النهايه والتهديين، وعن الشهيد: أنه تبع الشيخ جماعه وهي: بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساوياً. قال في النهايه:

الشرح:

ثم لا يخفى أنّ تعجيل الثمن المؤجلّ أو الدين المؤجلّ لو كان بعنوان الوفاء ببعض الدين مع الإبراء عن بعض الآخر لم يكن فرق بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما.

وان كان بعنوان معاوضه ما على المديون بالأقلّ نقداً فيعتبر ان لا يكون من المكيل أو الموزون، لأنه مع كونه منهما يدخل البيع المزبور في البيع الربوي.

ومما ذكر يظهر أنه لا فرق في جواز نقد البعض على تمديد الأجلّ في الباقي بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما، لأن تأجيل البعض الآخر ليس بزياده بل يكون شرطاً في ضمن الوفاء ببعض الدين.

[١] يقع الكلام في مقامين:

الأوّل: في المستثنى منه في عنوان المسألة يعني جواز شراء البائع من المشتري قبل حلول الأجلّ، أو بعده العين الشخصيّه التي قد باعها منه مؤجلاً.

الثاني: في المستثنى يعني حكم شراء البائع من المشتري فيما إذا كان الشراء شرطاً في البيع الأوّل.

أما المقام الأوّل: فالمعروف جواز الشراء المزبور، ولم ينسب الخلاف إلا إلى

إذا اشترى نسيهً فحلَّ الأجل ولم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إيّاه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذه بنقصان ممّا باع لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى. وظاهر الحدائق: أنّ محلّ الخلاف أعمّ ممّا بعد الحلول وأنه قصر بعضهم التحريم بالطعام.

الشرح:

الشيخ (١) رحمه الله في بعض صور المسأله، وهو بيع العين بعد حلول الأجل من بائعه ثانياً بجنس الثمن بتفاوت، كما إذا كان الثمن في البيع الأول مائة درهم فباعها بعد حلول الأجل من بائعها بتسعين.

وذكر الشهيد (٢) رحمه الله: أنه لا ينفرد الشيخ رحمه الله بهذا القول، بل تبعه على ذلك جماعه.

وذكر صاحب الحدائق (٣): عدم انحصار خلافهم بصوره البيع بعد حلول الأجل، بل لا يجوز البيع الثاني قبل حلول الأجل أيضاً، وقال: إنّ خلافهم لا- يعم جميع الأشياء بل يختص بما إذا كان المبيع طعاماً، حيث إنّ الطعام عندهم إذا بيع إلى أجل لا يجوز لمشتريه بيعه من بائعه ثانياً قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن بتفاوت.

وكيف ما كان، فالأظهر عند المصنف رحمه الله ما عليه المشهور من الجواز مطلقاً، ويقتضيه عموم وجوب الوفاء بالعقد (٤)، وإطلاق حلّ البيع (٥) مع روايات خاصه داله على الجواز في المقام، كصحيحه بشار بن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسيء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري

ص: ٣٩١

١- (١) النهاية: ٣٨٨.

٢- (٢) غايه المراد ٢: ٨٠، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٤٣٤.

٣- (٣) الحدائق ١٩: ١٢٥.

٤- (٤) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١.

٥- (٥) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، للعمومات المجوّزه كتاباً وسنّه وعموم ترك الاستفصال في صحيحه بشار بن يسار، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأ، فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ فقال: نعم، لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعى وغنمى! قال: ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك». وصحيحه ابن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام: «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، الشرح:

متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»^(١).

فإن ترك الاستفصال فيها عن كون الشراء ثانياً بجنس الثمن بتفاوت أم لا، مقتضاه عدم الفرق بذلك في نفي البأس.

وكذا رواه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: يبيئنى الرجل فيطلب العينه، فأشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعته إتياءه ثم أشتريه منه مكانى، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس»^(٢).

وهذا أيضاً داله على جواز الاشتراء بتفاوت كما لا يخفى.

وصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه نقدا، قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^(٣).

وهذه الروايات تعم بعض الصور التى نسب الخلاف فيها إلى الشيخ قدس سره .

وقد يستدل على الجواز أيضاً بموثقه يعقوب بن شعيب وعبيد بن زراره معا

ص: ٣٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ .

٢- (٢) المصدر : ٤١ ٤٢ ، الحديث ٤ .

٣- (٣) مسائل على بن جعفر : ١٢٧ / ١٠٠ .

فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي، فرضى؟ قال: لا بأس بذلك». ورواه الحسين بن منذر، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني فيطلب العينة فأشترى له المتاع من أجله ثم أبعه إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. قال: فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إنه إن جاء به بعد أشهر صح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير ولا بأس».

الشرح:

قالا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاما فقال: لا بأس به، إنما له دراهم يأخذ بها ما شاء» (١).

ولكن في دلالتها على حكم المقام تأمل، فإن المفروض في المقام شراء البائع من المشتري نفس ما باعه منه، وليس في الرواية دلالة على كون الطعام الذي أراد المشتري بيعه من البائع بدلاً عن الدرهم ما اشتراه منه أولاً اللهم إلا أن يتمسك بعدم الاستفصال في الجواب.

وقد يدعى أنه تعارض الروايات المتقدمه صحيحه خالد بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حل الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني؟ قال: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه» (٢).

ولكن لا دلالة في هذه على أن المشتري أراد بيع نفس الطعام الذي اشتراه منه أولاً.

ص: ٣٩٣

١- (١) الكافي ٥: ١٨٦ / ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣١١ ٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.

وفى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم اشتراه منه بخمسه دراهم، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس». وعن كتاب على بن جعفر قوله: «باعه بعشره إلى أجل ثم اشتراه بخمسه بنقد»، وهو أظهر في عنوان المسألة.

وظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف. وقد يستدل أيضاً بروايه يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرار، قالوا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ ذلك تقاضاه، فقال: ليس لى دراهم خذ منى طعاماً، فقال: لا بأس به، فإنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» وفى دلالتها نظر. وفيما سبق من العمومات كفايه، إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره: من روايه خالد بن الحجاج، قال: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل الشرح:

مع أنّ كلمه خير اسم تفضيل، فنفية لا يدل على عدم الجواز.

وأما روايه عبد الصمد بن بشير المحكيه عن الفقيه قال: «سأله محمد بن القاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندى دراهم قال: خذ منه بسعر يومه، قال: أفهم أصلحك الله أنّه طعامى الذى اشتراه منى، قال: لا- تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، قال: أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على» (١)، فلضعف سندها غير قابله للاعتماد عليها، بل على تقدير كونها معتبره لكون القاسم بن محمد الجوهري من المشاهير ولم يرد فيه قدح محموله على الكراهه جمعاً بينها وبين ما تقدّم من الروايات المجوّزه .

ص: ٣٩٤

١- (١) الفقيه ٣: ٢٠٧ / ٢٠٨ / ٣٧٧٧، والوسائل ١٨: ٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

مسمّى، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم، ولكن عندي طعام، فاشتره منّي؟ فقال: لا تشتريه منه، فإنّه لا خير فيه». ورواه عبدالصمد بن بشر المحكيه عن الفقيه قال: «سأله محمد بن قاسم الحنات فقال: أصلحك الله! أبيع الطعام من رجل إلى أجل، فأجىء وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه. فقال: أفهم أصلحك الله أنّه طعامي الذي اشتراه منّي، فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، فقال: أرغم الله أنفي! رخص لي، فرددت عليه فشدد عليّ». وحكى عن الشيخ قدس سره: أنّه أوردها في الاستبصار دليلاً على مختاره. وحكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول: لا يظهر من روايه خالد دلالة على مذهب الشيخ، وعلى تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنّه: «لا خير فيه» من أمارات الكراهه. واعلم أنّه قال الشيخ في المبسوط: إذا باع طعاماً [١] بعشره مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا الشرح:

[١] ظاهر هذه العبارة (١): أنّه لا يجوز للبائع أخذ الطعام الأ-كث من المشتري بدلاً عما عليه من الثمن بلا فرق بين كون ذلك الطعام هو الذي باعه منه أولاً أو غيره.

والوجه في عدم الجواز على ما يظهر مما ذكر رحمه الله في الخلاف هو رجوع البيعين إلى بيع الطعام بالطعام ولو كان البيع بتفاوت لكان رباً.

وقد تقدّم أيضاً أنه قال في النهاية (٢): إذا اشترى نسيئته فحل الأجل ولم يكن عنده ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ ما باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذ بنقصان لم يكن صحيحاً.

ص: ٣٩٥

١- (١) وهي عبارته الشيخ في المبسوط ٢: ١٢٣.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجز. وقد روى أنه يجوز على كل حال. وحكى في المختلف عن الخلاف: أنه إذا باع طعاماً قفيزاً بعشره دراهم مؤجله، فلمّا حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ مثل ذلك، فإن زاد عليه لم يجز. واحتجّ بإجماع الفرقه وأخبارهم وبأنه يؤدّى إلى بيع الطعام بالطعام. ثمّ حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقاً، وعن بعضهم المنع مطلقاً. ثمّ حكى عن الشيخ في آخر كلامه، أنه قال: والقول الآخر الذى لأصحابنا قوى، وذلك أنه يبيع طعام بدراهم، لا يبيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثليه، انتهى.

الشرح:

والحاصل: أن ما ذكر في المبسوط (١) والخلاف (٢) والنهايه (٣) متفرع على القاعده التى أشار إليه المصنف رحمه الله وهى: أنه يجرى على عوض الجنس الربوى حكم ذلك الجنس الربوى بمعنى أنه لا يجوز مبادله ذلك العوض بذلك الجنس بالأكثر أو بالأقل، مثلاً- إذا باع مقداراً من الحنطه الأخرى ثانيه بالزياده أو النقيصه من الحنطه المباعه أوّلاً، فإنّها ترجع إلى مبادله الحنطه بالحنطه بتفاوت، كما أنه لو اشترى نفس ما باعه أوّلاً لكان من يبيع الدراهم بالدراهم مع الاختلاف.

والقاعده المشار إليها تستفاد من التعليل الوارد فى صحيحه على بن جعفر المرويه فى باب السلم، قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم» (٤).

ص: ٣٩٦

١- (١) المبسوط ٢: ١٢٣.

٢- (٢) راجع الخلاف ٣: ١٠١، المسأله ١٦٦ من كتاب البيوع، وانظر المختلف ٥: ٢٨٩.

٣- (٣) مرّ آنفاً.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٣٠٨، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ قدس سره جرى في ذلك وفيما تقدّم عنه في النهايه من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً على قاعده كليّه تظهر من بعض الأخبار: من أنّ عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوّض بذلك الشيء بزياده، وأنّ عوض العوض بمنزله العوض، فإذا اشترى طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزياده، وكذلك إذا باع طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ عوض الدراهم طعاماً. وعوّل في ذلك على التعليل المصرّح به في روايه علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام المعتضد ببعض الأخبار المانعه عن بعض أفراد هذه القاعده هنا وفي باب السلم قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه، يأخذ قيمتها دراهم؟ قال: إذا قومها دراهم فسد، لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم، الشرح:

ويؤيد ذلك بعض الروايات (١) الواردة في منع المشتري في السلم عن بيع ما على البائع منه إلا برأس ماله.

وبتعبير آخر: إذا كان الدين على المشتري فلا يجوز للبائع شراء جنس ما باعه بدلاً عن الدين ولا عين ما باعه مع الاختلاف والتفاضل، كما أنه إذا كان الدين على البائع كما في بيع السلم فلا يجوز للمشتري بيع ذلك الدين من بائعه بجنس الثمن مع التفاضل، حيث إنّه يجري على العوض الثاني للدين حكم العوض الأوّل للدين في أنه لا يجوز معاوضه ذلك الدين بجنس العوض الأوّل مع التفاضل، بلا فرق بين كون المعاوضه الثانيه بعد حلول الأجل، أو قبله، وكون العوض الثاني أقلّ من العوض الأوّل أو أكثر.

أقول: هذه القاعده لا أساس لها، فإنّ الأخبار الواردة (٢) في بيع العينه داللتها

ص: ٣٩٧

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠٣ ، الباب ١١ .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

فلا يصلح دراهم بدراهم»، قال فى محكى التهذيب: الذى أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير: من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجر أن يبيعه بدراهم، لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زياده أو نقيصه وذلك ربا انتهى. وهنا يقول أيضاً قبلاً لمسأله السلم التى هى عكس مسألتنا: إنه إذا كان الذى باعه طعاماً لم يجر أن يشتري بثمنه طعاماً، لأنه يكون باع طعاماً بطعام.

الشرح:

واضح فى أن للبائع شراء ما باعه مؤجلاً أولاً وبنقصان نقداً ثانياً.

وصحيحه على بن جعفر (١) لا- يرتبط بالمقام، فإن الالتزام بعدم جواز البائع فى بيع السلف ما باعه إلا برأس المال ظاهر بعض الروايات المعتبرة كصحيحه محمد بن قيس عن أبيجعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعطى رجلاً ورقاً فى وصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد وصيفاً أو ورقه الذى أعطاه أول مره لا يزداد عليه شيئاً» (٢).

ولا- يعارضها مثل روايه حسن بن على بن فضال قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت وليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم» (٣).

فأنه مع الإغماض عن السند يحمل إطلاقه على ما إذا كانت الدراهم مساويه مع الثمن المسمى من غير زياده جمعا بينهما كما لا يخفى، بل لا- يبعد أن يقال: لا- يختص الحكم ببيع السلف، بل إذا كان المبيع كلياً فى العهده لا يجوز بيعه من بائعه إلا برأس المال أخذاً بإطلاق صحيحه على بن جعفر المتقدمه كما لا يخفى.

ص: ٣٩٨

١- (١) مَرَّتْ آناً .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠٧ ، الباب ١١ من أبواب السلف ، الحديث ٩ .

٣- (٣) المصدر : ٣٠٦ ، الحديث ٨ .

وبالجملة، فمدار فتوى الشيخ قدس سره على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه: من أنّ عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، وبين اشتراء مجانسه منه، ولا فرق أيضاً بين اشتراؤه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحدائق. وتقييده بما بعد الحلول في عبارته النهائية المتقدمه لكون الغالب وقوع المطالبه والإيفاء بعد الحلول، وإن قصير المشهور خلافه به. لكن الأظهر هو الإطلاق. كما أنّ تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لأنه الغالب، لأنّ الغالب في ردّ نفس ما اشتراه رده بالناقص، لا لخصوصيه في النقص لا تجرى في الزيادة، ولذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه: أنّ أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت. ويؤيد الحمل على الغالب: أنه قدس سره ذكر في مسأله السلم التي هي عكس المسأله: أنه لا يجوز له أخذ جنس الثمن زائداً على ما أعطاه، فإنّ الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص ممّا اشترى، ومع العكس العكس. وظهر أيضاً مما ذكرنا: أنّ الحكم مختصّ في كلام الشيخ قدس سره بالجنس الربوي، لا مطلق المتاع ولا خصوص الطعام. وأمّا الحكم في المستثنى [١] الشرح:

[١] أما الكلام في المستثنى أي بيع المتاع على ان يبيعه من بايعه ثانياً فقد يستدل على بطلان البيع المزبور بوجوه:

منها: ما ذكره في التذكرة (١) من كون البيع دورياً لأنّ تحقق البيع موقوف على حصول شرطه، كما هو مقتضى توقف كل مشروط على تحقق شرطه، وتحقق الشرط موقوف على حصول البيع، لأنّ المشتري ما لم يملك المبيع فلا يمكن له بيعه من بائعه.

نعم لا بأس إذا شرط في بيع المتاع بيعه من شخص آخر، لأنّ هذا الشرط

ص: ٣٩٩

وهو ما إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور، ونص عليه الشيخ في باب المراجعة واستدلوا عليه أولاً بالدور، كما في التذكرة. قال في باب الشروط: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرأً ووصفاً وعيناً أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور، أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب والسنة. لا يقال: ما التزمتموه من الدور آت هنا، لأننا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

الشرح:

لا يخالف الكتاب والسنة.

لا يقال: ما ذكر من لزوم الدور يجرى في هذه الصورة أيضاً.

فإنه يقال: بيع المشتري المتاع من شخص آخر لا يتوقف على تملكه ذلك المتاع لإمكان وقوعه على نحو بيع الفضولي أو البيع بالوكالة، بخلاف بيعه من بايعه فإنه لا يتصور فيه الفضوليه أو الوكالة.

أقول: الشرط في المعاملات بمعنى الالتزام الآخر، ولا يكون المشروط معلقاً عليه البيع ليلزم في الفرض الدور.

وما ذكر من صحه اشتراط بيعه من شخص آخر، وأنه لا يلزم منه الدور ضعيف جداً، لأنه لو كان المراد من بيعه من آخر بيعه فضولاً أو وكالة لكان المشروط منافياً لمقتضى البيع لأن مقتضى البيع أن لا يكون البيع من الآخر بالوكالة أو فضولاً، ومقتضى الشرط أن يكون بالوكالة والفضوليه على الفرض.

ثم إنه رحمه الله التزم في التذكرة (1) بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن، وعليه يبقى

ص: ٤٠٠

أقول: ظاهر ما ذكره من النقض أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشيء على غير مالكة معقول ولو من غير المالك كالوكيل والفضولي، بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول أصلاً. فاندفع عنه نقض جماعه ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره أو عتقه. نعم، ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع، بل يتوقف عليه. وقد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة، فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه، وقال: إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحه البيع، فلا يتوقف عليه صحه البيع وإلا دار. لكنه قدس سره مع ذلك جوز هذا الاشتراط. إلا أن يقال: إن أخذ الرهن على الثمن والتضمين عليه وعلى ذرّكه وذرّك المبيع من توابع البيع ومن مصالحه، فيجوز اشتراطها، نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً ونحو ذلك، فتأمل. وقّرر الدور في جامع المقاصد: بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، وحصول الشرط موقوف على الملك. وهذا بعينه ما تقدّم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين.

الشرح:

بيان الفرق بين اشتراط ذلك واشتراط المبيع من بائعه ثانياً.

وربما يفرق بينهما بأن الرهن على الثمن من توابع البيع ومن مصالح تامه، ولا بأس باشتراط ما يكون من توابع البيع وأحكامه، نظير اشتراط عدم تأخير الثمن، بخلاف بيع المبيع من بائعه ثانياً، فانه ربما يكون منافياً لقصد البيع الأول كما يأتي.

نعم، يرد عليه النقض ببيع المتاع والاشتراط على المشتري أن يوقفه على البائع وولده، فان هذا الاشتراط صحيح عند العلامة مع أنّ الوقف المزبور ليس من توابع البيع ومصلحه.

أقول: لم يظهر الوجه لدعوى أنّ الرهن على الثمن من توابع البيع دون بيعه من

ص: ٤٠١

وأجيب عنه تارةً: بالنقض باشتراط بيعه من غيره. وقد عرفت أنّ العلامه قدس سره تفتن له في التذكرة، وأجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، وعرفت تفتنه لذلك أيضاً في التذكرة.

وأخرى: بالحلّ، وهو أنّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط، وإنّما المتوقّف عليه لزومه.

وثالثه: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين. ومبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامه في الاعتراض على نفسه والجواب عنه بما حاصله: أنّ الشرط لا بدّ من صحته مع قطع النظر عن البيع، فلا يجوز أن يتوقّف صحته على صحه البيع. ولا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده، لأنّ بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقاً. ولو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضاً بين ما قبل الأجل وما بعده. واستدل عليه أيضاً بعدم قصد البائع [١] بهذا الشرط إلى حقيقه الإخراج عن ملكه،

الشرح:

بايعه ثانياً، فإن التابع بمعنى كونه حكماً للبيع الأول غير حاصل في شيء منهما، وبمعنى التوقّف على حصول البيع موجود في كل منهما كما لا يخفى.

نعم لا يكون البيع الثاني من مصلحه البيع الأول بخلاف الرهن، ولكن هذا لا يوجب الفرق في الدور وعدمه.

[١] وهذا هو الوجه الثاني لبطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً.

وحاصله: عدم قصد البائع حقيقه إخراج المال عن ملكه، وتمليكه من مشتريه بالعوض، واستحسن الشهيد (١) رحمه الله هذا الوجه في غايه الامر.

ص: ٤٠٢

حيث لم يقطع علاقه الملك عنه. وجعله في غايه المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان إجماع على المسأله فلا بحث. وردّ عليه المحقّق والشهيد الثانيان: بأنّ الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه، وإلا لم يصحّ ذلك إذا قصدا ذلك ولم يشترطاه مع الاتّفاق على صحّته، انتهى.

واستدل في الحدائق بقوله عليه السلام في روايه الحسين بن المنذر[١] المتقدّمه في السؤال عن بيع الشيء واشترائه ثانياً من المشتري: «إن كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس» الشرح:

ولكن لا- يخفى ما فيه، فأنه يرد عليه ما ذكره الشهيد والمحقّق الثانيان(١) من أنّ لازم ذلك هو الحكم ببطلان البيع الأول حتّى فيما لم يجعل البيع من بايعه شرطاً، بل كان مجرد بناء خارجي مع الإجماع على الصحه معه، كما هو مقتضى مشروعيه بيع العينه. أضف إلى ذلك أنّ عدم تحقّق القصد على تقديره ينحصر بما إذا لم يختلف البيعان في الثمن ولم يختلفا بالنقد والنسيئه، كيف والبيع الثاني المقصود يتوقف على البيع الأول، فلا بدّ من كونه مقصوداً أيضاً كما لا يخفى.

[١] استدل في الحدائق(٢) على بطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً بقوله عليه السلام في روايه الحسين بن المنذر المتقدّمه: «إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار، ان شئت اشتريت، وان شئت لم تشتري فلا بأس»(٣).

ووجه الاستدلال أن المراد بالخيار فيه هو الاختيار.

ص: ٤٠٣

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٢٠٤، والمسالك ٣: ٢٢٥ .

٢- (٢) الحدائق ١٩: ١٢٨ ١٢٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٤٢ ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

فإنَّ المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً، فدلَّ على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأوَّل. وثبوت «البأس» في الرواية، إمَّا راجع إلى البيع الأوَّل فثبت المطلوب، وإن كان راجعاً إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأوَّل، إذ لو صحَّ البيع الأوَّل والمفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس، بل كان لازماً بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح. هذا، وقد يُردُّ دلالته بمنع دلاله «البأس» على البطلان. وفيه ما لا يخفى. وقد تُردُّ أيضاً بتضمُّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد: من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

الشرح:

وحاصل الجواب: أنَّه على تقدير كون المشتري مختاراً في بيع المبيع ثانياً وأنت على اختيار من شرائه فلا بأس، ونفى البأس إمَّا راجع إلى البيع الأوَّل فيكون مفهوم الجواب أنَّه إن لم يكن الطرفان على اختيار مما ذكر ففي البيع الاول بأس، وإمَّا راجع إلى بيع الثاني فيكون مفهومه إن لم يكونا على اختيار ففي البيع الثاني بأس.

والبأس في الثاني يكشف عن بطلان البيع الأوَّل، حيث إنَّه لو صحَّ الأوَّل فلا- موجب لبطلان الثاني، بل يكون الثاني لازماً لا يجرى فيه حتَّى الخيار الثابت في سائر البيوع، كما هو مقتضى الشرط.

لا يقال: ثبوت البأس بالمفهوم لا يدل على المنع الوضعي لاحتمال كونه كراهه، وكراهه الثاني أو الأوَّل لا تنافي صحتهما.

فإنَّه يقال: ثبوت البأس في المعاملة ظاهره فسادها، كما أنَّ ظاهره في الأفعال الخارجيه حرمتها.

لا- يقال: كما إنَّ الرواية بمفهومها داله على البطلان فيما إذا اشترط البائع على المشتري بيع المبيع منه ثانياً كذلك تدلَّ على البطلان فيما إذا اشترط المشتري على

وفيه: أنّ هذا قد قال به كلّ أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإنّ المسألتين من واد واحد، بل الشهيد قدس سره في غايه المراد عنون المسأله بالاشتراء بشرط الاشتراء. وقد يُردّ أيضاً: بأنّ المستفاد من المفهوم لزوم الشرط وأنّه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه وإن كان يحرم البيع الثانى أو هو والبيع الأوّل مع الشرط ويكون الحاصل حينئذ حرمه الاشتراط وإن كان لو فعل التزم به، وهو غير التزم المحزّم الذى يفسد ويُفسد العقد.

الشرح:

البائع شرائه منه ثانياً، مع أنّه لا خلاف فى الجواز فى صورته اشتراط المشتري على البائع.

فإنّه يقال: كلا الفرضين متحد فى الحكم، ودعوى الاتفاق على الجواز فى الثانى غير صحيحه.

ولكن الإنصاف: عدم دلالة الروايه على بطلان البيع الأوّل بل ظاهرها بطلان البيع الثانى، وبطلانه لبطلان الشرط فى البيع الأوّل، وعدم وقوع الثانى مع الغمض عنه بالاختيار.

وبطلان الشرط فى البيع الأوّل لا يسرى إلى نفس البيع على ما تقدّم، فيكون حاصل الروايه أنّه لا بأس بالبيع الثانى فيما إذا لم يكن الطرفان غير ملزمين به، وفيه بأس مع كونهما ملزمين عليه بمقتضى الشرط فى البيع الأوّل خلافاً لأهل المسجد، حيث كانوا على اعتقاد البطلان فى البيع الثانى حتّى فيما إذا لم يكونا ملزمين عليه ولم يشترطاه فى البيع الأوّل، وأنّه إنّما يصحّ البيع الثانى فيما إذا وقع مع فصل شهر أو أزيد حتّى فيما إذا اشترط البيع المنفصل فى البيع الأوّل. ويظهر ذلك من صحيحه على بن جعفر المتقدمه أيضاً حيث ذكر سلام الله عليه فيها «إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس»^(١) فإنّ الضمير المقدر فى قوله «لم يشترطاً» وفى قوله «رضياً» وفى قوله

ص: ٤٠٥

وفيه: أنّ الحرمة المستفاده من «البأس» ليس إلا الحرمة الوضعيّة أعنى الفساد، ولا يجامع ذلك صحة الشرط ولزومه. نعم، يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحّة الأوّل، كما يشهد به أيضاً بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثانى: إنّ المراد أنّه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا وطيب النفس والاختيار فلا بأس به، وإن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً فى متن العقد أو قبله وإلزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً، لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه، إمّا لعدم ذكره فى متن العقد، وإمّا لكون الشرط لغواً لا يجب الوفاء به، وأمّا فساد العقد الأوّل من جهة فساد الالتزام المذكور فى متنه حتّى لو وقع عن طيب النفس فهو مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً وجوازاً بالعقد الثانى. وأمّا روايه على بن جعفر فهى أظهر فى اختصاص الحكم بالشراء الثانى، فيجب أيضاً حمله على وجه لا- يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأوّل، بأن يكون مفهوم الشرط: أنّه إذا اشترط ذلك فى العقد أو قبله ولم يرضيا الشرح:

«لا بأس» مرجعه واحد، ولا ينبغى الريب فى أن المرجع فى الأولين هو البيع الثانى، فيكون نفى البأس أيضاً راجعاً إليه.

ثم إنّ العمده فى سند الحكم بالبطلان وكون الشرط فى البيع الأوّل فاسداً هى هذه الصحيحه، لا روايه الحسين بن المنذر حتى يناقش فى سندها.

وبما أنّ المفروض اختلاف الثمينين فى البيعين، فيحكم بالصحة فى صورته تساويهما ولو مع شرط البيع الثانى فى البيع الاول.

وقد ذكرنا أنّ المتيقن لولا- ظاهرها بطلان البيع الثانى فى صورته اشتراطه، وأمّا البيع الأوّل فيؤخذ فيه بإطلاق حل البيع كما لا يخفى.

بوقوع العقد الثاني بل وقع على جهة الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح، لعدم طيب النفس فيه ووقوعه عن إلجاء، وهذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء، إمّا لعدم ذكره في العقد، وإمّا لكونه لغواً فاسداً مع عدم تأثير فسادته في العقد.

وبالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصحّ أن يستند إلى فساد الأوّل، لما ذكرنا: من ظهور الروايتين في ذلك، فلا بد من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثاني، وعدم طيب النفس لا يقدر إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم، وعدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط في العقد، وإمّا لكونه لغواً غير مفسد. ثمّ إنّ قال في المسالك: إنّهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان أنّ الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له، وإلاّ أتجه بطلان العقد به كما لو ذكرناه في متنه، لأنّهما لم يقدموا إلاّ على الشرط ولم يتمّ لهما. ويمكن أن يقال: إنّ علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط. فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدّم في ارتباط العقد به وعدمه، والمعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم، إلاّ أن يفرّق بين الشرط الصحيح فلا يؤثّر وبين الفاسد فيؤثّر في البطلان. ووجهه غير ظاهر، بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين، وقد تقدّم توضيح الكلام في ذلك.

القول في القبض

إشاره

وهو لغه: الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكف، على اختلاف عبارات أهل اللغه.

والنظر في ماهيته، ووجوبه، وأحكامه يقع في مسائل:

مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول بعد اتّفاقهم على أنّها «التخليه» في غير المنقول على أقوال:

أحدها: أنها التخليه أيضاً، صرّح به المحقّق في الشرائع، وحكى عن تلميذه كاشف الرموز. وعن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدّمي أصحابنا. وعن التنقيح نسبته إلى المبسوط.

الثاني: أنّه في المنقول: النقل، وفيما يعتبر كيله أو وزنه: الكيل أو الوزن.

الثالث: ما في الدروس: من أنّه في الحيوان: نقله، وفي المعتمر: كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي الثوب: وضعه في اليد.

الرابع: ما في الغنيه وعن الخلاف والسرائر واللمعه: أنّه التحويل والنقل.

الخامس: ما في المبسوط: من أنّه إن كان مثل الجواهر والدراهم والدنانير وما يتناول باليد فالحبض فيه هو التناول باليد، وإن كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمه فالحبض في البهيمه أن يمشى بها إلى مكان آخر، وفي العبد أن يقيمه إلى مكان آخر. وإن كان اشتراه جزافاً كان الحبض فيه أن ينقله من مكانه. وإن كان اشتراه مكايلاً فالحبض فيه أن يكيّله. وزاد في الوسيله: أنّه في الموزون: وزنه، وفي المعدود: عدّه. ونسب عبارته الشرائع الراجعة إلى ما في المبسوط إلى المشهور.

السادس: أنّه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد، حكى عن المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفايه، واعترف به في المسالك تبعاً لجامع المقاصد لشهادته العرف بذلك، إلّا أنّه أخرج عن ذلك المكيّل والموزون، مستنداً إلى النصّ الصحيح. وفيه ما سيجيء.

السابع: ما في المختلف: من أنّه إن كان منقولاً - فالحبض فيه النقل أو الأخذ باليد، وإن كان مكياً أو موزوناً فحبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: أنّه التخليه مطلقاً بالنسبه إلى انتقال الضمان إلى المشتري، دون النهي عن بيع ما لم يقبض. نفى عنه البأس في الدروس.

أقول: لا شكّ أنّ الحبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري، ولا شكّ أنّ

الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا تترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما أنّ الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع والراهن فى الجملة، واشتراط القدره على التسليم لا- يحتاج فى ترتبها إلى فعل من المشتري، فحينئذٍ نقول: أمّا ما اتّفق عليه: من كفايه التخليه فى تحقّق القبض فى غير المنقول، إن أُريد ب«القبض» ما هو فعل البائع بالنسبه إلى المبيع، وهو جميع ما يتوقّف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، ويعبّر عنه مسامحه بالإقباض والتسليم وهو الذى يحكمون بوجوبه على البائع والغاصب والراهن فى الجملة، ويفسرونه ب«التخليه» التى هى فعله فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتّى فى غير المنقول وإن سيّرت برفع جميع الموانع وإذن المشتري فى التصرف. قال كاشف الرموز فى شرح عبارته النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبض وهو التخليه، ويكون من طرف البائع والواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق أنّ القبض مطلقاً استيلاء المشتري [١] عليه وتسلّطه عليه الذى يتحقّق به معنى «اليد» ويتصوّر فيه الغصب. نعم، يترتب على ذلك المعنى الأوّل،

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكره قدس سره فى المقام أنّ قبض المبيع فعل المشتري، والمراد به استيلاءه على المبيع سواء كان قابلاً للنقل الخارجى أم لا كالأراضى والبساتين.

والاستيلاء على المبيع يختلف بحسب اختلاف الاشياء، ولا يلزم المباشرة فى كلّها باليد فضلاً عن المباشرة بجميع اليد لا بمثل رؤوس الأصابع.

وأما التخليه فهى فعل البائع ويتوقّف عليه وصول المبيع إلى المشتري، كرفع البائع جميع الموانع بين المال والمشتري، واذنه له فى التصرف الخارجى فيه، وربما يعبر عن هذه التخليه بالتسليم والإقباض.

ثم إنّ الأحكام المترتبة على وضع اليد على مال الغير عدواناً أو بغيره لا يترتب

الأحكام المترتبة على الإقباض والتسليم الواجبين على البائع، فينبغي ملاحظه كل حكم من الأحكام المذكوره في باب القبض وأنه مترتب على القبض الذي هو فعل المشتري بعد فعل البائع أو على الإقباض الذي هو فعل البائع، مثلاً إذا فرض أن أدله اعتبار القبض في الهبه دلت على اعتبار حيازه المتَّهب الهبه، لم يكتف في ذلك بالتخليه التي هي من فعل المواهب وهكذا. . . ولعلّ تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان وغيره من حيث إنّ الحكم الأوّل منوط بالإقباض وغيره منوط بفعل المشتري.

الشرح:

إلاّ على الاستيلاء المزبور، وربما يترتب بعض الأحكام على القبض بمعنى التخليه، كوجوب تسليم المبيع، ووجوب رد الأمانه على مالكةا، ووجوب قبض العين المرهونه على الراهن فيما إذا كان الرهن لازماً كاشتراطه في عقد لازم إلى غير ذلك.

وعلى ذلك فاللزام في الموارد ملاحظه أنّ الحكم فيها مترتب بحسب ظاهر الخطاب على القبض بمعنى الاستيلاء الذي هو فعل القابض، أو على التخليه التي هي فعل المقبض «بالكسر».

ولذلك فصل الشهيد رحمه الله في الدروس (١) بين قبض البائع الموجب لارتفاع ضمان المبيع عنه، وبين مثل بيع المشتري المكييل أو الموزون من آخر، حيث إنّهُ اكتفى في ارتفاع الضمان بالتخليه، والتمزم بعدم كفايتها في بيع المشتري المكييل أو الموزون.

وهذا على تقدير الاستناد في ارتفاع الضمان إلى النبوي: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (٢) غير ظاهر فإنّ ظاهره اعتبار القبض الذي من فعل المشتري.

ص: ٤١٠

١- (١) الدروس ٣: ٢١٣.

٢- (٢) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وكيف كان، فلا بدّ من مراعاة أدلّه أحكام القبض، فنقول: أمّا رفع الضمان، فإن استند فيه إلى النبويّ: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري. وإن استند إلى قوله عليه السلام في روايه عقبه بن خالد: «حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» احتمل فيه إناطه الحكم بالتخليه، فيمكن حمل النبوي على ذكر ما هو مقارن غالباً للتخليه. واحتمل وروده مورد الغالب: من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقريته ظاهر النبوي، ولذا قال في جامع المقاصد بعد ما نقل ما في الدروس: إنّ الخبر دالّ على خلافه. وهو حسن إن أراد به ظاهر النبوي، لا ظاهر روايه عقبه أو غيرها.

الشرح:

نعم، لو استند في ارتفاعه إلى روايه عقبه بن خالد(1) فظاهرها اعتبار التخليه في ارتفاع ضمان البائع.

وعلى ذلك فيمكن حمل النبويّ على ظاهر الروايه بأن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بالتخليه، وذكر قبض المشتري في النبوي من جهه كونه مقارنا غالبا بالتخليه.

ويمكن أن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بقبض المشتري واستيلائه كما هو ظاهر النبوي، وذكر ما يقرب إلى التخليه في الروايه لكونها ملازما غالبا للوصول المال إلى يد المشتري.

ويشهد لكون ظاهر النبويّ هو الأخذ والاستيلاء أنّ جامع المقاصد(2) نقل القول الثامن أي التخليه عن الشهيد رحمه الله في الدروس، ثم قال: وظاهر الخبر خلاف ذلك. وهذا الكلام من جامع المقاصد حسن لو كان مراده بالخبر النبويّ. وأمّا إذا كان مراده روايه عقبه بن خالد فقد ذكرنا أنّ ظاهرها التخليه، وينبغي عدّ القول الثامن موافقا لها

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٣٩٢.

والإنصاف: أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر روايه عقبه. وربما يُخدش فيها بظهورها في اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً.

وفيه: أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة ورفع اليد، ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. وما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال: لو أحضر البائع السلعة، فقال المشتري: ضعه، تم القبض، لأنه كالتوكيل في الوضع. ولو لم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريد شيئاً، حصل القبض، لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك، فإنه يبرأ من الضمان، انتهى. وظاهره: أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو من فعل البائع ولو امتنع المشتري. لكنه قدس سره صرح في عنوان المسألة وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته إلى بعض الشافعية. فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سره: رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد في الحواشي: أنه نقل عن العلامة قدس سره: أن التخليه في المنقول وغيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع وقد أدى ما عليه.

الشرح:

لا مخالفا لها.

لا يقال: ظاهر معتبره عقبه بن خالد على خلاف الاجماع، وذلك لأنه اعتبر فيها في ارتفاع الضمان أمر آخر غير تخليه البائع وغير أخذ المشتري.

والأمر الآخر هو إخراج البائع المتاع من بيته مثلاً إذا باع متاعاً من زيد وسلّمه إليه وتلف المتاع في يد زيد قبل خروجه من بيت البائع فظاهر الرواية ضمانه على البائع، مع أنه خلاف المتسالم عليه. والحاصل أن الرواية بظواهرها معرض عنها.

والجواب: أن إخراج البائع المتاع من بيته كناية عن عدم إمساكه وتسليمه إلى

ص: ٤١٢

أقول: وهذا كما أنّ إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع، وسيجيء من المحقق الثاني: أنّ النقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً. هذا، ولكنّ الجمود على حقيقه اللفظ في الرواية يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأنّ الإقباض والإخراج وإن كانا من فعل البائع، إلّا أنّ صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع، لأنّ الإقباض والإخراج بدون القبض والخروج محال. إلّا أنّ استفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع، والتعبير بـ«الإقباض» و«الإخراج» مسامحة مسّت الحاجة إليها في التعبير. وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ لفظ «القبض» الظاهر بصيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول وغيره، الشرح:

المشتري، فيكون مساوقاً لاعتبار التخليه، والتعبير عن رفع البائع يده عمّا باعه بما في الرواية متعارف، واعتبار إخراج المال من بيت البائع أمر يقتضيه الجمود على اللفظ في الرواية بحمله على الاستعمال الحقيقي دون الكناية.

أقول: لا يبعد اعتبار روايه عقبه بن خالد لأنّ عقبه بن خالد من المشاهير المشار إليهم، ولا يستفاد منها غير التخليه على ما تقدم.

ولو كان النبويّ ظاهراً في اعتبار فعل القابض في ارتفاع ضمان البائع فلضعف سنده لا يمكن حمل الرواية عليه خصوصاً بملاحظه سيره الجاريه من العقلاء على انحلال البيع بتلف المبيع الشخصي، بل الثمن الشخصي أيضاً قبل التخليه.

وقد تقدّم سابقاً من أنّ إتلاف المشتري المبيع بيد بائعه، وإتلاف البائع الثمن بيد المشتري خارج عن مدلول الرواية والسيره العقلانيه المشار إليها.

وعلى الجملة: فلا بد في سائر الموارد من ملاحظه الأدله الوارده فيها، وأن مقتضى تلك الأدله اعتبار فعل القابض، أو فعل المقبض أى التخليه، أو أنّ المعبر فعل المقبض بما هو إقباض لا التخليه كما لا يخفى.

لأنَّ القبض لغه الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكف، على اختلاف التعبيرات. فإن أُريد الأخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات، مع أنَّ أحكامه جارية في الكل، فاللازم أن يراد به في كلام أهل اللغة أو في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيره في البيع والرهن والصدقه وتشخيص ما في الذمه أخذ كل شيء بحسبه، وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنه. وأما ما ذكره بعضهم: من اعتبار النقل والتحويل فيه بل ادعى في الغنيه الإجماع على أنه القبض في المنقول الذي لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا يخلو عن تأمير وإن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف في مثل الحيوان، لأنَّ مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفاً على الظاهر. ثم المراد من «النقل» في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له، لا- نقل البائع، كما هو الظاهر من عباره المبسوط المتقدمه المصرح به في جامع المقاصد. وأمَّا روايه عقبه بن خالد المتقدمه فلا دلالة فيها على اعتبار النقل في المنقول وإن استدل بها عليه في التذكرة، لما عرفت: من أنَّ الإخراج من البيت في الروايه نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد والتخليه للمشتري حتى لا- يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا- ما هو من فعله. وأمَّا اعتبار الكيل أو الوزن أو كفايته في قبض المكيل والموزون [١] فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد، لأجل

الشرح:

[١] وحاصله: أنه يحتمل أن يعتبر الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون وان يكون الكيل أو الوزن بمجردهما كافيا في تحقق القبض في المكيل والموزون.

وعلى كل منهما فالاعتبار كما اعترف غير واحد (١) بأنه تعبد مستفاد من مثل صحيحه معاويه بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه،

ص: ٤١٤

النصّ الذى ادّعى دلالتة عليه. مثل صحيحه معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن تولّيه الذى قام عليه». وصحيحه منصور بن حازم: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن تولّيه». وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام، أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه فلا بأس، وإن ربح فلا يبعه حتى يقبضه». ورواه أبى بصير: «عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما اشتراه». إلى غير ذلك ممّا دلّ على اعتبار الكيل والوزن لا من حيث اشتراط صحّة المعامله بهما، وإلا لم يفرق بين التوليه وغيرها، فتعيّن لأمر آخر، وليس إلا لكون ذلك قبضاً، للإجماع كما فى

الشرح:

فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن تولّيه الذى قام عليه»(١).

وصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن تولّيه»(٢).

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه أنه سال أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام «عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وان كان يولّيه فلا بأس»(٣).

ورواه أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما

ص: ٤١٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦٨ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ١٢ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٩ .

المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه. ومنه يظهر ما في المسالك، حيث إنّه بعد ذكر صحيحه ابن وهب قال: والتحقيق: أنّ الخبير الصحيح دلّ على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما، لا على أنّ القبض لا يتحقّق بدونهما. وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا- ينافي ذلك، لأنّ الاعتبار بهما قبض وزياده، وحينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملاً- بالعرف والخبير الآخر، وبتوقّف البيع ثانياً على الكيل والوزن، أمكن إن لم يكن إحداث قول، انتهى. والظاهر أنّ مراده بالخبير، خبر «عقبه بن خالد» وقد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل. ثمّ إنّ ظاهر غير واحد كفايه الكيل والوزن في القبض من دون توقّف على النقل. والظاهر أنّه لا بدّ مع الكيل والوزن من رفع يد البائع، كما صرّح به في جامع المقاصد، ولذا تبيّن في موضع من التذكرة: بأنّ الكيل شرط في القبض.

الشرح:

اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع»(١)، إلى غير ذلك.

فإنّ اعتبار الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني ليس لإحراز مقدار المبيع ليتمّ الشرط بالإضافة إلى البيع المزبور، حيث إنّه لو كان ذكرهما لذلك لم يكن وجه للفرق بين التولية وغيرها، لأنّ إحراز كيل المبيع أو وزنه شرط في كلّ بيع توليه كانت أو غيرها، فتعيّن أن يكون ذكر الكيل أو الوزن لوجه أخرى، وتلك الوجه قبض المكيل أو الموزون، وإنّ الكيل والوزن معتبر في قبضهما.

وبذلك يظهر ضعف ما ذكر في المسالك(٢)، وحاصله: أنّه ليس ذكر الكيل أو الوزن لعدم تحقّق القبض بدونهما، بل هما لتصحيح البيع، وأما القبض الراجع للضمان

ص: ٤١٦

١- (١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

٢- (٢) المسالك ٣: ٢٤٣ ٢٤٤، وانظر المسالك الطبعه القديمه في المبحث الثامن من المباحث المنعقده ذيل البحث عن القبض.

وكيف كان، فالأولى في المسألة ما عرفت: من أنّ القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، وأنّ كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصاً في باب الصدقة والرهن وتشخيص ما في الذمّه مشكل جداً، لأنّ التعبد الشرعى على تقدير تسليمه مختص بالبيع، إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره، كما صرّح به العلامة والشهيدان والمحقّق الثانی وغيرهم في باب الرهن والهبة، وحكى فيها الاتفاق على الاتّحاد عن ظاهر المسالك واستظهره الحاكي أيضاً. وظاهر المبسوط في باب الهبة: أنّ القبض هي التخليه فيما لا- ينتقل، والنقل والتحويل في غيره. لكن صرّح في باب الرهن: بأنّ كل ما كان قبضاً في البيوع كان قبضاً في الرهن والهبات والصدقات، لا يختلف ذلك. وعن القاضي: أنّه لا يكفي

الشرح:

فيحصل بدونهما.

وهذا مقتضى الجمع بين هذه الروايات والخبر الآخر يعنى روايه عقبه بن خالد الداله على ارتفاع الضمان باخراج البائع يده عن المال، وتسليمه إلى المشتري.

لا يقال: قد عبر الروايات عن الكيل أو الوزن بالقبض فيكون ذكرهما لاعتبارهما في القبض.

فأنّه يقال: التعبير عن الكيل والوزن بالقبض باعتبار الغالب من أنّ البائع يرفع يده عن الطعام بكيه أو وزنه، فيكون الكيل أو الوزن قبضاً وزياده، ولذا عبر عنهما بالقبض.

ووجه ظهور الضعف أنّه لو كان الكيل أو الوزن لإحراز الشرط للبيع الثانی لم يكن وجه للفرق بين كون ذلك البيع توليه أو غيرها.

أقول: يمكن دعوى أنّ مقتضى روايه عقبه بن خالد حصول القبض في المكيل والموزون أيضاً بالتخليه، فيخرج بها البائع عن ضمان ما أقبضه، كما إذا اشترى طعاماً خارجياً بإخبار بائعه بكيه أو وزنه، فأنّه يخرج بائعه عن ضمانه بالتخليه، ولكن

ص: ٤١٧

فى الرهن التخليه ولو قلنا بكفايته فى البيع، لأنّ البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه، وهنا لا استحقاق، بل القبض سبب فى الاستحقاق. ومقتضى هذا الوجه لحوق الهبه والصدقه بالرهن. وهذا الوجه حكاه فى هبه التذكره عن بعض الشافعيه، فقال قدس سره : القبض هنا كالقبض فى البيع، فبيما لا ينقل ولا يحوّل: التخليه، وفيما ينقل ويحوّل: النقل والتحويل، وفيما يكال أو يوزن: الكيل والوزن. ثم حكى عن بعض الشافعيّه عدم كفايه التخليه فى المنقول لو قلنا به فى البيع،

الشرح:

لا يجوز للمشتري ان يبيعه بغير التوليه قبل أن يكيه.

وبتعبير آخر: إذا كان المكيل والموزون مما اشتراه بغير كيل أو وزن بأن اشتراه باخبار البائع بوزنه أو كيله يجوز بيعه توليه قبل قبضه وقبل كيله.

ويدل على عدم اعتبار القبض فى الفرض صحيحه على بن جعفر حيث سأل أخاه عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال عليه السلام : إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يوليه فلا بأس».

ويدل على عدم اعتبار الكيل والوزن فى الفرض صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه «عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه إلا أن توليه الذى قام عليه».

والتعرض لاعتبار الكيل والوزن مع وقوع السؤال عن جواز البيع قبل القبض لأجل أنّ كيل المشتري أو وزنه غالبا يحصل به تخليه المالك، أو تحصل التخليه قبل ذلك.

والحاصل: أنه يعتبر فى جواز بيع ما اشتراه بغير الكيل أو الوزن للاعتماد على إخبار البائع بهما أو يكون المبيع كليا فى الذمه أو فى المعين القبض والكيل أو الوزن قبل البيع الثانى فيما كان بغير التوليه، لا أنّ الكيل أو الوزن يعتبر فى تحقّق القبض

مستنداً إلى أنّ القبض في البيع مستحقّ وفي الهبة غير مستحقّ، فاعتبر تحقّقه ولم يكتف بالوضع بين يده، ولذا لو أتلّف المتّهب الموهوب لم يصر قابضاً، بخلاف المشتري. ثمّ ضعّفه: بأنّه ليس بشيء، لالتّحاد القبض في الموضوعين واعتبار العرف فيهما، انتهى. وظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدّم عنه، إلّا أن يلتزم بكفايه التخليه في رفع الضمان وإن لم يكن قبضاً، كما أشرنا إليه سابقاً.

فروع:

الأوّل: قال في التذكرة: لو باع داراً أو سفينةً مشحونةً [١] بأمته البائع ومكّنه

الشرح:

المخرج البائع عن ضمان ما أقبضه، كما هو ظاهر المصنف وغيره في المقام.

وفي روايه محمد بن حمّان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله، فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز بيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١).

وعلى الجملة: هذه الروايات في مقام اعتبار الكيل أو الوزن في جواز بيع ما اشتراه بغير التوليه، ولا دلالة لها على اعتبارهما في القبض المخرج البائع عن ضمان ما باعه وأقبضه كما لا يخفى.

[١] هذا (٢) من التعرّض للصغرى بعد بيان كبرى القبض، وحاصله: أنّه لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمته باقيه في ملك بائعها، ولكن أذن للمشتري تحويل تلك الأمته ونقلها إلى مكان آخر يكون هذا من قبض الدار أو السفينه، فيترتب عليه حكمه من خروج البائع عن الضمان وغيره.

وإذا باع متاعاً منقولاً وكان المتاع في موضع غير مملوك للبائع يكون نقل

ص: ٤١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٥ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤ .

٢- (٢) راجع الكلام العلّامه في التذكرة ١ : ٤٧٢ .

منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضاً. وقال أيضاً: إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفى في المنقول النقل من حيز إلى حيز، وإن كان في موضع يختص به فالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف، ويكفى لدخوله في ضمانه. وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار البعته المنقول إليها.

الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً [١] فلا يخلو إما أن

الشرح:

المشتري المتاع إلى موضع آخر قبضاً.

وإن كان المتاع في موضع مملوك للبائع واذن للمشتري في نقله فبنقله إلى موضع آخر مملوك للبائع أيضاً يحصل القبض، وكأن المشتري استعار من البائع الموضع المنقول إليه.

وإن كان بغير إذن البائع لم يجز النقل، ولكن مع ذلك يدخل المتاع في ضمان المشتري وإن لم يعد ذلك قبضاً.

أقول: لا- يبعد تحقق القبض أيضاً ولو مع عدم إذن البائع للمشتري في نقل الأمتعه إلى مكان آخر، وأن يكون للمشتري تفرغ الدار أو السفينه من تلك الأمتعه رضى البائع أم لا، وأيضاً أن تحقق القبض في المنقول لا يتوقف على النقل على ما تقدم.

[١] وحاصله (١): أن جواز البيع الأول أى إحراز كيل المبيع أو وزنه قد يكون بالكيل أو الوزن عند البيع، وقد يجوز البيع الأول من غير وزن أو كيل عند ذلك البيع، بأن أخبر البائع بمقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو لوقوع البيع على نحو الكلى في المعين، كما إذا اشترى عشر كيلوات حنطه من صبره مشتمله عليها.

وفي الفرض الذى لم يحصل الكيل أو الوزن مع صحه البيع فاللازم الكيل أو

ص: ٤٢٠

يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا، بأن أخبر البائع بكيّله أو وزنه أو باعه قدرًا معيّنًا من صبره مشتمله عليه. فإن كان الآخر فلا بدّ في تحقّق قبضه من كيّله أو وزنه، للنصّ المتقدّم. وإن كان الأول، ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانيًا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان: من إطلاق توقّف الحكم على الكيل والوزن وقد حصل، وقوله عليه السلام في النصّ «حتى تكيله أو تزنه» لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل والوزن الشامل لما وقع قبل البيع. ومن أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لتحقّق شرط صحّح البيع، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد، وبه صرّح العلّامة والشهيد وجماعه. وهو الأقوى، ويدلّ عليه قوله عليه السلام: «إلا أن تولّيه»، فإنّ الكيل السابق شرط لصحّح البيع، فلا بدّ منه في التولّيه وغيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحّح البيع، انتهى المهم من كلامه رحمه الله .

أقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل والموزون بعد الكيل والوزن والعقد عليه والأخذ والتصرّف في بعضه في ضمان البائع حتّى يكيّله ثانيًا الشّرح:

الوزن قبل البيع الثّاني فيما لم يكن بنحو التولّيه للروايات المتقدّمة.

وأما في فرض الكيل أو الوزن عند البيع الأول فيحتمل الاكتفاء به وعدم لزوم إعاده الكيل أو الوزن قبل البيع الثّاني، لأنّه لا يصدق على البيع الثّاني من غير تجديد الكيل أو الوزن العنوان المنهى عنه في الروايات وهو أنّ المشتري قد باع الطعام قبل أن يكيّله أو يزنه بل يصدق أنّه قد باعه بعد كيّله أو وزنه.

ويحتمل لزوم تجديد الكيل أو الوزن، وذلك فإنّ الكيل أو الوزن ليس شرطاً في معرفه مقدار البيع ليقال بتحقيقه بالكيل أو الوزن قبل ذلك، بل الكيل أو الوزن قبض للمبيع، ولا يجوز البيع الثّاني بغير التولّيه قبله، والكيل والوزن الأول شرط لإحراز مقدار المبيع بلا فرق بين بيع التولّيه وغيرها.

أو يزنه وإن لم يرد بيعه، وكذا لو كاله وقبضه ثم عقد عليه. وقد تفتن لذلك المحقق الأردبيلي رحمه الله فيما حكى من حاصل كلامه، حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل والوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه، بل وقع البيع الأول من دون كيل، كما إذا اشترى أصوعاً من صبره مشتمله عليها أو اشترى بإخبار البائع. أما إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه وحمله إلى بيته وتصرف فيه بالطحن والعجن والخبز، فلا شك في كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوّزاً للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكيله مرّة أخرى للإقباض إلى أن قال ما حاصله: إن كون وجوب الكيل مرّة أخرى للقبض مع تحقّقه أولاً عند الشراء كما نقله في المسالك عن العلامة والشهيد وجماعه قدس الله أسرارهم وقواه ليس بقوى انتهى. وقال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف: إن التسليم بالكيل والوزن فيما يكال أو الشرح:

وهذا الاحتمال الثاني هو الأقوى كما عليه العلامة (١) والشهيد (٢) وجماعه (٣) انتهى.

وأورد على كلامه المصنف قدس سره بأن لازم اعتبار تجديد الكيل أو الوزن في حصول القبض كون المبيع في ضمان البائع قبل الكيل أو الوزن الثاني حتّى ما أخذه المشتري بعد الكيل أو الوزن الأول وتصرف فيه بالطحن أو غيره ولو بعد حمله إلى منزله، ويبقى هذا الضمان حتّى يكيله أو يزنه ثانياً وإن لم يرد بيعه ثانياً.

وكذا يلزم أن يبقى في ضمان البائع فيما إذا كاله أو وزن قبل البيع الأول وقبض الموزون أو المكيل، وعقد عليه مع البائع الأول.

ص: ٤٢٢

١- (١) القواعد ٢: ٨٥.

٢- (٢) الدروس ٣: ٢١٣.

٣- (٣) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

يوزن على رأى : إنّ المراد الكيل الذى يتحقّق به اعتبار البيع، ولا بدّ من رفع البائع يده، فلو وقع الكيل ولم يرفع يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدّقه وأخذه على ذلك حصل القبض، كما نصّ عليه فى التذكرة. ثمّ قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإنّ تيقّن حصول الحقّ فيه صحّ، وإلاّ فلا، ذكره فى التذكرة. والذى ينبغى أن يقال: إنّ هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري وانتفاء سلطنه البائع لو أراد حسبه لدفع الثمن، لا التسلّط على بيعه، لأنّ بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهه، ولو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثمّ اشتراه وأخذه بذلك فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى، انتهى.

الشرح:

ولذا خصّص المحقّق الأردبيلي (1): اعتبار الكيل أو الوزن فى البيع الثانى بما إذا كان البيع الأوّل بإخبار البائع بمقدار مبيعه، أو كان البيع الأوّل بعنوان الكلّى فى المعين، حيث إنّ القبض فى المبيع كذلك يكون بالكيل أو الوزن على ما فى الروايات.

وأما إذا كان البيع الأوّل بعد تعيين المبيع فيه بالكيل أو الوزن يكون القبض فيه بالأخذ لخروج ذلك عن مورد النهى فى الروايات المتقدّمه.

أقول: يرد على المصنف أيضاً فيما إذا أخبر البائع الأوّل بمقدار المبيع وقد أخذه المشتري وطحنه، فإنّ القول بأنّه لم يحصل قبضه فالمبيع بعد من ضمان البائع كما ترى.

والصحيح أنّ الكيل أو الوزن لا يعتبر فى حصول القبض مطلقاً، بل يحصل القبض بالتخليه أو استيلاء المشتري بلا فرق بين الموزون والمكيل وغيره حتّى ما إذا باع كيلاً على العهده، أو فى المعين ثمّ سلّم فرداً من ذلك الكلّى بإخباره بأنّه بمقدار

ص: ٤٢٣

ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك مما نسبته إلى العلامة والشهيد [١] وجماعه من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض ما ذكره في القواعد تفریعاً على هذا القول: «أنّه لو اشترى مكايله وباع مكايله فلا- بدّ لكلّ بيع من كيل جديد ليتمّ القبض». قال جامع المقاصد في شرحه: إنّهُ لو اشترى ما لا يُباع إلّا مكايله وباع كذلك لا بدّ لكلّ بيع من هذين من كيل جديد، لأنّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض. قال بعد ذلك: ولو أنّه حضر الكيل المتعلّق بالبيع الأوّل فاكتفى به أو أخبره البائع فصدّقه كفى نقله وقام الشرح:

المبيع، فالنهي عن بيعه قبل الكيل أو الوزن لرعايه إخبار المشتري، حيث إنّ ظاهر إخباره الشهاده بكيل المبيع أو وزنه، نظير ما ورد في شراء العصير مع إخبار بئعه بذهاب ثلثيه، بأنّه لا يجوز للمشتري بيعه ثانياً اعتماداً على إخبار البائع الأوّل فتدبّر.

[١] هذا تعرض للوجه الموجب لنسبه المسالك (١) اعتبار الكيل أو الوزن الثاني إلى العلامة (٢) والشهيد (٣) وجماعه (٤).

والوجه في النسبه إلى العلامة أنّه ذكر في القواعد تفریعاً على القول باعتبار القبض بالكيل أو الوزن قبل البيع الثاني لو اشترى مكايله وباع مكايله فلا بدّ لكلّ بيع كيل جديد ليتمّ القبض مع انه قد شرح في جامع المقاصد هذا الكلام بما ظاهره: أنّه مع حضور المشتري للكيل الأوّل أو إخبار بئعه به كفى نقل المبيع في تحقّق القبض وقيام عند كيله أو إخبار بئعه به، وقيام الحضور عند كيله أو إخبار البائع بمقداره منزله الكيل أو الوزن في تحقّق القبض.

ص: ٢٢٤

١- (١) المسالك ٣ : ٢٤١ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٨٥ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٢١٣ .

٤- (٤) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٣٩٣ .

ذلك مقام كيله. وفي الدروس بعد تقويه كفايه التخليه في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض قال: نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، ولا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، انتهى. هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة والشهيد والمحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل والوزن لأجل القبض وإن كيل أو وزن قبل ذلك.

الشرح:

وأما وجه النسبه إلى الشهيد قدس سره أنه ذكر في دروسه بعد اختياره كفايه التخليه في القبض الموجب لارتفاع ضمان البائع، وقوله: إنه لو لم يأخذ المشتري المبيع حتى يكتاله أو يزنه لم يرتفع الضمان، أنه لا يكفي اعتبار الأول في القبض يعني لا يكفي الكيل الأول عن الكيل المحقق للقبض.

وذكر قدس سره: أنه يبعد أن يقول الشيخ قدس سره ومن تبعه والعلامة باعتبار الكيل أو الوزن في قبض المبيع فيما إذا كيل أو وزن عند شرائه بحضور المشتري، لأنه لا يحتاج تسميه مقدار الكيل في شرائه في الفرض، وإنما يحتاج إلى تسميه مقدار الكيل أو الوزن فيما إذا كان الشراء اعتمادا على إخبار البائع بالوزن أو الكيل.

وفي هذا الفرض يمكن اعتبار الكيل أو الوزن في القبض حتى في غير البيع أيضا مثلاً إذا رهن إناءً معيناً من صفر لا يحتاج قبضه إلى الوزن، مع أن الصفر من الموزون بخلاف ما إذا رهنه على أن وزنه كذا، فانه يمكن أن يدعى أن تحقق القبض فيه بالوزن وإن القبض بلا وزن كالا قبض.

وعلى ذلك فقول العلامة (1): لو اشترى مكايله وباع مكايله راجع إلى وقوع الشراء والبيع ثانياً باشتراط مقدار الكيل الحاصل بإخبار بائعه، فإنه يعتبر في هذه الصورة في قبضه الكيل.

ص: ٢٢٥

لكن الإنصاف: أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مره أخرى لتتحقق القبض، كما يظهر من المسالك. فلا- يبعد أن يكون كلام الشيخ قدس سره ومن تبعه في هذا القول، وكلام العلامة ومن ذكر فروع هذا القول مختصاً بما إذا عقد على كيل معلوم من كلى أو من صبره معينه أو على جزئى محسوس على أنه كذا وكذا، فيكون مراد الشيخ والجماعه من قولهم: «اشترى مكايله»: أنه اشترى بعنوان الكيل والوزن، في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسميه الكيل المعين في العقد، لكونه لغواً. والظاهر أن هذا هو الذى يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضاً من الرهن والهبة، فلو رهن إناءً معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصاً على القول بجواز هبه المجهول فالظاهر أنه لا- يقول أحد: بأنه يعتبر في قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه أصلاً. نعم، لو رهن أو وهب مقداراً معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره في قبضه، وأن قبضه جزافاً ك: لا قبض. فظهر أن قوله في القواعد: «اشترى مكايله» وهو العنوان المذكور فى المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد. ويؤيده تكرار المكايله فى قوله: «وباع مكايله» ويشهد له أيضاً قول العلامة فى غير موضع من التذكرة: لو قبض جزافاً ما اشتراه الشرح:

وكذا لو باع من مشترٍ آخر من غير حضور ذلك الآخر كيله بأن باعه باشتراط كيله يعتبر فى تحقّق قبضه من ذلك الآخر الكيل الجديد.

ويؤيد هذا الاحتمال تكرار المكايله، ووجه التأييد أنه لو لم يكن المراد بالمكايله تسميه مقدار كيل الشيء اشتراطاً فى بيعه لكان الأنسب أن يقول: لو اشترى المكيل وباعه فلا بد لكل من الشراء والبيع من كيل جديد.

مكاييله. ويشهد له أيضاً قوله فى موضع آخر: لو أخذ ما اشترى كَيْلاً وزناً وبالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه... الخ. وأظهر من ذلك فيما ذكرنا ما فى المبسوط، فإنه بعدما صرح باتّحاد معنى القبض فى البيع والرهن وغيرهما ذكر: أنه لو رهن صبره على أنه كيل كذا فقبضه بكيله، ولو رهنها جزافاً فقبضه بنقله من مكانه. مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبره جزافاً، فافهم. وأمّا قوله فى الدروس: «ولا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض» فلا يبعد أن يكون تتمه لما قبله من قوله: «نعم، لو خلى بينه وبينه فامتنع حتى يكتاله» ومورده بيع كيل معيّن كلى، فلا يدلّ على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد. ثم إن ما ذكره فى المسالك فى صحيحه ابن وهب أولاً: من أن قوله: «لا تبعه حتى تكيله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً بقريته استثناء بيع التولية: أن المراد غير الكيل المشترط فى صحه العقد، لم يعلم له وجه، إذ المراد من الكيل والوزن فى تلك الصحيحه وغيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول والثانى، وهذا غير قابل لإرادته الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، ولا وجه لإرادته المصحح للبيع الثانى حتى يكون استثناء التولية قريته على عدم إرادته، لا-شتراك التولية مع غيرها فى توقّف صحتهما على الاعتبار، الشرح:

ويشهد بأن المراد بالمكاييله ما ذكر من اشتراط مقدار الكيل قول العلامة فى التذكرة(١): إنه لو قبض ما اشتراه مكاييله جزافاً، حيث لا معنى بالأخذ الجزاف فى الشراء بحضور الكيل، كما يشهد بذلك قوله فى موضع آخر من التذكرة(٢): أنه لو أخذ ما اشتراه كَيْلاً بالوزن فان تيقن بحصول الحق فيه الخ، فإن الشك لا يتصور مع حضور المشتري الكيل ولو وزنه عند قبضه ثانياً.

ص: ٤٢٧

لأنَّ السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه. ثمَّ الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا- يمكن إرجاعهما إلى السؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني، بل الكلام سؤالاً وجواباً نصَّ في إرادته قابليه المبيع قبل القبض للبيع وعدمها. فالأولى أنَّ استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايله بأن يبيعه ما اشتراه على أنَّه كيل معيّن، فيشترط قبضه بالكيل والوزن ثمَّ إقباضه وبين أن يولِّيه البيع الأوّل من غير تعرّض في العقد لكيله ووزنه، فلا يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأوّل.

وبالجملة، فليس في الصحيحه تعرّض لصوره كيل الشيء أوّلاً قبل البيع ثمَّ العقد عليه والتصرّف فيه بالنقل والتحويل، وأنَّ بيعه ثانياً بعد التصرّف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأوّل، لا لاشتراط معلوميّه المبيع في البيع الثاني، أم لا؟ بل ليس في كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة.

القول في وجوب القبض

المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم

مسأله: يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع، لاقتضاء العقد لذلك. فإن قال كلّ منهما: لا أدفع حتّى أقبض، فالأقوى إجبارهما معاً، وفاقاً للمحكّي عن السرائر والشرائع وكتب العلّامه والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن ظاهر التنقيح: الإجماع عليه، لما في التذكرة: من أنَّ كلّاً منهما قد وجب له حقّ على صاحبه. وعن الخلاف: أنَّه يجبر البائع أوّلاً على تسليم المبيع، ثمَّ يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمه، لأنَّ الثمن إنّما يستحقّ على المبيع، فيجب أوّلاً تسليم المبيع ليستحقّ الثمن.

ولعلّ وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد [١] إلى ذلك، ولذا استقرّ العرف

الشرح:

[١] لم يظهر وجهه للانصراف المزبور فإنَّ المطالبه بالثمن عند إرادته تسليم المبيع

على تسميه الثمن عوضاً وقيمه، ولذا يقبّحون مطالبه الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبّحون مطالبه الأجره قبل العمل أو دفع العين المستأجره. والأقوى ما عليه الأ-كثر. ثم إنّ ظاهر جماعه أنّ محلّ الخلاف فى هذه المسأله بين الخاصه والعامه: ما لو كان كلّ منهما باذلاً وتشاحاً فى البدأه بالتسليم، لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل. قال فى المبسوط بعد اختياره أوّلاً إجبارهما معاً على التقابض ثمّ الحكم بأنّ تقديم البائع فى الإجبار أولى قال: هذا إذا كان كلّ منهما باذلاً. وأما إذا كان الشرح:

أمر متعارف وليس أمراً قبيحاً ولا مقبحاً.

ولا يقاس ذلك بالمطالبه بالأجره قبل العمل، لأنّ المطالبه بالأجره يكون مع تسليم العمل، وتسليمه يكون بتمامه لا قبله.

نعم المتعارف فى بعض الموارد كاستنابه الحج تسليم الأجره قبل العمل، وهذا التعارف كاشتراط ضمنى يرفع اليد به عن مقتضى إطلاق العقد فى سائر الموارد.

ومما ذكرنا أنّه لا قبح فى مطالبه الأجره عند تسليم العين المستأجره حيث تكون تسليم المنفعه بتسليمها.

نعم يكون فى بعض الأعيان وفى بعض البلاد تعارف يعتبر شرطاً ضمّياً كما لا يخفى.

وتوضيح المقام: أنّه قد يقال: بما أنّ البيع تمليك عين بعوض فبتمامه يكون المبيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، فيترتب على كلّ من الملكين حكمه من عدم جواز الإمساك بمال صاحبه، فيلزم دفعه إليه خروجاً عن الإمساك بمال الآخر بغير رضا صاحبه.

نعم لو كان أحد العوضين من قبيل الدين يترتب عليه حكمه من وجوب الوفاء به مع مطالبه الدائن.

أحدهما غير باذل أصلاً، وقال: لا أسلم ما عليّ، أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف في أيّهما يدفع. هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن، فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس، انتهى. قال في التذكرة: توهم قوم أنّ الخلاف في البدأ بالتسليم خلاف في أنّ البائع هل له الشرح:

وعلى ذلك يجبر الممتنع عن التسليم والوفاء عليهما من باب الأمر بالمعروف، ولو امتنعا يجبران على التسليم والوفاء من ذلك الباب، فلا يجوز لأحدهما الامتناع حتى مع امتناع صاحبه وعدم إمكان إجباره.

وهذا ظاهر كلام الأردبيلي قدس سره حيث قال في المحكى عنه: إنّ وجوب التسليم على كلّ منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بآداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وإنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر، ويترتب على ذلك أنّه لو وقع ماله بيده بدون الإقباض تمّ القبض.

وقد يقال: إنّه وإن كان يصير المبيع بتمام البيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، إلا أنّ في البين شرط ضمنى، وهو أنّ على كلّ منهما الإقباض فيما لو حصل منه لكان مقارناً لإقباض الآخر.

ولو أحرز أنّه على تقدير إقباضه لا- يحصل الإقباض من الآخر معه لا- يجب عليه الإقباض، ولا يكون هذا ظلماً بل الظالم هو الآخر، حيث يمسك بمال الآخر مع إحرازه أنّه على تقدير إقباضه يتسلم ماله من الآخر.

ويترتب على ذلك أنّه لو كان كلّ واحد منهما ممتنعاً عن الإقباض فلا موجب لإجبارهما على التقابض لو كان كل منهما باذلاً وتشاحاً في الإقباض أوّلاً.

وقد يقال: بإقباض البائع وإجباره به أوّلاً وقد ذكرنا ضعفه، بل الوجه التقابض معاً وإجبارهما عليه لما تقدّم من أنّ على كلّ منهما الإقباض مع كون الآخر باذلاً عنده، فما

حقّ الحبس أم لا؟ إن قلنا بوجوب البدأه للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلاّ فله ذلك. ونازع أكثر الشافعيه فيه وقالوا: هذا الخلاف مختصّ بما إذا كان نزاعهما في مجرد البدأه وكان كلّ منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذّر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذّر تحصيل المبيع، انتهى. وقد صرح أيضاً بعدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم بعض آخر. ولعل الوجه فيه: أنّ عقد البيع مبنّى على التقابض وكون المعامله يداً الشرح:

هو القيد في وجوب عمل كل منهما على ما التزم به حاصل كما لا يخفى، هذا كله فيما كان عدم إقباض الآخر عن غير عذر.

وأما مع العذر كما إذا كان الثمن كلياً وكان معسراً فقد تقدّم أنّ للآخر الفسخ والرجوع إلى عين ماله.

ويبدل على ذلك مضافاً إلى كونه مقتضى الشرط الارتكازي ما ورد في المفلس من أنّ صاحب المتاع إذا وجد عين ماله فلا يحاصه الغرماء.

وقد ذكرنا أنّ ذلك الفسخ لا يختص بما إذا كان البيع حالاً، بل يجري في النسيئه أيضاً فيما إذا حل الأجل، وامتنع المشتري عن الوفاء بالدين بالعذر وبغيره، كما يقتضيه أيضاً إطلاق ما ورد في المفلس فراجع.

نعم لا يجوز في مورد كون الثمن نسيئه الإمساك بالمبيع حتى يتسلم الثمن، فإنّ التأجيل في الثمن إسقاط لحق المطالبه إلى ذلك الأجل، والتزام بقبض المبيع من غير تسلّم الثمن.

مع أنّه لو لم يتفق تسليم المبيع حتّى حل الأجل لم يكن له الحبس، بل يكون للمشتري حبس الثمن وترك الاداء حتى يتسلم المبيع، لأنّ الساقط في بيع النسيئه

بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، لا بدونه، فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه. فلا- يرد أنّ وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا- يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وأنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر. هذا كلّ مع عدم التأجيل في أحد العوضين، فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يجز حبس الآخر. قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتى حلّ المؤجل لم يكن له الحبس أيضاً. الشرح:

الاشتراط على المشتري، لا الاشتراط على البائع كما لا يخفى.

ثم إنّه قد ذكر المصنف رحمه الله أنّ عدم جواز حبس البائع المبيع على المشتري بعد حلول الأجل لالتزامه على نفسه بتسليمه من دون تعليق.

ويؤيده أنّ حقّ الحبس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على صاحبه بأن يمتنع عن إقباض ما عنده حتى يتسلم ما عند صاحبه ولو كان صاحبه باذلاً كما نقل العلامة(1) عن قوم توهم ذلك، بل ثبوت حقّ الحبس للحابس بازاء حبس صاحبه وامتناعه وحيث لم يكن من ناحيه من عليه الثمن المؤجل حبس فلا يثبت للبائع حقّ الحبس في الفرض.

أقول: لا تأييد لذلك فيما ذكر وذلك فانه لو ثبت حقّ الحبس للحابس مطلقاً وكان له الامتناع عن التسليم حتى يتسلم العوض لما كان للبائع في الفرض حقّ الحبس أيضاً لإسقاطه ذلك الحق ببيع المال نسيئه كما لا يخفى.

ولا- يبعد دعوى أنّ حبس المال المنتقل إلى الغير على ماله بازاء حبس ذلك المالك لا يختص بالبيع، ولا سائر المعاوزات الماليه، بل هو مما يترتب على وضع

ص: ٤٣٢

ولعل وجهه: أنّ غير المؤجّل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجّل أصلاً. وهذا ممّا يؤيّد أنّ حقّ الحبس ليس لمجرّد ثبوت حقّ للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس. ثمّ مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر وعدم استحقاق الممتنع لقبض ما فى يد صاحبه: أنّه لو قبضه الممتنع بدون رضى صاحبه لم يصحّ القبض [١] فصحّ القبض بأحد أمرين: إمّا إقباض ما فى يده لصاحبه، فله حينئذ قبض ما فى يد صاحبه ولو بغير إذنه. وإمّا إذن صاحبه سواء أقبض ما فى يده أم لا، كما صرّح بذلك فى المبسوط والتذكرة،

الشرح:

اليد واستيلاء الغير على ملك الشخص من غير حق، أو الامتناع عن اداء ما عليه مع التمكن عليه، وهذا مما جرت السيره العقلانيه عليه ولم يردع عنه الشرع.

وعلى ذلك فلو امتنع من عليه الثمن المؤجّل بعد حلول الأجل عن اداء الدين فلبائع أخذ العين أو غيرها من يده، أو عدم تسليمها إليه حتّى يبذل ذلك الثمن المؤجّل.

وهذا من التقاص فى الإمساک، ولا- يجرى فى موارد البذل والتشاح فى البدء، بل يختص بموارد الامتناع وحبس المال على مالكة.

ولو فرض امتناع كل منهما عن التسليم بحيث لو فرض بذل صاحبه لحبس ماله عليه أيضاً أجبراً على التبادل والخروج عن الامتناع، لأنّه ليس امتناع أحدهما تقاصاً كما يخفى.

[١] يعنى لا يسقط حق صاحبه بالإمساک بذلك المال حتى يتسلّم العوض.

نعم قد حصل بذلك القبض الموجب لخروج المال عن عهده صاحبه.

وأما سائر الأحكام فقد ذكر فى التذكرة: أنّه لا يجوز بيع ذلك المال إذا كان من المكييل والموزون، ولعل وجهه انصراف ما دل على كون البيع بعد قبضهما إلى القبض

إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم أُجبر الآخر

وصرّح فيهما: بأنّ له مطالبه القابض برد ما قبض بغير إذنه، لأنّ له حقّ الحبس والتوثّق إلى أن يستوفى العوض. وفي موضع من التذكرة: أنّه لا ينفذ تصرّفه فيه. ومراده التصرّف المتوقّف على القبض، كالبيع أو مطلق الاستبدال. ثمّ إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم إمّا لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، أو لتبرعه بذلك أُجبر الآخر على التسليم، ولا يحجر عليه في ما عنده [١] من العوض ولا في مال آخر، لعدم الدليل.

الشرح:

الصحيح أي بعد القبض الذي لا يكون لباعه حقّ الإمساك بالمقبوض.

أقول: لا يخفى أنّ فساد القبض بمعنى عدم كون الاستيلاء بإذن البائع ورضاه باعتبار أنّ للبائع حقّ الإمساك بالعين، فيكون أخذه والإمساك بها بلا رضاه وإذنه منافياً لذلك الحق، فيكون تعدياً وظلماً على البائع.

وبتعبير آخر: يكون الأخذ كذلك محرّماً ولا يسقط حقّ البائع به.

وأما سائر التصرّفات في العين المقبوضة فلا موجب لحرمتها كالانتفاع بتلك العين، بل التصرّفات الناقله أيضاً كذلك، غاية الأمر لا ينتفى بتلك التصرّفات حقّ الإمساك لبائعها على ما ذكرنا في بيع العين المرهونه.

ثمّ إنّّه لا يبعد أن يكون ظاهر النهى عن بيع المكيل والموزون قبل قبضه هو صورته بقاء المبيع على عهده بايعه الأول، والمفروض خروجه عن العهده بالقبض المزبور والله سبحانه هو العالم.

[١] يعنى لا يحجر على الآخر في العوض الذي سلمه صاحبه إليه، ولا في مال آخر، مثلاً لو كان ما عليه من مال صاحبه كلياً على الذمه فلا يحجر عليه في ماله الخارجى المساوى لما على عهده.

مسأله: يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً [١] ومن غيرها فى الجملة. وهذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبه إلى التسليم وإن أوهمه بعض العبارات، ففى غير واحد من الكتب: أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً. والمراد إرجاع الحكم إلى القيد، وإلا فالتسليم يحصل بدونه، وقد تقدّم عن التذكرة.

وكيف كان، فيدل على وجوب التفرغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإنّ إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغاً، بل التسليم من دون التفرغ كالعدم بالنسبه إلى غرض المتعاقدين وإن ترتّب عليه أحكام تعبدية،

الشرح:

[١] يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله بلا- استثناء ومن أموال غيره أيضاً فى الجملة أى فى الموارد التى يكون مأذوناً فى التصرف فيها بتحريكها ونقلها، وإلا فيجب التفرغ على مالك تلك الأموال.

وهذا الوجوب لكون إبقائها فى المبيع تصرف فيما صار ملكاً للمشتري فيحتاج إلى إذنه أو رضاه.

والحاصل: أنّ وجوب التفرغ ليس لعدم حصول إقباض المبيع بدونه، بل وجوب التفرغ حكم آخر غير وجوب الإقباض، وقد مرّ عن التذكرة (١): إقباض الدار والسفينه المشتريه مع كونهما مشغولتين بأموال البائع.

والوجه المزبور لوجوب التفرغ هو الوجه الموجب لوجوب إقباض المبيع وتسليمه يعنى الشرط الارتكازى، حيث إنّ التسليم بدون التفرغ كالعدم بالإضافة إلى غرض المتعاقدين من التسليم والتسلم وان يترتب على التسليم بلا- تفرغ بعض الأحكام، كخروج البائع عن ضمان المبيع.

أقول: قد تقدّم أن وجوب التسليم هو لكون إمساك البائع بالمبيع بلا رضا

ص: ٤٣٥

كالدخول في ضمان المشتري ونحوه. فلو كان في الدار متاع وجب نقله فوراً، فإن تعذر ففي أول أزمته الإمكان. ولو تراخى زمان الإمكان وكان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. وفي ثبوت الأجره لو كان لبقائه أجره إلى زمان الفراغ وجه. ولو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجره،

الشرح:

المشتري تصرفاً في ملك الغير بلا رضا صاحبه، ويجرى هذا الوجه بالإضافة إلى إبقاء البائع أمتعته في المبيع، وعدم تفريغها منه سواء كان تسليم المبيع غير مفرغ مخالفاً لغرض المشتري من قبض المبيع أم لا.

وهنا فروع أشار إليها المصنف رحمه الله :

منها: أنه لو كان في الدار المبيعه متاع للبائع وجب عليه تفريغ الدار ونقله منها فوراً مع تمكنه، فإن تعذر ففي أول زمان التمكن.

ولو تأخر عن أول أزمته الإمكان وكان المشتري حين الشراء جاهلاً بالحال كان له الخيار في فسخ البيع في فرض تضرره بتأخير التفريغ لفوت بعض منافع الدار عليه.

وهل يثبت للمشتري أجره بقاء متاع البائع في المبيع إلى زمان التفريغ، لها وجه.

هذا ما ذكره في هذا الفرع. والظاهر أنه أخذ بقاعده نفى الضرر في نفى لزوم المعامله بالإضافة إلى المشتري مع جهله بالحال ولكن فيما كان عالماً بالحال فلا يكون له خيار لإقدامه بالمعامله مع العلم بكون لزومها ضرورياً.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن قاعده «نفى الضرر» (١) لا تنفي لزوم المعامله وإثبات الخيار، بل لو جرت كان مقتضاها بطلان المعامله، حيث إن صححتها ضروريه.

والأصح أن ثبوت الخيار في الفرض باعتبار تخلف الشرط الارتكازي وهو تسليم المبيع مفرغاً، وهذا الشرط الارتكازي لا يثبت مع علم المشتري بالحال من

ص: ٤٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم. ولو كان في الأرض زرع قد أُحصد وجب إزالته، لما ذكرنا. وإن لم يُحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه، للزوم تضرر البائع بالقلع، وأمّا ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، كما لو وجدها مستأجره. ومن ذلك يُعلم عدم الأجره، لأنه اشترى أرضاً تبين أنها مشغولة،

الشرح:

الأول، نظير ما ذكرنا من عدم ثبوت خيار الغبن للمشتري مع علمه حال البيع باختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بالفاحش، هذا كله ما إذا لم يمكن التفريغ.

وأمّا إذا أمكن عادة فقصر في إفراغه فلا ينبغي الشك في استحقاق المشتري مطالبه البائع بالأجره على إبقاء متاعه في الدار أو غيرها لو كان للإبقاء أجره عادة، كما جزموا باستحقاقه الأجره مع امتناع البائع عن أصل تسليم الدار، فإنّ للمشتري المطالبه بالأجره لمنفعتها الفائته عليه.

ولا يبعد استحقاق الأجره في فرض العجز عن التفريغ أيضا فيما كان العجز الحاصل عند البيع من جهه قد ارتفعت، وحصل قبل ارتفاعها العجز من جهه أخرى لم تكن حال البيع، فإنّ لا يفرق في استحقاق الأجره لاستيفاء منفعه العين المملوكة بين كونه لعذر أم لا.

نعم لا يستحق الأجره بالاضافه إلى ما كان حال البيع، فإنّ إبقاء المتاع زمان ذلك العجز استيفاء لمنفعه العين قبل بيعها وكونه بلا أجره شرط ارتكازي، غايه الأمر بما أنّ التسليم مفرغا أيضا شرط ارتكازي يثبت مع جهل المشتري بعدم إمكانه الخيار لتخلف هذا الشرط كما تقدم.

ومنها: لو كان في الأرض المبيعه زرع لبائعه فان كان قد احصد وجب على البائع إزالته، وتسليم الأرض إلى المشتري مفرغا، لأنّ إبقائه تصرّف في ملك الغير بلا رضاه وتسليمها مفرغا شرط ارتكازي كما مرّ.

ص: ٤٣٧

فلا- يثبت أكثر من الخيار. ويحتمل ثبوت الأجره، لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزرع، والبائع قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء، فيتخّير بين إبقائه بالأجره وبين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعه الأرض بالأجره.

الشرح:

نعم، لو كان في البين قرينه على عدم التزام البائع بتسليم المبيع مفرغاً إلى مدّه معروفه، كما إذا باع الأرض المزروعه قبل أوان حصاده فلا- يجوز للمشتري في الفرض قلع الزرع بدعوى أنّ الأرض مملوكة له بالشراء، وأنّ له تخليص ملكه من مال الغير ولو بقلع الزرع بالأرش، بل لا يجوز له مطالبه الأجره على بقاء الزرع إلى حصاده، فإنّ الإبقاء في الفرض بمنزله بيع الأرض المستأجره قبل بيعها.

والحاصل: أنّ إبقاء الزرع إلى أوان حصاده مجاناً بنظر العرف استيفاء لمنفعه الأرض قبل بيعها، كما هو الحال في وضع متاع في الدار لا يتمكن من تفريرها منه قبل مدّه معروفه بل غير معروفه، فيكون نظير بيع العين المستأجره بعد إيجارها، فلا يثبت للمشتري غير خيار الفسخ مع جهله بالحال عند البيع.

لا- يقال: التنظير غير صحيح فإنّ منافع المبيع مع استجاره قبل البيع غير مملوكة للبائع، فينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو الدار مسلوبه المنفعه، ولذا يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ خاصه، بخلاف المقام فإنّ المفروض فيه أنّ منافع الأرض مملوكة لبائعها، وبالباع تدخل في ملك المشتري، ومقتضى دخولها في ملكه جواز مطالبته بالأجره أو بالقلع.

فانه يقال: كما أنّ الإجاره قبل البيع استيفاء لمنافعها قبل البيع كذلك زرعه، وهذا لا يوجب إلاّ ثبوت خيار الفسخ.

نعم، لو كانت الأرض تصلح لزرع جديد فعلاً يجب على بائعها إزاله ذلك الزرع، أو إرضاء مشتريها بالإبقاء بالأجره أو مجاناً.

ويحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجره وقلعه بالأرّش. ويحتمل ملاحظه الأكرّ ضرراً. ولو احتاج تفرّغ الأرض إلى هدم شىء هدمه بإذن المشتري، وعليه طمّ ما يطمّ برضا المالك وإصلاح ما استهدم أو الأرّش، على اختلاف الموارد، فإنّ مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه إصلاحه إعادته، بخلاف هدم حائط، فإنّ الظاهر لحوقه بالقيميّ في وجوب الأرّش له. والمراد بالأرّش نفس قيمه الهدم لا أرّش العيب.

الشرح:

ومما ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمه الله من ثبوت الأجره على البائع في الفرض، وأنه يتخّير بين الأبقاء بالأجره، أو قلعها تقدماً لضرر القلع على ضرر اشتغال ذمته بأجره منفعه الأرض.

ومنها: أنه لو احتاج تفرّغ الأرض إلى هدم شىء هدمه البائع بإذن المشتري فعلى البائع طمّ ما يطمّ ويكون الطمّ أيضاً كالحفر بإذن المشتري، كما أنّ على البائع إصلاح ما هدمه أو يعطى أرّش المهذوم على اختلاف الموارد، فيكون المتعين في بعض الموارد الإصلاح كما في قلع باب أو ساجه منه، فإنّ إصلاحه إعادته إلى موضع قلعه، ويكون في بعضها الأخرى الأرّش كما هو في هدم الحائط، فإن المهذوم من الحائط قيميّ، فعليه الأرّش أى قيمه المهذوم، لا التفاوت بين ما يكون الحائط بعضها مهذوما وبين ما لم يكن مهذوما.

وعلى الجملة: قد يكون المهذوم بنظر العرف مثليا، وقد يكون قيميا، ولو قيل: بأنّ المهذوم مطلقا قيميّ كان له وجه.

ويظهر منهم في مسأله هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعاده مطلقا، كما في الشرائع (1) والمحكى عن المبسوط (2) فيكون مثليا،

ص: ٤٣٩

١- (١) الشرائع ٢: ١٢٥ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٣٠٣ .

وبالجملة، فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثل وبعضه بالقيمي، ولو ألحق مطلقاً بالقيمي كان له وجه. ويظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعادة مطلقاً كما في الشرائع وعن المبسوط. والأرش كذلك كما عن العلامة والمحقق والشهيد الثانيين.

الشرح:

والأرش مطلقاً كما عن العلامة (١)، والتفصيل بين ما كان من نوع واحد وكيفيه واحده كما في حائط البساتين والمزارع، وما كان مختلفاً كما في الحائط الدور والمخازن فيكون قيمياً كما حكى ذلك عن الدروس (٢).

والظاهر جريان الاختلاف بحسب الموارد في كسر الباب والشبابيك وفتق الثوب أيضاً من قبيل ما ذكر.

أقول: لو توقّف إخراج أمتعه البائع على هدم حائط الدار المبيعه أو كسر بابه أو قلعه فظاهر المصنف أنّ الهدم والكسر كطم الحفر والإصلاح لا يجوز إلا بإذن المالك ورضاه، ومقتضاه أنّه إذا لم يرض المشتري بذلك يتعيّن الرجوع إلى الحاكم لأنّه ولي الممتنع.

ولكن الأظهر عدم توقّف ذلك إلى إذن المشتري ورضاه، فإنّ التفريغ المزبور شرط ارتكازي في بيع الدار ونحوه، نظير اشتراط عدم غبن البائع في بيع ماله، غايه الأمر لو لم يكن المشتري عالماً بكون الدار مشغولة بمتاع يتوقّف إخراجه على كسر بابه ونحوه يكون ذلك في بعض الموارد نقصاً في المبيع يوجب الخيار للمشتري.

ص: ٤٤٠

١- (١) القواعد ٢: ١٧٤ ١٧٥.

٢- (٢) الدروس ٣: ٣٤٥، وحكاه عنه الشهيد الثاني في المسالك ٤: ٤٩١.

والتفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساتين والمزارع وإلاّ فالأعرش كما عن الدروس. والظاهر جريان ذلك في كسر الباب والشبابيك. وفتق الثوب من هذا القبيل.

مسألة: لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحقّ [١] كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا إثم. وهل عليه أجره مدّة الامتناع؟ احتمله في جامع

الشرح:

[١] لو امتنع البائع عن تسليم المبيع وكان امتناعه لحق، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا يكون البائع بامتناعه المفروض عاصياً لما تقدّم من ثبوت الحق له في ذلك.

وهل عليه أجره مدّة الامتناع فلا- ينبغي الإشكال في ضمانه لو استوفى منفعه العين في تلك المدّة، وكون استيفائها بلا رضا المشتري محرّم تكليفاً، لأنّ الثابت له الإمساك بالعين، لا استيفاء منافعتها أيضاً، ويكون ضمان استيفائها من مقتضى قاعده احترام مال المسلم (١).

وإنّما الكلام في ضمان الأجره على المنفعة غير المستوفاه الفائته على المشتري في مدّة إمساكه، ولكن الأظهر عدم الضمان، فإنّ الإمساك بالعين مجاناً حتى يبذل المشتري الثمن من الشرط الارتكازي، أو من جهة جواز التقاص عن إمساك المشتري بالثمن، أو عدم وفائه به كما لا يخفى.

وقد يقال: إنّ على المشتري نفقه المبيع في تلك المدّة، لأنّ نفقه العين تابعه لمليكتها، فمن كان مالكا لها فعليه نفقتها إلاّ أن يشترط نفقتها على غيره بموجب شرعي من شرط ونحوه.

ويمكن استفاده كون النفقه على المشتري ممّا ورد من التعليل في صحيحه

ص: ٤٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

المقاصد، إلا أنّ منافع الأموال الفائته بحق لا دليل على ضمانها، وعلى المشتري نفقه المبيع. وفي جامع المقاصد: ما أشبه هذه بمثل منع الزوجه نفسها حتى تقبض المهر، فإنّ في استحقاقها النفقه تردّداً، قال: ويحتمل الفرق بين الموسر والمعسر، انتهى. ويمكن الفرق بين النفقه في المقامين. ولو طلب من البائع الانتفاع به في يده، ففي وجوب إجابهته وجهان. ولو كان امتناعه لا لحق، وجب عليه الأجره، لأنّه عادٍ، ومقتضى القاعده أنّ نفقته على المشتري.

الشرح:

أبي ولاد(١) الواردة في اجاره البغل.

وفي جامع المقاصد(٢) شبّه المقام بنفقه الزوجه التي تمنع زوجها من نفسها قبل قبض مهرها، فإنّ المشهور أنّ لها الحق من الامتناع حتى تقبض مهرها وذكروا أنّ ذلك مقتضى معاوضه البضع والمهر، ويستفاد من بعض الروايات أنّ لها هذا الحق كموثقه سماعه قال: «سألته عن رجل تزوّج جاريه، أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حلّ، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه»(٣).

فان ظاهرها عدم جواز الدخول بها قبل أن يقبضها مهرها، وبما أنّ المطالبه بالقبض من حقوق المرأة قطعاً، فيختص عدم الجواز بصوره مطالبته، ولكن مع ذلك لا يخلو دلالتها على الحكم من تأمل.

ثم هل تستحق المرأة النفقه زمان امتناعها لعدم قبض مهرها، ذكروا فيه وجهين: أوجهما أنّ عليه نفقتها فيما كان الزوج متمكناً على أداء مهرها، فإنّه في هذا الفرض

ص: ٤٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ : ٤١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١ : ٦٣ ، الباب ٣٠ من أبواب المتعه، الحديث ١ .

وهى التى تلحقه بعد تحقّقه.

مسأله: من أحكام القبض انتقال الضمان [١] ممّن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، ويسمّى ضمان المعاوضه. ويدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بئعه» وظاهره بناءً على جعل «من» للتبعيض: أنّه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف. وبهذا الاعتبار

الشرح:

يصدق كونها فى اختيار زوجها، وكونها عنده هو الموضوع لوجوب الإنفاق فى صحيحه محمد بن قيس الوارده فى النفقات الواجبه.

وأما كون المشتري متمكّنا من أداء الثمن أو عدمه فلا- أثر له فى المقام لما ذكرنا من أنّ نفقه المال تتبع ملكه، فاحتمال جامع المقاصد التفصيل بين المشتري الموسر والمعسر بالإضافة إلى أداء الثمن بلا وجه، فقد ظهر امكان التفرقه فى النفقه بين المقامين. ولو طلب الانتفاع بالمبيع وهو فى يده ففى وجوب إجابه وجهان، ولكن الشرط الارتكازى المشار إليه يدفع هذا الوجوب كما لا يخفى.

[١] من الأحكام المترتبه على القبض بمعنى الإقباض انتقال ضمان المال إلى المنتقل إليه.

ولو تلف المال قبل إقباضه يكون ضمانه على ناقله، والمراد بالضمان الضمان المعاوضى أى انحلال البيع عند تلفه بحيث يقع التلف فى ملك ناقله، ومقتضى الانحلال رجوع العوض إلى من دفعه بازاء التالف.

ويستدل على ذلك مع الغمض عن الإجماع عليه بالنبوى المشهور فى كلمات

يصحّ أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلّفه الغير لا قيمته كما صرّح به في باب الصلح من الشرائع والتحرير وحينئذٍ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى: أنّ المبيع يكون تالفًا من مال البائع، ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبيل التلف آنًا ما، ليكون التالف مالاّ للبائع.

الشرح:

الأصحاب «كلّ مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه»(١).

وظاهره كظهور كلّ خطاب مشتمل على الموضوع والحكم في فعلية الحكم بعد فعلية الموضوع بقيوده أنّه بعد تلف المبيع يصير مالاّ لبائعه.

ولكن الحكم أى إطلاق المال قرينه على كون المراد أنّ المبيع عند تلفه أى قبله ملك لبائعه، حيث إنّ التالف بعد تلفه لا يكون مالاّ وإن فرض كونه ملكا.

وبذلك الاعتبار يقع مورد المصالحه فيما إذا أتلّفه الغير، لا- أنّ بدله أى قيمته فيما كان قيميا يقع مورد المصالحه، كما صرّح بذلك في باب صلح الشرائع(٢) والتحرير(٣)، والحال أنّ مقتضى الظهور بقرينه ما ذكر انحلال المعامله ورجوع المبيع إلى بائعه آنا ما ليكون التالف مالاّ لبائعه.

ومن هنا ذكر في التذكرة(٤) وتبعه من تأخر عنه(٥): أنّه يتجدّد انتقال المبيع إلى بائعه قبل التلف بجزء من الزمان ولو كان ذلك الزمان لا يتجزأ، ويسمى ذلك الضمان

ص: ٤٤٤

١- (١) المستدرک ١٣ : ٣٠٣ ، الباب ٩ من أبواب الخيار .

٢- (٢) الشرائع ٢ : ١٢٢ .

٣- (٣) التحرير ١ : ٢٣٠ .

٤- (٤) التذكرة ١ : ٥٦٢ .

٥- (٥) كالمحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤ : ٤٠٣ ، والشهيد الثانی فی المسالك ٣ : ٢١٦ ، والمحدث البحرانی فی الحدائق ١٩ : ٧٦ ، والسيد الطباطبائی فی الرياض ٨ : ٢٠٨ .

والحاصل: أنّ ظاهر الروايه صيروره المبيع مالاً للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعقل ذلك تعيّن إرادته وقوع التلف على مال البائع، ومرجعه إلى ما ذكره في التذكرة وتبعه من تأخر عنه: من أنّه يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان. وربما يقال تبعاً للمسالك: إنّ ظاهر «كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع» يوهّم خلاف هذا المعنى. ولعله لدعوى: أنّ ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه، فيوهّم ضمانه بالمثل والقيمه. وممّا ذكرنا من أنّ معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف

الشرح:

المعاوضه.

وأما ما في المسالك: (١) من أنّ ظاهر النبوى أنّ التلف يقع على البائع، بمعنى أنّه يكون خسارته عليه، كما في موارد ضمان اليد كتلف المغصوب والمال المأخوذ للشراء المعبر عنه بالمستام لا- يمكن المساعدة عليه، حيث إنّ ظاهر النبوى أنّ التالف مال لبائعه، لا أنّه مال لمشتريه، ولكن يكون دركه وضمانه على بائعه.

والحاصل: أنّ الضمان بمعنى انحلال البيع بتلف المبيع قبل قبضه حكم شرعى تأسيسى أو إمضائى، وليس بمعنى ثبوت البديل على العهده ليسقط بإسقاطه بالاشتراط فى العقد أو بعده.

وأوضح من النبوى فى كون المراد انحلال المعامله ما فى ذيل معتبره عقبه بن خالد من أنّه إذا قبض المتاع يكون المبتاع ضامنا لحقّ البائع ليردّه عليه، فلا وجه لاحتمال كون المراد من الضمان فى المقام ضمان اليد.

ولا يقاس ذلك الضمان فى ثبوته وسقوطه بالاشتراط فى العقد أو إسقاطه بعده كما لا يخفى.

ص: ٤٤٥

وتلف المبيع في ملك البائع ويسمى «ضمان المعاوضه» لا- ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب والمستام وغيرهما ويسمى «ضمان اليد» يعلم أنّ الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حقّ مالى، فلا يقبل الإسقاط، ولذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نصّ عليه في التذكرة والدروس. وليس الوجه في ذلك: أنّه «إسقاط ما لم يجب»، كما قد يتخيل. ويدل على الحكم المذكور أيضاً روايه عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، الشرح:

ثم إنّ ظاهر المصنف أنّ استفاده الضمان المعاوضى مبنى على كون «من» في النبوى بمعنى التبعيض مع أنّه غير مبنى عليه، بل لو فرض كونه زياده فالمعنى كما ذكر، بل كان أوضح فتدبر.

ثم إنّ مقتضى قوله سبحانه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) إمضاءه قبل تلف المبيع بيد بائعه وبعده، ويرفع اليد عن إطلاقه بالإضافة إلى ما بعد التلف بالنبوى (٢) ومعتبره عقبه بن خالد (٣)، ويبقى إمضاءه بالإضافة إلى قبل تلفه بحاله، فيكون الحاصل أنّ المبيع بعد البيع إلى زمان تلفه ملك المشتري، فيكون نماء له.

ولا حازه في إثبات ذلك إلى استصحاب بقاء البيع إلى ذلك الزمان ليقال إنّ لا اعتبار بالاستصحاب في الشبهات الحكيمه.

ويلحق بنماء المبيع في ذلك الزمان الركاز أى الكنز الذى يجده العبد بعد بيعه، وهو بيد بائعه، فأنّه إذا تلف العبد في ذلك الزمان قبل تسليمه إلى المشتري لا يخرج الكنز عن ملك المشتري.

ص: ٤٤٤

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» ولعل الرواية أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى.

الشرح:

ومن ذلك المال الذى يوهب للعبد المزبور وقد قبله وأخذ المال قبل موته، فيكون المال الموهوب لمشتريه، وكذا فى المال الموصى به للعبد، وقبوله الوصيه قبل موته.

وقد صرح العلامة: بأن مؤنه تجهيز العبد لبائعه وهو مبنى على رجوعه إلى بائعه قبل تلفه بآن ملكا حقيقيا، لا مجرد الملك التقديرى المصحح لانحلال المعامله فقط من غير أن يترتب عليه سائر آثار ملك البائع.

ثم إن المراد بالتلف ليس هو التلف الحقيقى فقط، بل يعم تعذر الوصول إلى المبيع عادة مثل سرقة بحيث لا يرجى عوده.

وما ورد فى روايه عقبه (١) من فرض سرقة المال محمول على مثل هذه السرقة، ووقوع الدرر فى البحر قبل إقباضها من قبيل التلف، وكذا الطير والصيد المتوحش، فان خروجها عن اليد يحسب تلفا.

وأما لو غرق الأرض المبيعه بارتفاع ماء البحر، أو وقع عليها صخور من جبل، أو كسى الأرض رمل فهل هى من قبيل التلف، أو من قبيل التعيب الموجب للخيار؟ للشافعيه وجهان، والأقوى عند العلامة فى التذكرة (٢): أنه من حدوث العيب.

ص: ٤٤٧

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٦٢ .

وكيف كان، فلا خلاف في المسأله، أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله، لأنّ تقدير ماله البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، وإنما احتيج إليه لتصحيح ما في النصّ: من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضروره. ويترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. وفي معناه الركاز الذي يجده العبد، وما وهب منه فقبل، أو أوصى له به فقبل، كما صرح به في المبسوط والتذكرة. وصرح العلامة: بأنّ مؤونه تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع، وهو مبنى على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير، دون ما عداه من باقى آثار المقدّر إلا أن يقال: بأنّ التلف من البائع يدل التزاماً على الفسخ الحقيقي ثمّ إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده، وعليه تحمل روايه عقبه المتقدّمه. قال في التذكرة: ووقوع الدرّه فى البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير والصيد المتوخش. ولو غرق البحر الأرض المبيعه أو وقع عليها صخور عظيمه من جبل أو كساها رمل، فهى بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار؟ للشافعيه وجهان: أقواهما الثانى. ولو أبق العبد قبل القبض أو ضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ البيع، لبقاء المالىه ورجاء العود، انتهى. وفى التذكرة أيضا لو هرب المشتري [١] قبل وزن الثمن وهو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن الشرح:

[١] قال فى التذكرة (١) ما حاصله: أنّه لو امتنع المشتري من دفع الثمن إلى البائع كما لو هرب المشتري قبل دفع الثمن حيث يحصل دفعه بوزنه وكان المشتري معسرا والمبيع بيد بائعه احتمل أن يثبت البائع خيار الفسخ فى الحال لتعذر أخذ الثمن

ص: ٤٤٨

١- (١) التذكرة ١: ٤٧٣.

يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن، والصبر ثلاثة أيام للرواية. والأول أقوى، لورودها في البازل. وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاه وإلا باع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى. وفي غير موضع ممّا ذكره تأمل. ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب: أنه لا يعتبر في القبض المسقط لضمان البائع وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة والدروس وغيرهما. ولو لم يتحقق الكيل والوزن بناءً على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان. قال في التذكرة في باب بيع الثمار: إنه لو اشترى طعاماً مكايله فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض وإن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع، انتهى. وقد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناءً على اشتراط الكيل في القبض. ولا يخلو عن قوه. وهل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان؟ قولان: لا يخلو السقوط من قوه وإن لم نجعله قبضاً. وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناءً على اعتبار النقل في القبض. هذا كله حكم التلف السماوي.

الشرح:

المشروط على المشتري، ويحتمل أن يثبت في حقه خيار التأخير المشروط بمضيّ ثلاثة أيام، ولكن الأظهر هو الأول، فإن الروايات الواردة في خيار التأخير ظاهراً كون المشتري باذلاً. وإذا كان المشتري الممتنع موسراً رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن أثبت امتناعه عند الحاكم يدفع الحاكم من مال المشتري الثمن، وإن لم يظفر بغير المبيع من مال المشتري باعه، ويردّ فاضل الثمن على المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لو تمّ الموضوع لخيار التأخير فعليه الصبر إلى ثلاثة أيام، وفي

وأما الإتلاف: فإما أن يكون من المشتري [١] وإما أن يكون من البائع، وإما أن يكون من الأجنبي. فإن كان من المشتري، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان، لأنه قد ضمن ماله بإتلافه. وحتّته الإجماع لو تمّ، وإلا فانصراف النص إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعده. قال في التذكرة: هذا إذا كان المشتري عالماً، وإن كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قابضاً؟ الأقرب أنه لا- يصير قابضاً، ويكون بمنزلة إتلاف البائع. ثمّ مثل له بما إذا قدّم المغصوب إلى المالك فأكله.

الشرح:

غيره يثبت له خيار الفسخ في الحال بلافق بين الموسر وغيره.

ولا حاجة في الفسخ إلى المراجعته إلى الحاكم الشرعي، فإنّ التقابض شرط ارتكازي في البيوع على ما تقدّم التفصيل.

[١] لا- ينحل البيع بإتلاف المشتري المبيع ولا يرجع الثمن إلى ملكه، فان السيره العقلانيه المشار إليها لا يجري في الفرض، ولا يبعد انصراف معتبره (١) عقبه بن خالد عن هذا الفرض.

نعم إذا كان المشتري جاهلاً بالحال، كما إذا قدمه البائع عليه بأن له إتلافه مجاناً فأكله المشتري، فهذا يرجع إلى إتلاف البائع تسبيهاً، ويعم ذلك حتى فيما إذا كان البائع أيضاً مشتبهاً.

ويلحق بإتلاف المشتري مثل ما إذا صال العبد المشتري على مشتريه فقتله المشتري دفاعاً عن نفسه، فلا يكون في هذا انحلال البيع حتّى مع جهل المشتري بالحال، ولا يجري فيه التسبيب وقاعده الغرر.

ص: ٤٥٠

أقول: هذا مع غرور البائع لا بأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوى وجهان. ولو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً، ففي التذكرة: أنّ الأصحّ أنّه لا يستقرّ عليه الثمن. وحكى عن بعض الشافعية: الاستقرار، لأنّه قتله فى غرض نفسه. ولو أتلّفه البائع، ففي انفساخ البيع، كما عن المبسوط والشرائع والتحرير، لعموم التلف فى النصّ لما كان ياتلاف حيوان أو إنسان أو كان بآفه. أو ضمان البائع للقيمة، لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده «إتلاف مال الغير». أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن، إمّا لتحقق سبب الانفساخ وسبب الضمان فيتخيّر المالك فى العمل بأحدهما، وإمّا لأنّ التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذّر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري، لجريان دليل تعذّر التسليم هنا. وهذا هو الأقوى، واختاره فى التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن حواشى الشهيد نسبته إلى أصحابنا العراقيين. فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن؟

الشرح:

وما عن التذكرة(1): من عدم استقرار الثمن فيه على الأصحّ، ضعيف جداً.

وعلى الجملة: إتلاف المبيع المستند إلى المشتري استيفاء لذلك المبيع.

وأما إذا كان الإتلاف من الأجنبي فقد ذكرنا سابقاً أنّه يلحق بالتلف، كما هو مقتضى روايه عقبه بن خالد.

ولكن هذا فيما إذا لم يكن عادة الرجوع إلى ذلك المتلف «بالكسر»، فإنّ هذا الفرض خارج عن الروايه، ويكون كإتلاف البائع فى أنّه يتخيّر المشتري بالرجوع إليه بالبدل، أو فسخ البيع، فإنّ تسليم المبيع إليه شرط ارتكازى له على البائع، فمع تخلفه

ص: ٤٥١

وجهان، أقواهما العدم. ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أنّ إتلاف المشتري في يد البائع بمنزله القبض، أو كونه إتلافاً له بعد القبض موجباً للقيمة، لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض وإن كان ظالماً فيه، وجهان. اختار أولهما في التذكرة. ولو أتلفه أجنبي جاء الوجوه الثلاثة المتقدمه، إلا أنّ المتعين منها هو التخيير، لما تقدّم، ولولا شبهه الإجماع على عدم تعين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسأله: تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين [١] في جميع ما ذكر، كما صرح به في التذكرة، وهو ظاهر عبارته الدروس، حيث ذكر: أنّ بالقبض

الشرح:

يكون له الفسخ على ما تقدّم.

وهل يكون للبائع حبس البديل حتى يتسلم الثمن من المشتري، فقد يقال: إنّ حبس المبيع كان للشرط الارتكازي، ولا يجري بالإضافة إلى بدله.

وقد أشرنا إلى أنّ حبس المبيع نوع تقاص عن إمساك المشتري، وامتناعه عن أداء الثمن، ولا يختص هذا النوع من التقاص بخصوص المبيع كما لا يخفى.

[١] قد أشرنا إلى أنّ تلف الثمن المعين قبل قبضه يشترك مع تلف المبيع قبل قبضه في أنّه يوجب انحلال البيع، حيث إنّ لا فرق في السيره العقلايه بين تلفهما في ذلك.

ويترتب على ذلك أنّه لو باع المشتري ما اشتراه قبل إقباض الثمن ثم تلف الثمن يرجع البائع إلى المشتري ببديل المبيع مثلاً أو قيمته، لأنّ بيع المشتري لوقوعه في زمان ملكه محكوم بالصحة واللزوم.

وبيعه النافذ يعتبر بعد تلف الثمن من إتلاف مال البائع على ما تقدّم في فسخ

ينتقل الضمان إلى القابض، بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه. قال في المبسوط: لو اشترى عبداً بثوب وقبض العبد ولم يسلم الثوب، فباع العبد صحّ بيعه، وإذا باعه وسلمه ثمّ تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبائعه، لأنه لا يقدر على رده، انتهى. وفي باب الصرف من السرائر نظير ذلك. وقد ذكر هذه المسألة أيضاً في الشرائع وكتب العلامة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أعني مسألة من باع شيئاً معيناً بشيء معين ثمّ بيع أحدهما ثم تلف الآخر وحكموا بانفساخ البيع الأول، وقد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضاً.

الشرح:

ذی الخيار بعد نقل أحد العوضين، كما يظهر ذلك من المبسوط (١) وغيره (٢) في مسألة من باع شيئاً بثمن معين ثمّ بيع أحدهما قبل تلف الآخر قبل إقباضه.

وإنما الكلام في استفادته ذلك من الروايات، فقيل: إنّ المبيع في النبوي يعم الثمن، بمعنى أنّ قوله «كلّ مبيع تلف قبل قبضه» (٣) بمعنى كلّ ما تعلق به البيع ثمنا كان أو ثمناً.

وفيه: أنّ ظاهر المبيع ما تعلق به التملك بعوض، ولا يعم ما تعلق به التملك بعوض.

وذكر المصنف رحمه الله أنه يمكن استفادته ذلك من معتبره عقبه بن خالد، حيث ذكر سلام الله عليه فيها «فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه» (٤).

ص: ٤٥٣

١- (١) المبسوط ٢: ١٢٤.

٢- (٢) راجع السرائر ٢: ٢٦٨، والشرائع ٢: ٣٢، والقواعد ٢: ٨٧، والتحرير ١: ١٧٦، والتذكرة ١: ٤٧٤ و ٥٦١، والإرشاد ١: ٣٨١، والدروس ٣: ٢١١، وجامع المقاصد ٤: ٤٠٢، والمسالك ٣: ٢٥٧، والحدائق ١٩: ١٨٩، والجواهر ٢٣: ١٨٢، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٧١٨ و ٧١٩ و ٦: ٣٩١.

٣- (٣) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٢٣ ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة. ويمكن أن يستظهر من روايه عقبه المتقدمه حيث ذكر في آخرها: «أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» بناءً على عود ضمير الـ«حق» إلى «البائع» بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناءً على صدق المبيع على الثمن. قال في التذكرة: لو أكلت الشاه ثمنها المعين قبل القبض، فإن كانت في يد المشتري فكإتلافه، وإن كانت في يد البائع فكإتلافه، وإن كانت في يد أجنبي فكإتلافه، وإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمى فكان كالسماويه، انتهى.

الشرح:

فانه بناءً على رجوع الضمير في «لحقه» إلى البائع يكون المراد من حقه هو الثمن.

فالمعنى أنه إذا قبض البائع المبيع يكون المشتري ضامناً لحق البائع أى الثمن حتى يخرج الثمن إلى البائع، كما أن المراد من ضمان المشتري ضمانه المعاوضى، بمعنى أنه لو تلف الثمن يرجع البائع بالمبيع، كما كان الحال فى ضمان البائع بالإضافه إلى المبيع.

لا- يقال: ضمان المشتري حق البائع أى الثمن بضمان معاوضى قبل القبض لا يختص بصوره إخراج البائع المبيع من بيته، بل لو كان المبيع عند بائعه أيضا يكون المشتري ضامناً بالثمن بضمان معاوضى، هذا أولاً.

وثانيا: لا دليل على كون ضمان المشتري الثمن حتى يردّه على البائع ضمان معاوضى، بل يحتمل كونه ضمان اليد، نظير ما ورد فى حديث «على اليد. . .»^(١) من أن عليه ما أخذه حتى يردّه، فيكون المراد من الروايه أنه مع إقباض المبيع يكون المشتري ضامناً للثمن، بحيث لو تلف لكان عليه مثله أو قيمته.

ص: ٤٥٤

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

هل يلحق العوضان في سائر المعاوضات بالبيع؟

ثم إنّه هل يلحق العوضان في غير البيع [١] من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرّح بذلك نفيّاً أو إثباتاً. نعم، ذكروا في الإجاره والصدّاق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم. إلّا أنّه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلّمات. قال في مسأله البيع قبل القبض وجواز بيع ما انتقل بغير البيع، قال: والمال المضمون في يد الغير بالقيمه كالعاريه

الشرح:

وثالثاً: يحتمل كون المراد بالضمير في «لحقه» هو المشتري، وحقه عبارته عن المبيع، فالمراد أنّ المبيع بعد إخراج البائع إياه عن بيته يدخل في ضمان المشتري إلى أن يصل بيده، فيكون «يردّ» في قوله «حتّى يرد ماله عليه» بالتخفيف من الورد بمعنى الوصول.

فانه يقال: لا- ينبغي الريب في ظهور الروايه في رجوع الضمان الثلاثه إلى مرجع ضمير الفاعل في قوله «فإذا أخرجته من بيته»، فيكون حاصل الشرطيه في الجواب أنّ البائع إذا أخرج المتاع من بيته ووقع السرقة بعده فعلى المشتري أن يرد الثمن على البائع، ونفى الضمان عنه قبل ذلك لانحلال البيع بالسرقة قبل قبض المتاع، فلا نظر في الروايه إلى صورته بقاء المبيع، وتلف الثمن بيد المشتري.

ولا يمكن استفادته انحلال البيع بتلف الثمن قبل قبضه من الروايه فتدبر جيداً.

[١] هل يجرى التلف قبل القبض في غير البيع من سائر المعوّضات، بأن تنحل الإجاره مثلاً بتلف الأجره المعينه قبل قبض المستأجر أو الموجر، أو تلف المصالح عنه أو به قبل القبض إلى غير ذلك، فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ عموم هذا الحكم مسكوت عنه في كلماتهم.

نعم ذكروا: الضمان قبل القبض لو تلف المهر قبل قبض المرأه (١)، وعوض

ص: ٤٥٥

١- (١) المبسوط ٤: ٢٧٦، والشرائع ٢: ٣٢٥، والمسالك ٨: ١٨٧، والجواهر ٣١: ٣٩.

المضمونه أو بالتفريط ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه، لتمام الملك فيه إلى أن قال: أمّا ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضه، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه ك: مال الصلح، والأجره المعينه. وقال الشافعي: لا يصح، لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى. وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصه والعامه.

الشرح:

طلاق الخلع قبل أخذ الزوج (١)، وكذا في الاجاره (٢)، وظاهرهم بطلان المهر والبذل والى اجاره.

ولكن يظهر من بعض مواضع التذكرة: أنّ الجريان والعموم متسالم عليه بين العامه والخاصه، حيث إنّه قال في مسأله جواز بيع ما يملكه الشخص بغير البيع قبل قبضه: وما يكون ملكاً له ولكن كان بيد الآخر بيد ضمان بالقيمه أى بضمان اليد كالعاريه المشروط فيها ضمان المستعير، أو المضمونه لتفريط المستعير، أو غيره أنه يجوز البيع لتمام ملك البائع.

وهكذا بالاضافه إلى المضمون بالعوض كمال الصلح والأجره المعينه لما ذكر من تمام ملك البائع وإن لم يقبض المال. وقال الشافعي: لا يصح البيع في المضمون بالعوض لاحتمال انفساخ ذلك الضمان بالعوض أى تلك المعامله بتلف المال قبل قبضه (٣)، انتهى.

وظاهر تعليل عدم الجواز باحتمال حدوث الانفساخ في المعاوضه بتلف المال قبضه يعطى أنّ الانحلال بالتلف قبل القبض متسالم عليه في المعاوضات.

ص: ٤٥٦

١- (١) المبسوط ٤: ٣٥٥، والشرائع ٣: ٥١، والمسالك ٩: ٣٩٨، والجواهر ٣٣: ٣١.

٢- (٢) راجع المبسوط ٣: ٢٢٢ ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٨٣، وانظر تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٧: ٩١.

٣- (٣) التذكرة ١: ٤٧٥.

مسأله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه [١] فإن كان ممّا يقسّط الثمن عليه انفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن، لأنّ التالف مبيع تلف قبل قبضه، فإنّ البيع يتعلّق بكلّ جزء، إذ البيع عرفاً ليس إلّا التمليك بعوض، وكلّ جزء كذلك. نعم، إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرأ عليه يوهّم انتقاله بعقد مستقلّ، ولذا لم يطلق على بيع الكل «البيع المتعدده».

وكيف كان فلا إشكال ولا خلاف في المسأله.

الشرح:

أقول: لا- دلالة في التعليل المزبور على أنّ انحلال المعاوضه بتلف المال قبل القبض متسالم عليه عندنا أيضا، بل وعند غير الشافعي، فانه كما يحتمل أن يكون الوجه لجواز البيع عند العلامه الملك مع الالتزام بانحلال المعاوضه كذلك يحتمل ان يكون تمام الملك بمعنى حصوله مع عدم انحلال المعاوضه.

نعم لا يبعد عموم القاعده في التلف قبل القبض لما أشرنا من جريان السيره عليها.

[١] لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فان كان البعض مما يقسط عليه الثمن كالمّن من الحنطه فيما إذا تلف بعضه فلا ينبغي الريب في بطلان البيع بالاضافه إلى ذلك التالف باعتبار كونه مبيعا قد تلف قبل قبضه، ويصحّ بالاضافه إلى بعضه الباقي، فإنه مبيع لمن يتلف قبل قبضه، غايه الأمر يثبت لكل من البائع والمشتري خيار الفسخ بالاضافه إلى بيع الباقي لتبعض الصفقه.

لا- يقال: نعم بيع الكل ينحل إلى بيع أجزاءه الخارجيه بعضا كما في بيع مثل المّن من الحنطه، ولكن بيع الجزء الخارجى يكون من البيع الضمنى، لا الاستقلالى نظير وجوب كلّ جزء من أجزاء الكل، فأنّه كما يكون ضمنيا كذلك يبعه في ضمن الكل.

والحكم المجعول في الخطاب على بيع شىء ظاهره ترتبه عليه فيما إذا كان

وإن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعيب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخير بين الرد والأرش، وإلا كان له الرد فقط، بل عن الإيضاح: أن الأرش هنا أظهر، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفه. وفيه تأمل. بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب، فتأمل.

الشرح:

استقلاليا، ولذا لا يطلق على بيع الكل البيوع المتعدده.

فإنه يقال: انحلال البيع في موارد تقسيط الثمن من قبيل انحلال الحكم في خطاب العام الاستغراقي، لا من قبيل الوجوب الضمني في العام المجموعى أو الواجب الارتباطى.

والحاصل: أنه يكون الشيء في موارد تقسيط الثمن عليه مبيعا حصل بيعه وبيع الآخر بإنشاء واحد، ومقتضى مناسبه الحكم والموضوع أن الانحلال حكم لتلف المبيع سواء كان بيعه بإنشاء مستقل أم لا، نظير ما ذكر في خيار الحيوان من أنه لو باع الحيوان مع غيره بصفقه يثبت الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا بيع حيوان مع حيوان آخر بصفقه واحده، فإنه يثبت في ذلك البيع خيار واحد، حيث إن ظاهر خطاب خيار الحيوان ثبوت خيار واحد في إنشاء واحد بالإضافة إلى بيع الحيوان سواء كان الحيوان متعددا أم واحدا.

وإن لم يكن التالف مما يقسط عليه الثمن ولو فرض تقسيطه على جزئه المشاع كما في ثمن العبد، فإنه لا يقسط على أعضائه، ويكون تلف يد العبد مثلاً قبل قبضه نظير ما كان للعبد يد واحده قبل بيعه ويعد ذلك عيبا.

ويبقى الكلام في حكم العيب الحادث في المبيع بعد بيعه وقبل قبضه، ويجرى هذا الكلام في العيب الحادث في الأيام التي يكون المبيع فيها في ضمان البائع، كأيام

وكيف كان، فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض. والظاهر المصرح به في كلام غير واحد: أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد. وأمّا الخلاف في الأرش، ففي الخلاف عدمه، مدّعياً عدم الخلاف فيه، وهو المحكى عن الحلّي وظاهر المحقّق وتلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد وإنّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتري به. وعن النهاية: ثبوته، واختاره العلامة والشهيدان والمحقّق الثاني وغيرهم، وعن المختلف: نقله عن القاضي والحلي، وعن المسالك: أنه المشهور. واستدلّوا عليه: بأنّ الكلّ مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه وصفاته. وأورد عليه: بأنّ معنى ضمان الكلّ انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع، وهذا المعنى غير متحقّق في الوصف، لأنّ انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، مع أنّ الأرش لا يتعيّن كونه من عين الثمن.

الشرح:

الخيار المختص للمشتري، فهل يكون التلف المزبور موجبا لثبوت خيار للفسخ للمشتري، أو يكون الثابت الأرش فقط، أو يثبت للمشتري التخيير بين الرد والأرش، نظير العيب البائع قبل قبضه سواء تلف كله أو بعضه أو وصفه.

لا- يقال: ما ورد في ضمان البائع بالتلف قبل القبض ظاهره تلف العين، ومعنى ضمانه رجوع العين إلى ملكه قبل تلفه بزمان، فينحل البيع ويرجع تمام الثمن في فرض تلف المبيع كله، أو بعضه في فرض تلف بعضه إلى ملك المشتري.

وهذا بخلاف تلف الوصف، فإنّ الوصف لا يقابل بشيء من الثمن ليفرض عند تلفه انحلال البيع بالإضافة إلى الوصف.

نعم، يقع بازائه ما يعم غير الثمن، حيث إنّ الأرش لا يتعيّن أن يكون من الثمن.

فانه يقال: لو صحّ هذا الاعتراض فلازمه عدم جواز مطالبه المشتري بجزء من الثمن، وأمّا جواز المطالبة بما يعم مساويه فهو داخل في الضمان بمعنى انحلال البيع.

ويدفع: بأن وصف الصَّحِّه لا يقابل بجزء عين من الثمن، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقدته، بل يقابل بالأعم منه ومما يساويه من غير الثمن، وحينئذٍ فتلفه على المشتري لا- يوجب رجوع جزء من عين الثمن، بخلاف الكل والأجزاء المستقلة في التقويم، فحاصل معنى الضمان في المقامين هو: تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البائع وأن العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، ولازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع، وانفساخه بالنسبه إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، وانفساخ العقد بالنسبه إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه وتقدير العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى حدوث هذا العيب، فكأن العيب حدث قبل العقد والعقد قد وقع على عين معيبة، فيجوز فيه جميع أحكام العيب: من الخيار، وجواز التبري منه في العقد، وجواز إسقاط الخيار بعده ردّاً وأرشاً. ويؤيد ما ذكرنا: الشرح:

ولكن الصحيح أن الأوصاف التي لا تكون مقومه للمبيع لا تقابل في المعامله بشيء، لا من الثمن، ولا من غيره، بل لها دخل في زياده قيمه المبيع، ولذا يجوز للمشتري إمضاء البيع على المعيب بلا أرش.

ولكن عدم انحلال البيع بتلف الوصف وعدم مقابله بشيء لا يلازم عدم ضمان البائع الوصف، لأن ضمان البائع معناه تنزيل هذا التلف منزله التلف قبل البيع، وان الأثر المترتب على التلف قبل البيع يترتب على تلفه بعد البيع وقبل قبضه.

وحيث إن التلف قبل البيع بالإضافة إلى عين المبيع موجب لعدم انعقاده فيكون التلف المزبور بعده موجبا لانحلاله على ما مر.

والتلف قبل البيع في الوصف كان موجبا لخيار الفسخ، أو التخيير بينه وبين الأرش، فيكون تلفه بعد البيع وقبل القبض أيضا كذلك.

ويؤيد أن الضمان يعم ضمان العين والوصف بضمن معاملي ما ورد في بعض

من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع ووصف صحته، الجمع بينهما فى تلف الحيوان فى أيام الخيار وتعيبه فى صحيح ابن سنان: «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتى يمضى الشرط». نعم، قد يشكل الحكم المذكور، لعدم الدليل على ضمان الوصف، لأنّ الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محلّ النصّ والإجماع، وهو تلف الكل أو البعض. ولولا الإجماع على جواز الردّ لأشكل الشرح:

أخبار التلف فى زمان الخيار كصحيحه عبد الله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت، أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك، قال: على البائع حتى ينقضى الشرط»^(١)، والمراد بالحدث النقص الموجب لجواز الفسخ فقط، أو أخذ الأرش أيضا.

لا- يقال: ليس فى البين ما يدل على كون المبيع قبل قبضه فى ضمان البائع ليقال بأنّ المراد بالضمان ما يعم الأوصاف، وأنّ ضمان الوصف نظير ضمانه العين ضمان معاوضى، بل الوارد كون تلف المبيع قبل قبضه على بائعه، وهذا لا يشمل غير تلف العين، وبما أنّ التسالم على ثبوت جواز الفسخ بتلف الوصف فى يد بائعه متحقّق يلتزم به، ولكن لا- وجه للالتزام بجواز أخذ الأرش.

وما ذكر فى ذيل معتبره عقبه بن خالد «فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يرد عليه ماله» يحتمل ضمان المبيع وان ضمانه بعد تخليه بائعه على المشتري ولو كان تلفه قبل وصوله إلى يده.

وعلى تقدير رجوعه إلى ضمان الثمن، فالضمان بمعنى وجوب الرد بقريته فرض تلف المبيع وبقاء الثمن أو كونه على العهد، ولذا ذكرنا أنّ الضمان لفرض تلف المبيع بعد تخليه.

ص: ٤٦١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

حرمه بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا توليه

الحكم به أيضاً، إلا أنه لما استندوا في الرد إلى نفي الضرر قالوا: إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع. وحينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة: من أن الحاجه قد تمس إلى المعاوضه، فيكون في الرد ضرر، وكذلك في الإمساك بغير أرش، فيوجب التخيير بين الرد والأرش، لنفي الضرر. لكن فيه: أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ والإمضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار. هذا، ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوه. هذا كله مع تعينه بآفه سماويه.

وأما لو تعيب بفعل أحد، فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه، وإلا كان له على الجاني أرش جنائته، لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخر إلا أن يكون بآفه سماويه. ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والإمضاء، مع تضمين الجاني لأرش جنائته بناءً على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرش.

مسأله: الأقوى من حيث الجمع بين الروايات [١] حرمه بيع المكيل

الشرح:

فانه يقال: قد جمع في صحيحه عبدالله بن سنان بين موت العبد والدابه وحدوث الحدث في ثلاثه أيام من خيار الحيوان، وحكم بأن الضمان فيها على البائع، وإذا كان ضمان البائع بالإضافة إلى التلف من الضمان المعاوضى فيكون ضمانه الوصف أيضاً كذلك.

ولا يحتمل الفرق في هذا الضمان بين كونه أيام خيار الحيوان، أو كونه قبل القبض كما لا يخفى.

[١] الأظهر بحسب الروايات عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا توليه.

والموزون قبل قبضه إلا توليه، لصحيحه ابن حازم المرويه في الفقيه: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه». وصحيحه الحلبي في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله؟ قال: لا يصلح له ذلك». وصحيحته الأخرى في الفقيه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم اشتروا بزّاً، فاشتركوا فيه جميعاً، ولم يقتسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، وقال: لأن هذا ليس بمنزله الطعام، لأنّ الطعام يكال» بناءً على أنّ المراد ما قبل أن يقبضه من البائع، أمّا إذا أريد من ذلك عدم قبض حصّته من يد الشركاء فلا يدلّ على ما نحن فيه، لتحقّق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي.

الشرح:

ففي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه» (١).

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال قال: لا- يصلح له ذلك» (٢).

وفي صحيحته الأخرى «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم اشتروا بزّاً فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقتسموه، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس به، وقال: إنّ هذا ليس بمنزله الطعام أنّ الطعام يكال» (٣).

بناءً على أنّ المراد قبل أن يقبضه من البائع، فإنّه لو أريد قبض حصّته من الشركاء فلا يدلّ على حكم المقام، لأنّ قبض أحد الشركاء المأذون من الباقيين يكفي في

ص: ٤٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : ٦٦ ، الحديث ٥ .

٣- (٣) المصدر : ٦٧ ٦٨ ، الحديث ١٠ .

وروايه معاويه بن وهب، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه، إلا أن يوليه بالذى قام عليه». وصحيحه منصور فى الفقيه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى مبيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فإن هو قبضه كان أبرأ لنفسه». وصحيح الحلبي: «فى الرجل يبتاع الطعام أ يصلح يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه وإن كان توليه فلا بأس». وخبر حزام المروى عن مجالس الطوسى، قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقه، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت يبعه فسألت النبى صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه». ومفهوم روايه خالد بن حجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار منى بعدما اشترت قبل أن أقبضه؟ قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل، كما اشترت» الشرح:

القبض.

ولا يبعد كون المراد القبض من بئعه، حيث إنه لو كان المبيع طعاما يجوز لمشتريه يبعه وهو فى يد شريكه المأذون.

وصحيحه معاويه بن وهب المعبر عنها فى عباره المصنف قدس سره بالروايه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيه أو تزنه، إلا أن توليه الذى قام عليه» (١).

وفى معتبره منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى يبعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ فقال: لا بأس

ص: ٤٤٤

١- (١) المصدر: ٦٨، الحديث ١١.

والمراد تأجيل الثمن، وقوله: «كما اشترت» إشاره إلى كون البيع توليةً فيدلّ على ثبوت البأس في غير التولية. ومصححه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان توليةً فلا بأس» وفي معناها روايته الأخرى. خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعه والنهائه والقاضى والمشهور بين المتأخرين، فالكراهه، لروايات صارفه لظواهر الروايات المتقدمه إلى الكراهه، مثل ما فى الفقيه فى ذيل روايه الكرخى المتقدمه: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول له: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس». وروايه جميل بن درّاج عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري من يكيه ويقبضه».

الشرح:

بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن، فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه»(١).

وصحيحه على بن جعفر عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وان كان يوليه فلا بأس»(٢).

وفى روايه حزام بن حكيم بن حزام المرويه فى المجالس، «قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقه، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبى صلى الله عليه و آله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه»(٣).

وفى روايه ابن الحجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام إلى

ص: ٤٤٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦٩ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٨ .

٢- (٢) المصدر : ٦٧ ، الحديث ٩ .

٣- (٣) الأمالى للطوسى : ٣٩٩ ، الحديث ٨٩١ ، وعنه الوسائل ١٨ : ٧٠ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١ .

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية، وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أنّ استثناء التولية حينئذٍ يوجب نفى الكراهة فيها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول وإن كانت أخفّ. ومن ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً، ثمّ باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا- يعجبني أن يبيع كيلاً- أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلّا أن يولّيه كما اشتراه فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، وما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل الشرح:

أجل مسمّى، فيطلبه التجار بعد ما اشترته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبع إلى أجل كما اشترت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك فلي أن أدفعه بكيّله؟ قال: لا بأس إذا رضوا»^(١).

وذكر المصنف رحمه الله: أنّ المراد بالاشتراء إلى أجل بنحو النسيئة بقرينه السؤال عن بيعه بعد شرائه قبل قبضه، ومقتضى تقييد نفى البأس بقوله «كما اشترت» ثبوت البأس في بيعه بغير التولية.

أقول: الرواية كما قبلها ضعيفه لعدم توثيق ابن الحجّاج، مع أنّه لم يظهر أنّ الشراء كان بالبيع نسيئته، بل يحتمل الشراء بنحو السلف، ولم يثبت عدم التعبير عن السلف والسلم بشراء الشيء إلى أجل.

وفي روايه إسماعيل بن عمر: أنّه كان له على رجل دراهم، فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل... الخ^(٢).

ثم إنه لا ينبغي الريب في ظهور الأخبار المتقدّمة منطوقاً في بعضها ومفهوماً في

ص: ٤٤٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦٩ ٧٠ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩٨ ، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ١ .

أن يقبضه». بناءً على أن قوله: «لا يعجبني» ظاهر في الكراهه، فإن ذلك يوجب رفع الكراهه رأساً في التولية، لأنه في قوه: «إن ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني» مع أن القائلين بالكراهه لا يفرقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهه وإن صرح الشرح: بعضها الآخر في عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، وأن البيع إذا كان بنحو التولية فلا بأس سواء باعه من بائعه أو من غيره.

ولكن في مقابلها روايات يستظهر منها الجواز، فيحمل النهي في الأخبار المتقدمه على الكراهه في مقام الجمع.

منها: روايه خالد بن الحجاج الكرخي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام أشتري الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته، قال: لا بأس»^(١).

وفي روايه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه يقبضه وكيله قال: لا بأس»^(٢). ونحوها روايه إسحاق المدائني^(٣).

ولكن لا يخفى أنها مع الغمض عن ضعف اسنادها مطلقه من حيث كون البيع قبل القبض بنحو بيع التولية أو غيره، فيرفع عن الإطلاق بالمنع الوارد في الروايات المعتمده المتقدمه عن البيع بغير التولية.

ولكن ربما يحمل الأخبار المتقدمه المانعه على الكراهه بقريته روايه أبي بصير

ص: ٤٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٦ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩ و ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٦ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٧ .

بعضهم بكونها فى التوليه أخفّ. وربما يستدل على الجواز بصحيحتى الحلبى وابن مسلم فى جواز بيع الثمره المشتره قبل قبضها. لكن لا يبعد إرادته الثمره على الشجره، فيخرج عن المكيل والموزون.

الشرح:

قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه، كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، وما كان من شىء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» (١).

فان التعبير بعدم الإعجاب ظاهر فى صحه البيع المزبور وكراهته.

ولكن نوقش فى هذا الحمل بأن الكراهه عندهم لا تختص بالبيع بغير التوليه، بل يجرى فيها أيضاً، وإن كانت الكراهه فى التوليه أخفّ.

أقول: لو كانت ظاهره فى الكراهه المصطلحه فلا يوجب رفع اليد عن ظهور الأخبار المتقدمه لضعف سندها، ولم يثبت الكراهه فى بيع التوليه.

ويبقى فى البين صحيحه الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الثمره ثم يبيعها قبل أن يأخذها، قال: لا بأس به، إن وجد بها ربحاً فليبع» (٢).

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال «فى رجل اشترى الثمره ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال: لا بأس» (٣).

ولكن لا يمكن رفع اليد بهما عن ظهور الأخبار المتقدمه فى المنع، فإنه لو لم نقل بانصرافهما إلى بيع الشىء على الشجره، كما لا يبعد ذلك بملاحظه الأخبار الوارده فى بيع الثمار، فلا ينبغى الريب فى أن صحيحه محمد بن مسلم مطلقه من حيث كونها على

ص: ٤٤٨

١- (١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

٢- (٢) المصدر: ٦٥ ٦٦، الحديث ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٢٢٥ ٢٢٦، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

الشرح:

الشجرة، ومن حيث كونها بنحو التولية، كما أنّ صحيحه الحلبي مطلقه من حيث كونها على الشجرة أم لا. ولكن يعارضهما موثقه سماعه «قال: سألت عن بيع الطعام أو الثمره وقد كان اشتراها ولم يقبضها قال: لا حتى يقبضها، إلا أن يكون معه قوم يشاركهم، فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح، أو يولّيه بعضهم فلا بأس»^(١).

فإن مقتضاها عدم جواز الثمره، إلا بنحو التولية، أو بربح فيما كان البيع بنحو التشريك، ويحمل هذه على الثمره المقطوعه.

فان مثل معتبره منصور قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن إلى أن قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن»^(٢)، مقتضاها جواز بيع غير المكيل والموزون قبل القبض سواء كان ثمره على الشجرة أو غيرها.

ومقتضى موثقه سماعه عدم جواز بيع الثمره قبل قبضها بالمرابحه سواء كانت على الشجرة أم لا، فيتعارضان في الثمره على الشجرة، ويؤخذ بالمعتبره لموافقتهما للكتاب العزيز من قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(٣) فتكون النتيجة جواز بيع الثمره على الشجرة قبل قبضها.

وأما إذا كانت الثمره مقطوعه فلا يجوز بيعها قبل قبضها إلا بنحو بيع التولية أو التشريك في النصيب بالمرابحه، فتكون الموثقه بعد هذا أخصّ مطلقا بالإضافة إلى صحيحتي الحلبي^(٤) ومحمد بن مسلم^(٥) كما لا يخفى.

ص: ٤٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٨ ٦٩ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥ .

٢- (٢) المصدر : ٦٩ ، الحديث ١٨ .

٣- (٣) سوره البقره : الآيه ٢٧٥ .

٤- (٤) و (٥) مرّ آنفاً .

وربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في بيع السلم على من هو عليه [١] بناءً على عدم الفرق بين المسألتين. وفيه تأمل، لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أنّ محلّ الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة والقائلين بالتحريم هنا. وقد جعل العلامة بيع غير

الشرح:

[١] وحاصل الاستئناس للجواز: أنّ الأخبار الواردة في بيع السلم على المسلم إليه أي بائعه يوجب الجواز في المسألة، ووجهه: أنّه قد ورد في تلك الأخبار جواز بيع الطعام المسلم فيه من بايعه ثانياً، وإذا جاز بيع الطعام المزبور من بائعه جاز المكييل أو الموزون في مسألتنا قبل قبضه من بايعه أو من غيره، حيث لا يحتمل جواز بيع المسلم فيه من بايعه قبل القبض، ولا يجوز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما.

وفيه: أنّه يمكن الالتزام بجواز بيع المسلم فيه على بائعه قبل قبضه قبل حلول الأجل أو بعده، بخلاف غير السلم أي المكييل أو الموزون في مسألتنا بأن لا يجوز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما من غير بايعهما.

وأما بيع المكييل أو الموزون من بائعهما قبل قبضهما فهذه مسألة أخرى كما جعل العلامة (١)، حيث ذكر: أنّ بيع الشيء قبل قبضه من غير بائعه جائز عند جماعه وممنوع عند أخرى، وأمّا بيعه من بائعه فجائز عند الجماعه الأولى، ومختلف فيها عند الثانية.

وبالجملة: غايه ما يستفاد ممّا ورد في السلم جواز بيع المكييل أو الموزون من بائعهما قبل قبضهما، وأمّا بيعهما من شخص آخر فلا يستفاد الجواز.

ويظهر أيضاً من كلام القائلين بجواز بيع السلم على بائعه قبل قبضه ومن كلام القائلين بعدم جواز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما أنّ مورد الجواز في السلم غير

ص: ٤٧٠

المقبوض على بئعه مسأله أخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، وذكر: أن المجوزين في المسأله الأولى جزموا بالجواز هنا، واختلف المانعون فيها هنا. ومن العجب ما عن التنقيح: [١] من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض، مصرحاً بعدم الفرق بين المسلم إليه وغيره. ثم إن صريح التحرير والدروس: الإجماع على الجواز في غير المكيل والموزون، مع أن المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقاً، الشرح:

مورد المنع في مسألتنا، وأن مورد الجواز في الأوّل البيع من بئعه، ومورد المنع في الثانى البيع من غيره.

ثم لا يخفى أن مورد الجواز في السلم فى بيعة من بايعه ثانياً ما إذا كان الثمن فى البيع الثانى من غير جنس الثمن الأوّل، وأما إذا كان بجنس الثمن الأوّل فلا يجوز بيعة إلا برأس المال سواء كان قبل حلول الأجل أو بعده فلاحظ الروايات الواردة فيها، كما أنه لا يجوز فيه بعد حلول الأجل البيع من غيره بغير التولية إلا بعد القبض فيما كان المسلم فيه مكيلاً أو موزوناً، وأما إذا كان من غير المكيل والموزون فيجوز بعد حلول الأجل بالتولية أو بغيرها.

[١] يعنى بعدما ذكر العلامة رحمه الله (١): أن بيع غير المقبوض من بئعه مورد الخلاف عند المانعين عن بيعة من غير بايعه، لا يتم للتنقيح (٢) دعوى الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه.

ولا يناسبه أيضاً كلام الشيخ رحمه الله حيث ذكر فى المبسوط (٣) الإجماع على عدم

ص: ٤٧١

١- (١) راجع التذكرة ١ : ٤٧٥ .

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢ : ١٤٥ .

٣- (٣) المبسوط ٢ : ١٢١ .

ونسبه في موضع آخر إلى جماعه منّا. وصريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم: إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره ولا أن يولّيه، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع ما لم يقبض، وقال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» إلى أن قال: ويوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع، فلا يصحّ الشركه ولا التوليه، وإن كان قد قبضه صحّت الشركه والتوليه فيه بلا خلاف. وقد روى أصحابنا جواز الشركه فيه والتوليه قبل القبض. ثمّ إنّ المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدّمه المفصله بين التوليه وغيرها. وهو عجيب، فإنّ التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسأله لأقوال علمائنا، وهي الكراهه مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما، والتفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم والعدم وهو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً عليه الإجماع وبالكراهه والعدم. وهنا سادس اختاره في التحرير وهو: التفصيل في خصوص الطعام بين التوليه وغيرها بالتحريم والكراهه في غيره من المكيل والموزون. والمراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أعدّ للأكل، كما قيل: إنّ موضوع له لغه. ويحتمل أن يكون خصوص الحنطه والشعير، بل قيل: إنّ معناه شرعاً، وحكى عن فخر الدين نقله عن والده، وحكى اختياره عن بعض المتأخّرين. وعن الشهيد: أنه حكى عن التحرير أنّه الحنطه خاصّه، وحكى عن بعض أهل اللغه.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ أصل عنوان المسأله [١] مختص بالمبيع الشخصى، كما يظهر

الشرح:

جواز بيع السلم قبل قبضه، مع تصريحه بعدم الفرق بين بائعه أم من غيره.

[١] ليس في البين وجه صحيح لاختصاص الحكم في المسأله بالمبيع الشخصى بعد فرض كون المستند في المسأله للمنع أو الكراهه هي الأخبار.

من الاستدلال فى التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض، لانفساخه بالتلف وكون المبيع مضموناً على البائع، فولايه المشتري على التصرف ضعيفه. وذكر فى التذكرة الكلى الغير المقبوض فى فروع المسأله، وقال: المبيع إن كان ديناً لم يجر بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه أولى، فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، وبه قال الشافعى، انتهى.

الشرح:

نعم من يكون المستند له فى المنع هو الوجه الاستحسانى يعنى ضعف الملك قبل القبض باعتبار كونه معرض الزوال بتلف المبيع، فلا اختصاص الوجه بالمبيع الشخصى، وعدم جريانه فى المبيع الكلى يتعين التخصيص.

ثم بناءً على عدم الجواز فى المكيل والموزون فى بيعهما قبل قبضهما بغير التوليه، كما هو مقتضى الجمع بين الروايات يكون عدم الجواز لكونه فى المعامله وضعياً، فيحكم بطلان البيع المزبور.

وحمله على الحكم التكليفى يحتاج إلى قرينه، كما هو الحال فى جميع موارد النهى عن البيع وسائر المعاملات.

أقول: اعتبار التقابض فى المجلس فى بيع الصرف لا يوجب اعتبار قبض الثمن قبل البيع، بحيث يبطل بيع الصرف ببيع الثمن قبل قبضه.

ولو فرض أن البائع الذى له الدنانير على المشتري باعها من شخص آخر، ودفعها المشتري المزبور إلى ذلك الشخص قبل افتراق البائع وذلك الشخص تم بيع الصرف.

واستدل فى التذكرة (1) على عدم جريان الحكم فى ناحيه الثمن بصحيحه

ص: ٤٧٣

وكيف كان، فلا- فرق في النص والفتوى بناءً على المنع بين المبيع المعين والكلّي، بل ولا- بناءً على الجواز. ثم إنّ ظاهر أكثر الأخبار المتقدّمة المانعه بطلان البيع قبل القبض، وهو المحكى عن صريح العماني، بل هو ظاهر كلّ من عبّر بعدم الجواز الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإنّ جواز البيع وعدمه ظاهران في الحكم الوضعي. إلا- أنّ المحكى عن المختلف: أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع. لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد: أنّ محلّ الخلاف الصحه والبطلان.

الشرح:

يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً، فقال: لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (١).

حيث إنّ مقتضى التعليل جواز المعاملة على الدراهم المزبوره قبل قبضها بجعلها ثمناً للطعام أو غيره.

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بوجهين:

الأول: أنّ مورد الكلام في المسأله جعل الثمن من الدين المكيل أو الموزون قبل القبض مبيعاً في البيع الثاني، وظاهر الصححه جعل الدراهم في البيع الثاني كالبيع الأول ثمناً.

والثاني: أنّ مدلول الروايه بيع الدراهم على من هي عليه، ولا يدخل فيه بيعها على غيره، وقد تقدّم عدم البأس بالأول، والكلام في المسأله في الثاني.

أقول: لا حاجه في الحكم بالجواز في بيع الثمن الكلّي قبل قبضه إلى هذه الروايه

ص: ٤٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠ .

وبالجملة، فلا ينبغي الإشكال في أنّ محلّ الخلاف في كلمات الأصحاب هو الحكم الوضعي. وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أنّ ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، فيصح بيعه قبل قبضه. قال في المبسوط: أمّا الثمن إذا كان معيّناً فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمه فكذلك يجوز، لأنّه لا مانع منه ما لم يكن صيّراً، فأما إذا كان صيّراً لا يجوز بيعه قبل القبض. وفي موضعين من التذكرة قوّى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمه. وهو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره: ولو أحال من له طعام من سلم... الخ. واستدلّ عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام وقد سُئِلَ عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً قال: «لا بأس إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء».

ويمكن أن يقال: إنّ المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني، لا ثمناً أيضاً كما هو ظاهر الرواية، مع اختصاصها بالمبيع ممّن هو عليه، فلا يعمّ إلاّ بعدم الفصل لو ثبت. وصرّح في أواخر باب السّلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع. ويؤيّدّه تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولايه المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنّه جارٍ في الثمن المعين.

الشرح:

أو غيرها، بل هو مقتضى العمومات وإطلاق حلّ البيع (1).

وأما تعليل المنع بضعف الملك قبل القبض فهو وإن يجر في ناحيه الثمن المعين أيضاً، إلاّ أنّه كما تقدّم وجه استحسانه، وإلاّ لم يجز البيع في غير المكييل والموزون أيضاً قبل القبض، بل كان بيع المكييل والموزون ممنوعاً ولو بالتولية.

ص: ٤٧٥

١- (١) للآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ». سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

الثانى: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال [١] فلا يجوز جعله ثمناً ولا عوضاً فى الصلح ولا أجره ولا وفاءً عمّا عليه، أم يختصّ بالبيع؟ ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع. وأظهر منها فى الاختصاص قوله فى التذكرة: الأقرب عندى أنّ النهى به متعلّق بالبيع لا بغيره من المعاوضات. وأظهر من الكلّ قوله فى موضع آخر: لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلّم، فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندى، لم يجز عند الشافعى، لأنّه بيع المسلم فيه قبل القبض، والأولى عندى الجواز، وليس هذا بيعاً وإنما هو نوع معاوضه، انتهى. وأصرح من الكلّ تصريحه فى موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنّه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى أحكامه. وقد صرح جامع المقاصد أيضاً فى غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره. وقد تقدّم فى كلامه: أنّه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به. لكنّ العلامة قد عبّر بلفظ «الاستبدال» فى كثير

الشرح:

[١] قد تعلّق النهى فى الروايات ببيع المكيل والموزون قبل قبضهما، ويحتمل أن يكون ذكر البيع فيها لكونه الفرد الغالب فى الاستبدالات، كما يحتمل كون النهى عنه لخصوصيه فيه دون سائرهما، فالمتعيّن هو الثانى.

وكون البيع هو الفرد الغالب فى الاستبدال ينفع فيما إذا كان فى البين عموم أو إطلاق، ولا أقل من اطمئنان بعدم الخصوصيّة، وليس المقام كذلك.

وقد اشكل فى التعدى إلى الثمن، فكيف يتعدى إلى سائر الاستبدالات، وأيضاً المأخوذ فى متعلّق النهى بيع ما اشتراه من المكيل والموزون قبل قبضهما.

وأما إذا ملك المكيل أو الموزون بغير الشراء، كالإرث أو الإجاره أو الصلح وغيرها، وأراد بيعه قبل قبضه فلا يدخل هذا فى متعلّق النهى فى الروايات، بل مقتضى

من فروع مسأله البيع قبل القبض، مع أنّ ما استدللّ به للمانعين: من قصور ولايه المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف، جارٍ في مطلق التصرف فضلاً عن المعاوضه. وقد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحواله: بأنّها معاوضه، والمعاوضه على المسلم فيه قبل القبض غير جائزه. وهو وإن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك، لكنّه لم يرجع عن الكبرى. وصرّح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتى أعنى إحاله من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أنّ الحواله معاوضه أو استيفاء، وأنّ المعاوضه قبل القبض حرام أو مكروه. وإرادته خصوص البيع من المعاوضه ليست بأولى من إرادته مطلق المعاوضه من البيع في قولهم: «إنّ الحواله بيع أو ليست بيعاً» بل هذه أظهر في كلماتهم، وقد صرح الأكثر: بأنّ تراضى المسلم والمسلم إليه على قيمه المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض، فاستدلّوا بأخباره على جوازه. ويؤيده أيضاً قوله في التذكرة: لو كان لزيد طعام على عمرو سيّلاً، ولخالد مثله على زيد، فقال زيد: «أذهب إلى عمرو واقبض لنفسك مالى عليه» لم يصحّ لخالد عند أكثر علمائنا، وبه قال الشافعى وأحمد، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الطعام بالطعام حتّى يجرى فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري.

الشرح:

إطلاق حلّ البيع (١) وعموم الوفاء بالعقود (٢) جوازه.

نعم ذكر المصنف رحمه الله أنّه لو انتقل ما اشتراه إلى الوارث قبل قبضه، أو انتقل إلى الزوجه بعنوان الصداق ونحوه، وأراد الوارث أو الزوجه يبعه قبل قبضه فيدخل في متعلّق النهى.

ص: ٤٧٧

١- (١) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ». سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) للآيه «... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...». سورة المائده: الآيه ١.

هل المنهى خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعمّ تشخيص الكلى به

وسياتى ابتناء هذا الفرع فى كلام جماعه على مسأله البيع قبل القبض. نعم، ذكر الشهيد: أنه كالبيع قبل القبض، وصرّح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم: «اشترى لى بهذه الدراهم طعاماً واقبضه لنفسك» على حكم البيع قبل القبض.

وكيف كان، فالمسأله محلّ إشكال من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أنّ الاقتصار فى مخالفه الأصل على المتيقّن هو المتعين. ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوزات كالصلح والإجاره والخلع كما صرّح به فى الدروس فضلاً عن مثل الإرث والقرض ومال الكتابه والصدّاق وغيرها. نعم، لو ورث ما اشترى ولم يقبض أو أصدقه أو عوّض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع [١] على ما لم يقبض، أو ما

الشّرح:

ولعلّ نظره رحمه الله إلى روايه معاويه بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتىّ تكيله أو تزنه...» (١) حيث إنّ السؤال فى الروايه يشمل ما إذا كان البيع المزبور من الوارث أو الزوجه.

وأما سائر الروايات فمدلوها نهى المشتري عن أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، ولا يعم ما إذا انتقل المبيع إلى الوارث أو الزوجه، فأراد بيعه قبل قبضه.

أقول: لو قيل بشمول هذه الصحيحه لما إذا كان البائع فى البيع الثانى غير المشتري الأول لما اختصّ المنع بالموارد المزبوره، بل يعم ما إذا وقع الصلح على المبيع قبل القبض، وأراد من انتقل إليه ذلك المبيع بيعه قبل قبضه كما لا يخفى.

[١] إذا كان المكيل أو الموزون معيناً خارجاً، وأراد مشتريه بيعه قبل قبضه فهذا يدخل فى المنهى عنه فى الأخبار المتقدّمه.

ص: ٤٧٨

يعمّ تشخيص الكلّي المبيع به؟ فيكون المنهَى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع، كما لو نهى عن بيع أمّ الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلّي المبيع.

ظاهر النصّ والفتوى وإن كان هو الأوّل، بل هو المتعيّن في الأخبار المفصّله بين التولية وغيرها. إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار. وعليه،

الشرح:

وإن أراد مشتريه دفعه وفاءً للبيع على الكلّي في الذمه، كما إذا اشترى صبره خارجيه على أنها كذا وكذا صاعاً، ثمّ باع المشتري من الآخر بنحو الكلّي على العهده مقداراً من الحنطه يساوى تلك الصبره، وأراد أن يأخذ ذلك الآخر الصبره المزبوره من البائع الأوّل، فهل أخذ الآخر تلك الصبره من بيع المكييل أو الموزون قبل قبضه ليكون فاسداً، بأن يبقى المأخوذ في ملك المشتري الأوّل، وملك ذلك الآخر بعد على عهده المشتري الأوّل أو أنّ النهى في الأخبار لا يعمه.

الأظهر عدم العموم، فإنّ الأخذ المزبور وفاءً للبيع الجارى على الكلّي، لا من بيع الصبره قبل قبضها كما لا يخفى.

والحاصل: أن مورد النهى ما إذا صار المبيع المكييل قبل قبضه مبيعاً في بيع آخر.

ويشهد لذلك استثناء بيع التولية في بعض تلك الأخبار، حيث إنّ التولية تتحقّق بإجراء البيع الثاني على ما اشتراه أوّلاً بثمنٍ مساوٍ، فلا يكون إجراء العقد على ما في العهده ولو بثمنٍ مساوٍ للثمن في بيع الصبره من بيع تلك الصبره تولى.

نعم ربما يكون مناسبه الحكم والموضوع أو غيرها موجباً للظهور في أنّ المنهَى عنه نقل المال بسبب البيع من غير فرق بين كون المال مبيعاً في ذلك البيع أو كونه وفاءً لذلك البيع، كما في النهى عن بيع أمّهات الأولاد، وكما إذا نذر أو حلف على عدم بيع عبده، لا في مثل المقام الذي لم يظهر فيه ملاك الحكم، بل النهى عن بيع المكييل أو

فلو كان عليه سلّم لصاحبه، فدفّع إليه دراهم وقال: «اشتر لي بها طعاماً واقبضه لنفسك» جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرّح به في الدرّوس. ولكن في بعض الروايات دلالة على الجواز، مثل صحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانير، فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه». لكن في صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما

الشرح:

الموزون قبل قبضه يشبه التعبد المحض.

هذا مع ظهور جواز النقل بالوفاء قبل القبض من بعض الروايات، كصحيحه الحلبي التي عبّر عنها المصنف قدس سره بصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر، فيبعث إليه بدنانير، فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه»^(١).

وتقريب الاستدلال: أنّ مقتضى كون الدراهم ملكاً لمن عليه الأحمال من الرطب أو التمر أن يكون عوض تلك الدراهم أي ما يشتره الدائن ملكاً لمن عليه الأحمال، وقد أذن للدائن أن يتملك ما اشتراه قبل قبضه ذلك المبيع.

والحاصل: أنّ مدلول الصحيحه أنّه لا بأس بأن يتعيّن ما على الشخص من المال في المكيل أو الموزون الذي لم يقبض.

لا يقال: لا دلالة للصحيحه على الجواز، فإنّ قول المدين للدائن اشتر بهذه، واستوف حقك بمنزله توكيله في الشراء والقبض للمديون ثمّ الاستيفاء.

فانه يقال: لا دلالة لقول المدين على التوكيل في القبض للمدين أولاً فيما كان ما

ص: ٤٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١٠ ٣١١ ، الباب ١٢ من أبواب السلف، ذيل الحديث ١ عن الحلبي، والتهذيب ٧ : ٤٢ ، الحديث ١٨٠ عن يعقوب بن شعيب .

حلّ طعامى عليه بعث إلى بدراهم، فقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقك، قال: أرى أن يولى ذلك غيرك وتقوم معه حتى تقبض الذى لك، ولا- تتولى أنت شراءه». وفي موثقه عبدالرحمن: «يكون معه غيره يوفيه ذلك». لكن ظاهر الخبرين كراهه مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، والمطلوب صحه الشراء وعدم جواز الاستيفاء.

الشرح:

اشتره الدائن من العين الخارجيه.

نعم، لا- بأس بالالتزام فى التوكيل على القبض فيما كان ما اشتره الدائن كلياً، لأنّ تعين ذلك الكلى يكون بالقبض للمالك أصالةً أو وكاله ثم الاستيفاء، أو كان قول المدين فى الفرض من إنشاء الحوالة.

ولكن فى صحيحه الحلبي الأخرى قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلفه دراهم فى طعام، فلمّا حلّ طعامى عليه بعث الى بدراهم، وقال: اشتر لنفسك طعاماً، واستوف حقك، قال: أرى أن يولى ذلك غيرك، وتقوم معه حتى تقبض الذى لك، ولا تتولى أنت شراءه»(١).

وفى موثقه عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحل الذى له، فأرسل إليه بدراهم، فقال: اشتر طعاماً، واستوف حقك، هل ترى به باسا؟ قال: يكون معه غيره يوفيه ذلك»(٢).

ولكن المراد من الصحيحتين بقرينه الأولى منهما الكراهه لكون شراء الدائن من معرض التهمة هذا أولاً .

ص: ٤٨١

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٣١٠ ٣١١، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : ٣١١، الحديث ٢ .

إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محلّ الخلاف أم لا؟

ثم إنّ هذا كلّه إذا كان الطعام المشتري شخصياً. [١]

وأما إذا وكله في شراء الكليّ فلا يجرى فيه ذلك، لأنّ تشخيص ما باعه سيّلاً في الطعام الكليّ المشتري موقوف على قبضه ثمّ إقباضه، وبدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلاّ بالحواله أو التوكيل، فتدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع وغيرها تبعاً للمبسوط بل نسب إلى المشهور: من أنّه لو كان له على غيره طعام من سيّلم وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف. وقد علّل ذلك في الشرائع: بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وذكر المسألة في القواعد بعنوان الحواله، قال: لو أحال من عليه طعام من سلّم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهه، وعلى التحريم يبطل، لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وبنى في الإيضاح جريان الخلاف في المسألة على أنّ الحواله معاوضه أو استيفاء، وأنّ المعاوضه على مال السيّلم قبل القبض حرام أو مكروه. وأنكر جماعه ممّن تأخّر عن العلامه كون هذه المسألة من محلّ الخلاف في بيع ما لم يقبض، بناءً على أنّ الحواله ليست معاوضه فضلاً عن كونها بيعاً، بل هي استيفاء.

الشرح:

وثانياً: مدلولهما المنع عن تولّي الشراء، لا عدم جواز الاستيفاء بعد شراء شخص آخر وقبل قبضه، والكلام في دلالتهما على جواز الشراء وعدم جواز الاستيفاء كما لا يخفى.

[١] الكلام في أنّ توكيل الدائن في الشراء لنفسه داخل في متعلق النهي في الأخبار المتقدّمه الناهيه عن بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما، أم لا ينحصر في شراء الطعام الشخصي.

وأما إذا اشترى طعاماً بنحو الكليّ فلا يكون قبض الدائن ذلك الكليّ إلاّ بوجهين:

أقول: ذلك إمّا وكاله وإمّا حواله، وعلى كلّ تقدير يمكن تعميم محلّ الخلاف لمطلق المعاوضه ويكون البيع كناية عنها، ولذا نسب فيما عرفت من عباره التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا وجماعه من العامه محتجّين بالنبويّ المانع عن بيع ما لم يقبض، واستند الشيخ رحمه الله أيضاً في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض. وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحواله. ولعلّه لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة: إنّه كالبيع قبل القبض.

الشرح:

أحدهما أن يقع القبض للمديون ثم استيفائه وإقباضه من المديون وكاله، أو يكون قول المدين اشتر واستوف حقّك من الحواله إلى ذمه البائع من الدائن.

وكلا التقديرين محكوم بالصحة، حيث إنّ إقباض المكيل أو الموزون في الأول يكون بعد قبضه بالوكاله، والثاني حواله جامعاً لشرائطها.

ولكن تأمل بعض الأصحاب في الثاني، ووجهه أنّ الأخبار وإن كان مدلولها عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما، إلاّ أنّ ذكر البيع بما هو من المعاوضه لا لخصوصيه فيه.

والحواله أيضاً معاوضه حيث ينتقل بها الكلي على المديون من ملك الدائن إلى المديون بازاء ما على عهده البائع، حيث ينتقل إلى ملك الدائن المحال كما لا يخفى، وعليه بما أن ما على البائع غير مقبوض فيكون المعاوضه عليه قبل قبضه.

وأجيب عن ذلك أولاً: بأنّ الحواله ليست معاوضه، بل هي استيفاء، وتعيين لما على المديون فيما له على ذمه الغير بحيث لا يكون للدائن إلاّ مطالبه ذلك الغير، بل لو فرض كون الحواله معاوضه، فليس مطلق معاوضه المكيل أو الموزون قبل القبض مورد النهي، بل الوارد في الروايات النهي عن بيعهما قبل قبضهما، إلاّ بالتولية كما تقدم.

لكنه رحمه الله تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه إدراج المسأله فی البيع: بأن مورد السلم لما كان ماهیه کلیه ثابتة فی الذمه منطبقه علی أفراد لا نهاییه لها، فأی فرد عینه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد وانصب العقد علیه، فكأنه لما قال الغريم: «اقتل من غريمی فلان» قد جعل عقد السلم معه وارداً علی ما فی ذمه المستلف منه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان ويلحق بالباب، وهذا من لطائف الفقه، انتهى. واعترضه فی المسالك: بأن مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة فی الذمه لما كان أمراً كلياً كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي، وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصيّه بالحواله وغيرها ليس هو نفس المبيع وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق فی ضمن الأفراد الخاصه، فإنها ليست عينه، ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيياً يرجع الحق إلى الذمه، والمبيع المعين ليس كذلك، وحينئذ فانصباب العقد علی ما قبض وكونه حينئذ مبيعاً غير واضح، فالقول بالتحريم به عند القائل به فی غيره غير متوجه، انتهى.

أقول: ما ذكره من منع تشخيص المبيع فی ضمن الفرد الخاص المدفوع وإن كان حقاً من حيث عدم انصباب العقد علیه، إلا أنه يصدق علیه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع، فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد وعن بيع ما حلف علی ترك بيعه، فإنه لا فرق بين إيقاع العقد علیه وبين دفعه عن الكلي المبيع. لكن يرد علی ما ذكره الشهيد عدم تشخص الكلي بالكلي إلا بالحواله الراجعه إلى الاستيفاء أو المعاوضه، وهذا لا يسوغ إطلاق البيع علی الكلي المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم، هذا التوجيه إنما يستقيم فی الفرع المتقدم عن الدروس وهو: ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري، فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع فی

ضمنه، فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض.

ويمكن أن يقال: إنَّ تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلي المشتري من دون حاجة إلى حواله، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض.

وكيف كان، فالأظهر في وجه إدخال هذه المسألة في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتّى المتحقق بالحواله وإن لم نقل بكونها بيعاً. والمسألة تحتاج إلى فضل تتبع، والله الموفق.

واستدلّ في الحدائق على الجواز [١] بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح وموثق عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل عليه كُرٌّ من طعام، فاشترى كُرّاً من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كُرّك، قال: لا بأس به».

الشرح:

[١] وتوضيح الحال: أنه قد ظهر ممّا تقدّم أنّ مورد الإشكال ما إذا باع كلياً على العهده سلماً أو حالاً ثم اشترى البائع المزبور من ثالث مثل ذلك المبيع بنحو الكلي على عهده ذلك الثالث، وقال للمشتري الأول: خذ مالك على من ذلك الثالث، فإنّ القول المزبور لا بد من كونه بنحو الحواله، أو بنحو التوكيل بأن يكون المشتري الأول وكلياً في قبض ما على عهده الثالث للبائع، ثم إقباض المال عنه لنفسه.

والوجه في ذلك أنّ ما على عهده البائع الأول يتشخص بالفرد مع قبض مستحقه، لا بالكلي الثابت بدمه الآخر، فيحتاج سقوط المال من عهده البائع الأول إلى عقد الحواله أو الوكالة المزبوره.

ولكن نوقش في صحه الحواله بأنّها في مفروض الكلام تستلزم المعاوضه على البيع المكييل الكلي قبل قبضه، حيث إنّ الحواله في الحقيقه معاوضه بين المالين

وفيه: أنه لا دلالة لها على محلّ الكلام، لأنّ الكلام فيما إذا كان المالك سَلَمَين، ومورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاءً عن دين لم يعلم أنه سَلَمَ أو قرض أو غيرهما. وقد استدللّ به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السَلَم، ولذا قال جامع المقاصد في شرح قوله رحمه الله: «ولو أحال من له عليه طعام من سَلَمَ بقبضه على مَنْ عليه مثله من سَلَم... الخ» فإن قلت: لم اعتبر كون المالك معاً سَلَمَين؟ قلت: لأنّ المنع إنّما هو من بيع ما لم يقبض، وإذا كان أحد المالكين سَلَمَاً دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً، لإمكان اعتباره ثمناً، إذ لا معيّن لأحدهما، انتهى. ويمكن أن يقال: إنّ ظاهر الحوالة بناءً على كونها معاوضةً كون المحيل مملّكاً ما له في ذمّه غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فمأله معوّض ومألّ غريمه عوض، فإذا كان ما له على غريمه سَلَمَاً كفى في المنع عن تملكه بإزاء ما لغريمه عليه، لأنّه من بيع ما لم يقبض، وحينئذ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم، لو كان ما عليه سَلَمَاً دون ما له الشرح:

الثابتين في العهدين، فيقع في المسألة المعاوضة بين البائع الأوّل ومشتريه في الكلّي الثابت بعهد البائع بإزاء الكلّي الثابت بعهد الثالث.

وبما أنّ المعاوضة بغير التولية وقبل القبض فلا تصحّ، فينحصر صحه الحوالة بكون المالكين على العهدين من غير المكيل أو الموزون، أو كان منهما ولكن ثبوتهما على العهده بغير البيع والشراء، كما إذا اقترض زيد منّا من الحنطة من بكر، وأقرض عمراً بمنّ آخر، ثم أحال بكرّاً على عمريّ.

ولكن استدللّ في الحدائق (1) على جواز الحوالة في مسألة ثبوت المكيل والموزون على العهده بالبيع والشراء بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض الموثوق في بعض عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

ص: ٤٨٦

أمكن خروجه عن المسأله، لأنّ الظاهر هنا كون المسلم ثمناً و عوضاً. وإلى هذا ينظر بقوله فى القواعد والتحرير تبعاً للشرائع : ولو كان المالاين أو المحال به قرضاً صحّ. ولا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه: بأنّه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أنّ العكس كذلك، واستحسان تعبير الدروس بلفظ «أحدهما». ثم قال: وليس له أن يقول: إنّ المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر، إذ ربما يقال: إنّ شبهه بالثمن أظهر، لاقترانه بالباء. وكل ذلك ضعيف، انتهى. وفيه ما الشرح:

رجل عليه كر من طعام، فاشترى كراً من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق، فاستوف كرك، فقال لا بأس به»(١).

قال فى الحدائق: وهو ظاهر فى المراد عار عن وصمه الإيراد(٢).

وناقش المصنف قدس سره فى الاستدلال المزبور بأنّه لم يعلم أنّ ما على المديون من الكر من الطعام كان مبيعاً، ولعلّه كان من القرض أو الضمان، كما أنّه لم يعلم بأن المديون جعل فى حوالته الطعام المشتري معوضاً، وما على ذمته عوضاً، بل يحتمل كون ما على ذمته فى الحواله معوضاً، وما على ذمّه البائع منه عوضاً. والمنع عن بيع المكيل أو الموزون والمعاوضه عليهما قبل قبضهما يختص بما إذا كان ذلك المكيل أو الموزون مبيعاً لم يقبض، ولا بأس بجعله ثمناً فى المعامله كما تقدّم.

ولكن استوجه الاستدلال بعد ذلك بأنّ الحواله فعل المديون، والمديون يجعل ما يملكه بزمه الآخر ملكاً لدائنه بازاء ما يملكه الدائن على عهدته، فما يملكه المحيل من المال المحال به معوض، وما يملكه المحتال على المحيل عوض فى تلك

ص: ٤٨٧

١- (١) الكافى ٥ : ١٧٩ ، الحديث ٥ ، والفقيه ٣ : ٢٠٦ ، الحديث ٣٧٧٣ ، والتهذيب ٧ : ٣٧ ، الحديث ١٥٦ ، وعنهم الوسائل ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) الحدائق ١٩ : ١٨١ .

لا- يخفى، فإنّ الباء هنا ليس للعرض، وظهور الحوالة في كون إنشاء التمليك من المحيل لا ينكر. واحتمال كونه متمكناً مال غريمه بمال نفسه كما في المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب بعيد. ويدلّ على هذا أيضاً قولهم: إنّ الحوالة بيع، فإنّ ظاهره كون المحيل بائعاً. ثم إنّ المفروض في المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل للمحال عليه في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الإحالة كما في عبارته القواعد أو يقول له: «اكتل لنفسك» كما في عبارتي المبسوط والشرائع. أمّا لو وكله في القبض عن الآذن ثمّ القبض لنفسه فيكون قابضاً مقبضاً، فيبنى على جواز تولّى طرفي القبض، والأقرب صحته، لعدم المانع.

الشرح:

المعاوضه، ولذا يعتبر في الحوالة المتفق على صحته أن لا يكون المال المحال به من المبيع المكيّل أو الموزون.

والحاصل: أنّ احتمال أن يكون ما على عهده المحيل معوضاً، وما له على ذمه المحال عليه عوضاً، بأن يكون فعل المحيل إنشاء تملك ما بذمته بازاء ما له على عهده المحال عليه، ويشبه إنشاء الحوالة بإنشاء الشراء قبل إيجاب البائع، فيكون إنشاء المحال تملكاً ضعيفاً، لأنّه كما ذكرنا أنّ الحوالة ينسب إلى المحيل لا إلى المحال.

أقول: لا يخفى تمام الاستدلال حتّى على عدم كون ما على المحال عليه معوضاً في الحوالة، فإنّ مقتضى ترك الاستفصال في الجواب عن كون ما عليه من الكر مبيعاً، أو ثابتاً على عهده بغير البيع جواز الحوالة على كلا- التقديرين، كما أن ترك الاستفصال عن كون ما اشتراه من الكر كلياً على العهده، أو شخصاً خارجياً جواز الحوالة، وجواز إقباض ما اشتراه قبل قبضه.

وأما مسألة التوكيل في القبض للمديون والإقباض عنه لنفسه فلا ينبغي التأمّل في جوازه، ولا يضرّ اتحاد القبض والقابض، ولو قيل: بعدم جواز اتحاد الموجب

إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً»

الرابع: ذكر جماعه أنه لو دفع إلى من عليه طعاماً [١] دراهم وقال: «اشتر بها لنفسك طعاماً» لم يصح، لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه. ووجهه: أن قضيه المعاوضه انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضاً. ويمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاه على القول بإفادتها للإباحه، فإنه يجوز أن يشتري به شيئاً لنفسه، على ما في المسالك: من جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطاه. وأيضاً فقد ذكر جماعه منهم العلامه في المختلف وقطب الدين والشهيد على ما حكى عنهما: أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالماً بكونه مغصوباً باقٍ على ملكه، ويجوز لبائع الشرح:

والقابل في العقود، مع أنه جائز أيضاً إلا في عقد النكاح في بعض الفروض والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بها لنفسك طعاماً» يكون القول المزبور ظاهراً بقرينه ما هو مرتكز في أذهان أبناء المعاملات أنه يكون المبيع ملكاً لمن يخرج عن ملكه ثمنه في أحد أمرين:

الأول: توكيل الدائن أن يشتري الطعام للمديون، ثم يتملك ما اشتراه عن المديون وفاءً لما بذمه المديون أو حواله، ولذا لا يفرق بين كون ما يشتريه الدائن شخصياً أو كلياً.

الثاني: أن يكون ما يشتريه الدائن لنفسه بأن يكون ثمن ما يشتريه بذمته ويعطى الدراهم المزبوره للبائع وفاءً لدينه بمال الغير، ولكن الشرط في الوفاء لما في ذمته بالدراهم سقوط ما على المديون من الطعام، وهذا أيضاً لا بأس به.

وأما التوكيل في تمليك الدراهم، ثم الاشتراء بها فهو وإن لا بأس به، إلا أنه خارج عن الظهور العرفي للكلام المزبور.

مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته وفيها صور ثلاث

ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئاً لنفسه ويملكه بمجرد الشراء. قال في المختلف بعدما نقل عن الشيخ في النهاية: أنه لو غصب مالاً واشترى به جاريه كان الفرج له حلالاً، وبعدهما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية ومذهب الحلّي: إن كلام النهاية يحتمل أمرين: أحدهما: اشتراء الجاريه في الذمه، كما ذكره في غير النهاية. الثاني: أن يكون البائع عالماً بغصب المال، فإن المشتري حينئذ يستبيح وطء الجاريه وعليه وزر المال، انتهى. وقد تقدّم في فروع بيع الفضولي وفي فروع المعاطاه نقل كلام القطب والشهيد وغيرهما. ويمكن توجيه ما ذكر في المعاطاه بدخول المال آنأ ما قبل التصرف في ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك في وطء الجاريه المأخوذه بالمعاطاه. وتوجيه الثاني: بأنه في معنى تملك ماله مجاناً بغير عوض.

وكيف كان، فالمعاطاه لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه، وإذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه، إما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاطاه، وإما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. ومن هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه: «اشتر بدراهمي طعاماً لنفسك» على إرادته كون اللام لمطلق النفع لا- للتمليك، بمعنى: اشتر في ملكي وخذه لنفسك، كما ورد في مورد بعض الأخبار السابقه: «اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقه».

ويمكن أن يقال: إنه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولاً كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء والقبض تعين له، وحيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطعام، فافهم.

مسأله: لو كان له طعام على غيره [١] فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته،

الشرح:

[١] إذا كان له طعام على غيره وكذا ما كان غير الطعام من سائر المكيل أو الموزون فطالب المديون في غير مكان حدوثه بدمته ففيه صور:

ص: ٤٩٠

الأولى: أن يكون المال سلماً بأن أسلفه طعاماً في العراق وطالبه بالمدينه مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينه، فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد. وأولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمه ذلك البلد. ولو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم وتراضيا على ذلك، قال الشيخ: لم يجز، لأنه بيع الطعام قبل قبضه. وهو حسن بناءً على إرادته بيع ما في ذمته بالقيمه، أو إرادته مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. أما لو جعلنا النهى عن خصوص البيع ولم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمه ثمناً، بل احتمل كونه مثنياً والسلم ثمناً، فلا وجه للتحريم. لكن الإنصاف: ظهور عنوان القيمه خصوصاً إذا كان من النقدين في الثمنيه، فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال. وأما إذا لم يرض المسلم إليه، ففي جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور كما قيل العدم، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمه. وعن جماعه منهم العلامه في التذكرة الجواز، لأن الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه.

وتوضيحه: أن الطعام قد حلّ والتقصير من المسلم إليه، حيث إنه لو كان في ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر، وإلا دفعه إلى وليه ولو الحاكم أو عزله.

وكيف كان، فتعدّر البراءه مستند إلى غيبته، فللغريم مطالبه قيمه بلد الاستحقاق حينئذ. وقد يتوهم أنه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام وإن كان أزيد قيمه، كما سيجيء القول بذلك في القرض. ولو كان الطعام في بلد المطالبه مساوياً في القيمه لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام عليه، لعدم تعدّر الحق، والمفروض عدم سقوط المطالبه بالغيبه عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحق.

الثانية: أن يكون ما عليه قرضاً، والظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنه إنما يستحقها في بلد القرض، فالزامه بالدفع في غيره إضرار. خلافاً للمحكي عن المختلف وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض. وأما مطالبته بقيمه بلد الاستحقاق، فالظاهر جوازها وفاقاً للفاضلين وحكي عن الشيخ والقاضي، وعن غايه المرام: نفى الخلاف، لما تقدم: من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق، وقد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق، فلا وجه لسقوطه. غايه الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار، ولذا لو لم تختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل، لعدم التضرر. لكن مقتضى ملاحظته التضرر إناطه بالحكم بعدم الضرر على المقرض أو بمصلحته ولو من غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد وشارحه جامع المقاصد. ثم إنه اعترف في المختلف بتعيين قيمه بلد القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبة. وفيه تأمل، فتأمل. وظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل ولا بالقيمة، وكأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: من عدم جواز مطالبته المقرض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز مطالبته بالقيمة بطريق أولى. ولعله لأن مقتضى «اعتبار بلد القرض»: أن ليس للمقرض إلا مطالبته تسليم ماله في بلد القرض، ومجرد تعذره في وقت من جهه توقفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو أخر التسليم اختياراً في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل إلى مضي زمان، فتأمل.

الثالثة: أن يكون الاستقرار من جهه الغصب، فالمحكي عن الشيخ والقاضي: أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب. ولعله لظاهر قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» فإن ما في ذمته هو الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإن مقدار مائته الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإن المالك لمقدار منه في

بلد قد يعدّ غتياً، والمالك لأضعافه في غيره يعدّ فقيراً، فالمماثلة في الصفات موجوده لا في المايه. لكنّه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإنّ اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلائه.

وحلّه: أنّ المماثلة في الجنس والصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملا-حظه المايه، ولو لا-قاعده «نفي الضرر» وانصراف إطلاق العقد في مسألتى «القرض» و«السلم» لتعين ذلك فيهما أيضاً. ولو تعذّر المثل في بلد المطالبه لزم قيمه ذلك البلد، لأنّ اللازم عليه حينئذ المثل في هذا البلد لو تمكّن، فإذا تعذّر قامت القيمه مقامه. وفي المبسوط وعن القاضي: قيمه بلد الغصب. وهو حسن بناءً على حكمها في المثل. والمعتبر قيمه وقت الدفع، لوجوب المثل حينئذٍ، فتعين بدله مع تعذّره. ويحتمل وقت التعذّر، لأنّه وقت الانتقال إلى القيمه.

وفي المسأله أقوال مذكوره في باب الغصب، ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع.

الشرح:

الأولى: ما إذا كان الطعام أو غيره بدمته ببيعه سلباً، كما إذا أسلفه طعاماً في بلد من العراق، فطالبه في غير بلد آخر، مع عدم اشتراط التسليم في ذلك البلد الآخر، فإنّه مع عدم الاشتراط يكون مقتضى إطلاق العقد في موارد كون المتاع مختلفه في القيمه بحسب البلاد أو مؤنه النقل انصرافه إلى بلد العقد.

وعلى ذلك فلا ينبغي الريب في أنّه لا يجب على المديون أدائه في ذلك البلد الآخر، وإذا لم يكن للدائن المطالبه بنفس الطعام فيه لم يكن له المطالبه بالقيمه بحسب ذلك البلد الآخر بطريق أولى، فإنّ المطالبه بالقيمه على تقدير جوازه فرع جواز المطالبه بنفس ما على الذمه من المثل.

نعم يقع الكلام في أنّه يجوز للمشتري مطالبه البائع بقيمه الطعام بحسب بلد

الشرح:

استحقاق التسليم فى ذلك البلد الآخر مع رضا البائع أو بدونه، فإنه يظهر من الشيخ قدس سره (١): أنه لم يجر للمشتري المطالبه بتلك القيمه وتراضيهما بها، فإن التراضى المزبور يدخل فى بيع الطعام قبل قبضه.

وذكر المصنف قدس سره: أن ما ذكر الشيخ قدس سره حسن لو كان المراد من تراضيهما جعل ما على الذمه مبيعاً والقيمه ثمناً، أو كان المراد من بيع المكيل والموزون قبل قبضهما فى الأخبار المنهى عنه مطلق الاستبدال.

وأما إذا كان المراد فى الأخبار المنهى عنه خصوص البيع، ولم يحمل التراضى على جعل القيمه ثمناً وما على الذمه مبيعاً، بل احتمال أن يكون التراضى بكون القيمه مبيعاً وما على الذمه ثمناً فلا بأس بالتراضى على القيمه.

لكن الظاهر من القيمه كونها ثمناً وما على العهده معوضاً فيدخل التراضى المزبور فى الأخبار المنهى عنه.

والحاصل: أن ما ذكر الشيخ من عدم الجواز مبنى على أحد الأمرين: انصراف التراضى المزبور إلى كونه بيعاً لما على العهده بازاء القيمه، أو كون المنهى عنه فى الأخبار المانع مطلق الاستبدال.

أقول: قد تقدّم أنه يجوز بيع المكيل والموزون قبل قبضهما من بائعهما غايه الأمر يعتبر أن يكون العوض من غير جنس الثمن الأول، ومع اتحاد الجنس يعتبر عدم اختلاف الثمنين بالزيادة.

والأخبار المنهى فيها عن بيع المكيل والموزون قبل قبضهما إلا بالتولية ناظره

ص: ٤٩٤

الشرح:

إلى بيعهما من غير بائعهما.

هذا بالإضافة إلى صورته التراضى على أخذ القيمة، وأما مع عدم رضا من عليه المال فلا يجوز للمشتري إلا الصبر والتسلم بالمال فى بلد التسليم، أو فسخ الشراء والمطالبة بثمنه، كما هو الحال فى تعذر التسليم فى السلم. وهذا فيما حُسِبَ تأخير التسليم إلى بلد الاستحقاق لطول زمانه تخلفاً لشرط التسليم فى زمان الاستحقاق كما لا يخفى.

والحاصل: أنه لم يثبت جواز الأخذ بالقيمة فى السلم مع تعذر التسليم ليجرى فى المقام أيضاً.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو لم يختلف البلدان بحسب القيمة ومؤنه النقل، ولكن كان المشروط للمشتري التسليم فى أحدهما المعين فللمشتري إسقاط شرطه، والمطالبة بالمبيع فى البلد الآخر، ومع عدم إسقاط شرطه يجوز له فسخ الشراء فى مورد تخلف البائع الشرط عليه، كما تقدم.

وأيضاً ظهر الحال فى ما إذا كان المثلى الثابت على الذمه قرضاً، فإنه مع اختلاف البلاد فى القيمة ومؤنه النقل يكون الثابت على العهده مع إطلاق عقد الاقتراض هو بلد القرض، فلا يجوز للمقرض مطالبه المقرض بالمال فى البلد الآخر، إلا مع تراضيهما.

وبدون رضى المقرض يثبت له حق المطالبة بقيمه بلد الاقتراض بناءً على جواز المطالبة بالقيمة فى المثلى حتى فى مثل هذا التعذر.

ويلحق بذلك الصورة الثالثه وهو ما إذا كان المثلى على الذمه للغصب.

ولو قلنا: بجواز أخذ القيمة ولو مع عدم التراضى يكون الملاك فى القيمة قيمه الشئ فى بلد الاقتراض أو الغصب يوم الدفع، لا بقيمته يوم الاقتراض أو الغصب، لأن

... .

الشرح:

الملاك بالقيمه يوم الاقتراض أو الغصب المستفاد من صحيحه أبي ولاد(1) ينحصر بضمان القيمي، لا المثلى المتعذر والله سبحانه هو العالم.

قد وقع الفراغ يوم الرابع والعشرين من شهر شعبان المعظم سنه ١٤٠٥ بيد مؤلفه جواد بن علي غفر الله لهما وعاملهما بلطفه الكريم أنه غفور رحيم.

ص: ٤٩٦

١- (١) الكافي ٥ : ٢٩٠ ٢٩١ ، الحديث ٦ .

القول فى الأرش

الأرش لغه واصطلاحاً ٥٠٠٠

المراد من الأرش ٧٠٠٠

هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره؟ ١٣٠٠٠

هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟ ١٧٠٠٠

فى بيع العبد الجانى ١٩٠٠٠

تعيين الأرش ٢٣٠٠٠

لو تعذر معرفه القيمه ٢٦٠٠٠

لو تعارض المقومون ٢٦٠٠٠

ما هو المعروف فى كيفيه الجمع بين البيئات؟ ٣٠٠٠٠

اختلاف الطريقتين فى التقويم ٣٣٠٠٠

المتعین هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه ٣٦٠٠٠

لو كانت البيئات مختلفتين ٤١٠٠٠

فى الشروط التى يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على

صحتها وفاسدها

فى معنى الشرط ٤٣٠٠٠

ص: ٤٩٧

فى شروط صحه الشرط وهى أمور:

الأول: أن يكون الشرط مقدوراً... ٥١

الثانى: أن يكون الشرط سائغاً... ٥٧

الثالث: اعتبار الغرض العقلانى فى الشرط... ٦٠

الرابع: عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنة... ٦٤

المتصف بمخالفه الكتاب إما نفس الملتزم أو الالتزام... ٧٠

المراد بحكم الكتاب والسنة... ٧٥

الشك فى كون الحكم فى مورد اقتضائياً... ٨٠

إحراز عدم مخالفه الشروط للكتاب بالأصل... ٨٤

ما أفاده الفاضل النراقى فى المقام والمناقشه فيه... ٨٥

الالتزام بترك المباح... ٨٩

توهم اختصاص الإشكال على الإباحه التكليفية... ٩٢

المراد من كون الشرط محرماً للحلال أو محللاً للحرام... ٩٤

ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور... ٩٩

الخامس: يعتبر فى نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد... ١٠٣

السادس: اعتبار عدم جهاله الشرط... ١١٢

السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال... ١١٦

الثامن: اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد... ١٢٠

قد يتوهم فى نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه... ١٢٤

فى حكم الشرط الصحيح

١ شرط الوصف ... ١٢٩

٢ شرط الفعل ... ١٢٩

ص: ٤٩٨

اشترط وصف في المبيع غير الخيار ... ١٣١

٣ شرط الغايه ... ١٣٢

الاستصحاب في عدم مخالفه الشرط للكتاب أو السنه ... ١٣٩

الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أو السنه ... ١٤٠

مقتضى عموم «المؤمنون المسلمون عند شروطهم» ... ١٤١

في وجوب الوفاء بالشرط ... ١٤٣

وجوب العمل بالشرط ... ١٤٥

الشرط في العقود الجائزه ... ١٤٨

إجبار المشروط عليه بالفعل ... ١٥٢

هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار ... ١٦٠

تعذر الشرط يوجب الخيار ... ١٦٣

لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه ... ١٦٩

لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه أو بتصرفها ... ١٧٣

للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط ... ١٧٥

عدم تقسيط الثمن على الشرط ... ١٧٧

في حكم الشرط الفاسد

في الشرط الفاسد ... ١٨٧

التفصيل بين الشرط الغير المقذور والشرط الفاسد ... ١٩١

في فساد العقد بفساد الشرط ... ١٩٣

الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط بالروايات ... ٢٠١

صحة المعامله مع فساد الشرط بالروايات ٢٠٥

هل صحة العقد متوقفه على صحة الشرط ٢٠٨

ص: ٤٩٩

ثبوت الخيار مع فساد الشرط ... ٢٠٨

هل يصحّ البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحّته؟ ... ٢١٢

اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً ... ٢١٣

فى أحكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه ... ٢١٧

عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال ... ٢٢٢

إرث الزوجه من الخيار الموروث ... ٢٢٧

فى كيفيته استحقاق الورثه للخيار ... ٢٣٢

فى إرث الخيار وإرث حقّ الشفعه ... ٢٣٨

اختلاف الوراث فى الفسخ والإجازة ... ٢٣٩

اجتماع الورثه على الفسخ على العين المنتقله عن ملك الميت ... ٢٤١

فسخ العقد إذا كان على الميت دين مستغرق لتركته ... ٢٤٢

الفسخ مع عدم تركه الميت ... ٢٤٢

إذا كان لكلّ من الورثه خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ... ٢٤٣

إذا كان الخيار للأجنبي فلا ينتقل للوارث ... ٢٤٦

فى سقوط الخيار بالتصرّف ... ٢٤٧

هل يحصل الفسخ بنفس التصرف؟ ... ٢٥٤

فى التصرفين المتنافيين من ذى الخيار ... ٢٦٩

تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ... ٢٧٢

حصول تملك المبيع للمشتري بالعقد ... ٢٩٧

الاستدلال على انتقال العوضين بالعقد ٣٠٤

الاستدلال على انتقال المالين بتمام العقد ٣٠٩

ص: ٥٠٠

الاستدلال على أنّ تلف المبيع في زمان خياره من بائعه... ٣١٣

هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟... ٣١٧

التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له... ٣٢٠

تلف الثمن بيد البائع زمان خياره... ٣٢٨

انحلال البيع بتلفه قبل قبضه... ٣٣٣

وقوع التلف في زمان الخيار... ٣٣٦

حكم تلف البعض حكم تلف الكل... ٣٣٦

لو كان الإلتلاف من الأجنبي تخيير بين الإمضاء والفسخ... ٣٣٨

ضمان العين التالفه بعد الفسخ... ٣٣٨

عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار... ٣٤٢

لا يبطل الخيار بتلف العين... ٣٤٤

ضمان العين في يد الفاسخ بعد الفسخ... ٣٤٨

القول في النقد والنسيئه

أقسام البيع باعتبار تأخير وتقديم أحد العوضين... ٣٤٩

إطلاق العقد يقتضى النقد... ٣٥٠

اشتراط تعجيب الثمن في البيع حالاً... ٣٥٢

في جواز بيع المتاع نسيئه... ٣٥٥

ما هو المعتبر في تعيين المده؟... ٣٥٨

بيع الشيء بثمنين حالاً ونسيئه... ٣٦٠

لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل... ٣٦٨

إسقاط المشتري أجل الدين ... ٣٧١

عدم جواز إسقاط شرط الأجل ... ٣٧٣

ص: ٥٠١

يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه ... ٣٧٥

إجبار الحاكم للدائن على القبض ... ٣٧٨

تولّى الحاكم القبض إذا امتنع الدائن ... ٣٧٩

ليس للحاكم مطالبه المديون ... ٣٨٠

لو لم يُمكن إجبار الدائن عُزل حَقّه ... ٣٨٠

إذا أبى الدائن من أخذ المال المعزول من المديون ... ٣٨٢

فى من أجبره للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه ... ٣٨٣

عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة ... ٣٨٥

عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد ... ٣٨٩

شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً ... ٣٩٠

عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً ... ٣٩٥

بيع المال على أن يبيع المشتري من بائعه ثانياً ... ٣٩٩

بيع الشيء من شرط أن يبيعه المشتري منه ثانياً ... ٤٠٣

القول فى القبض

المراد من القبض والإقباض ... ٤٠٩

بيع المكيل والموزون ... ٤١٤

لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمته باقيه فى ملك بائعها ... ٤١٩

اعتبار الكيل أو الوزن فى بيع المشتري ... ٤٢٠

القول فى وجوب القبض

المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم ... ٤٢٨

لوقبض الممتنع بدون رضی صاحبه ۴۳۳۰۰۰

ص: ۵۰۲

إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم أُجبر الآخر ... ٤٣٤

وجوب تفرغ المبيع مما فيه من الأموال ... ٤٣٥

لو مضت مدته ولم يتمكن البائع من التفرغ أو لم يفرغ ... ٤٣٦

لو كان في الأرض المبيعه زرع لبائعه ... ٤٣٧

لو احتاج تفرغ الأرض إلى هدم شيء ... ٤٣٩

إذا امتنع البائع من التسليم ... ٤٤١

الكلام في أحكام القبض

انتقال الضمان إلى القابض ... ٤٤٣

الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض بروايه عقبه ... ٤٤٥

نماء المبيع قبل التلف للمشتري ... ٤٤٦

تعذر الوصول بحكم التلف ... ٤٤٧

حكم إتلاف المشتري أو البائع أو الأجنبي ... ٤٥٠

تلف الثمن كتلف المثلن ... ٤٥٢

هل يلحق العوضان في سائر المعاوضات بالبيع؟ ... ٤٥٥

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه ... ٤٥٧

حرمه بيع المكييل والموزون قبل قبضه إلا توليه ... ٤٦٢

جريان المنع في غير البيع من المعاوضات ... ٤٧٢

هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال؟ ... ٤٧٦

هل المنهى خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعمّ تشخيص الكلّي به ... ٤٧٨

إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محلّ الخلاف أم لا؟ ... ٤٨٢

جواز الحواله فى مسأله ثبوت المكيل والموزون على العهده بالبيع

ص: ٥٠٣

إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً» ... ٤٨٩

مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته وفيها صور ثلاث ... ٤٩٠

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

